

## **A ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DAS COMUNICAÇÕES DE DADOS COMO MEIO DE PROVA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

### **THE ADMISSIBILITY OF TELEPHONE INTERCEPTION AND DATA COMMUNICATIONS AS PROOF IN THE FIGHT AGAINST ORGANIZED CRIME**

Deisy Danielli Aroeira da Silva<sup>1</sup>

Marcela Clipes<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O presente trabalho visa discorrer sobre a admissibilidade da interceptação telefônica e das comunicações de dados como meio de prova válido e eficaz no ordenamento jurídico vigente, especialmente na elucidação de práticas delitivas que envolvem alta complexidade como o crime organizado. Para tanto, será utilizado o método indutivo, reunindo bibliografia atualizada e decisões jurisprudenciais, objetivando a análise das diversas posições adotadas pelos doutrinadores e tribunais pátrios para enfrentar os questionamentos advindos com a vigência da Lei n.º 9.296/1996 quando analisada sob a égide do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). A questão suscita sopesamento quando se tem de um lado a tutela ao direito à intimidade e do outro a possibilidade de se colocar à disposição da justiça criminal um meio de investigação capaz de oferecer resultados mais fidedignos na busca da verdade real em uma época em que a criminalidade se organiza sob formas cada vez mais estruturadas e evoluídas. Nesse ínterim, conclui-se que o direito à intimidade, direito essencial à vida do ser humano em sociedade, poderá ser violado em face de um bem maior, posto que não existem direitos absolutos. Através da ponderação dos princípios, prevalece que a utilização da interceptação das comunicações como meio de prova, desde que sejam respeitados seus preceitos legais, será preponderante sobre o direito à intimidade e privacidade do agente criminoso, em favor do interesse social e do *jus puniendi* do Estado.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade Multivix Castelo.

<sup>2</sup> Pós Graduada em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim.

**Palavras-chave:** Interceptação. Interceptação Telefônica. Lei 9.296/96. Crime Organizado.

### **ABSTRACT**

This paper aims to discuss the admissibility of telephone interception and data communications as a valid and effective means of proof in the current legal order, especially in elucidating delinquent practices that involve high complexity such as organized crime. To do so, the inductive method will be used, bringing together updated bibliography and jurisprudential decisions, aiming at the analysis of the various positions adopted by the doctrinaires and courts of the country to face the questions arising from Law n.º 9.296/1996 when analyzed under the aegis of art. 5º, items X and XII of the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB/88). The issue raises a balance between guarding the right to privacy and the possibility of making available to the criminal justice system a means of investigation capable of offering more reliable results in the search for real truth at a time when crime is organized in increasingly structured and evolved ways. In the meantime, it is concluded that the right to intimacy, an essential right to the life of the human being in society, may be violated in the face of a greater good, since there are no absolute rights. By weighing the principles, it is prevailing that the use of interception of communications as a means of proof, as long as its legal precepts are respected, will prevail over the right of privacy and privacy of the criminal agent, in favor of social interest and *jus puniendi* do State.

**Keywords:** Interception. Telephone Interception. Law n.º 9.296/96; organized crime.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho, com o título “A admissibilidade da interceptação telefônica e das comunicações de dados como meio de prova no combate ao crime organizado”, tem como objetivo analisar a admissibilidade da interceptação telefônica e de dados como meio de prova no sistema processual vigente, destacando a sua imprescindibilidade na resolução, sobretudo, dos crimes organizados dada a evolução dos meios de comunicação e o avanço das práticas delitivas.

Se por um lado nota-se que a criminalidade tem se especializado cada vez mais e dificultado a produção de provas suficientes a embasar o direito de punir do Estado, de outro, o Estado tem se valido de instrumentos cada vez mais invasivos a direitos do indivíduo em benefício do interesse público e da defesa da sua soberania.

Nesse contexto, a Lei n.º 9.296/96, conhecida como Lei da Interceptação Telefônica, nasceu no ordenamento jurídico pátrio para regulamentar o art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988, de maneira a permitir a interceptação das comunicações, mediante ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Entretanto, a referida norma trouxe muitos questionamentos e recebeu muitas críticas por parte da doutrina.

Inicialmente, no que diz respeito ao choque de princípios constitucionais, quando de outra ponta a Constituição Federal de 1988 também garante a proteção à intimidade, à vida privada e a honra, e todas as suas formas de expressão, como a inviolabilidade de correspondências e das comunicações.

Depois, no que tange a legalidade das variadas espécies de interceptação e ainda a abrangência da lei quando se trata do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática.

A doutrina e jurisprudência majoritariamente tem se posicionado no sentido de que não existem princípios absolutos e que, no caso de conflitos, deve-se recorrer a ponderação entre eles, fundamentando-se nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Lima, citando o Ministro Celso de Mello (2014, p.690), afirma que no sistema constitucional brasileiro inexistem direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, posto que questões de relevante interesse público legitimam o Estado a adotar medidas restritivas das prerrogativas individuais.

Ademais, em relação à legalidade de algumas das espécies de interceptação das comunicações e a permissão de interceptação quando se tratar de comunicação em sistema de informática e telemática a doutrina é bem divergente sobre o tema, fundamentando alguns que a Lei n.º 9.296/96 é inconstitucional nesse ponto. Grinover (1997, p.25) assevera que “o dispositivo é de duvidosa constitucionalidade, tendo sido

ajuizada ação direta, ainda pendente de julgamento, a seu respeito sob o fundamento de que violaria o sigilo da comunicação de dados (inc. XII do art. 5º CRFB/88), que é absoluto”.

Dessa forma, o objetivo geral da pesquisa será analisar a admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova para instruir processos que visam apurar crimes que envolvem alta complexidade, mais especificamente, crimes organizados, frente ao ordenamento jurídico pátrio que tutela os direitos fundamentais à intimidade e vida privada.

Dentre os objetivos específicos propõe-se o estudo da interceptação telefônica sob a égide da Lei n.º 9.296/96 e da CRFB/88, a delimitação dos aspectos que envolvem a interceptação como meio de prova, a identificação dos limites legais para a materialização da interceptação telefônica em consonância com os princípios constitucionais e o exame da importância da interceptação telefônica na resolução dos crimes organizados.

A metodologia utilizada no trabalho será a pesquisa básica e qualitativa valendo-se da pesquisa bibliográfica para coletar em livros, artigos científicos, jurisprudências e legislação o máximo de informações relevantes sobre o tema, prosseguindo com discussão e análise dos principais argumentos e fatores.

O estudo será estruturado em sete capítulos, iniciando no capítulo 2 uma análise histórico-conceitual do crime organizado no Brasil; depois no capítulo 3 um estudo da origem da interceptação das comunicações; no capítulo 4 serão delimitados os aspectos legais da interceptação das comunicações; no capítulo 5 discussão acerca da admissibilidade da interceptação como meio de prova frente aos direitos e garantias fundamentais; no capítulo 6 será destacada a importância da interceptação na elucidação dos crimes organizados; e, por fim, no capítulo 7 conclusão com reunião dos argumentos finais.

## 2 CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

O direito evolui com o tempo, assim como a sociedade evolui, como o homem evolui e com ele a tecnologia, a informação etc. E a criminalidade acompanha tais mudanças mais rápido do que se pode perceber. Aquele modelo clássico de criminalidade organizada, utilizado pela clássica máfia italiana, por exemplo, hoje vêm se transformando numa criminalidade empresarial, mais estruturada, mais organizada, que por vezes até substitui o Estado. No Brasil, conforme Misse (2011), o jogo do bicho foi a atividade criminosa que mais se aproximou de uma organização de tipo mafioso. Começou como uma forma legal de arrecadação de recursos para o Jardim Zoológico e transformou-se, entre 1920 e 1950, em um foco de violência, envolvendo disputas territoriais.

Apesar do jogo do bicho tratar-se de infração penal no Brasil, a sua prática sempre obteve adesão popular dos apostadores, nesse ensejo, destaca Misse (2011, p.16) que “criou-se um ambiente favorável a corrupção de policiais, de membros do poder judiciário e de políticos”.

Mais tarde, surgem algumas das organizações mais perigosas no país. Segundo o mesmo autor, o Brasil, que não é produtor de drogas ilícitas, pelos anos de 1980 passou a receber drogas pela fronteira com o Paraguai, passando a integrar mais adiante a rota internacional que sai da Bolívia, do Peru e da Colômbia com destino aos Estados Unidos. Nos anos de 1990, a rota que liga Paraguai a São Paulo e Rio de Janeiro passou também a ser usada para o tráfico de armas, objetivando o abastecimento das disputas pelo comércio entre quadrilhas e facções e nos confrontos com a polícia (MISSE, 2011).

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, inexistente uma definição literal da concepção de crime organizado, o que se vislumbra são definições doutrinárias dentre as diversas searas do conhecimento, como jurídicas e sociológicas (GOMES, 2013). Algumas correntes doutrinárias se valem da definição existente na Convenção de Palermo, que versa sobre criminalidade transnacional, para tanto. Pela Convenção, crime organizado trata-se de:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. (BRASIL, 2004, p.1)

Outras se norteiam pela definição de organização criminosa estabelecida pela Lei n.º 12.850/13 que considera:

[...] organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013, p.3)

Nas lições de Gomes (2013), a referida lei cuida do crime organizado que consiste em integrar, promover, participar ou financiar uma organização criminosa.

O fato é que algumas características desses grupos são comuns, relata Bechara (2004) que esses grupos se reúnem em uma estrutura, geralmente, hierárquica e permanente com liderança estável para a prática de atividade ilícita.

Visando enriquecimento ilícito e prestígio, incluem entre suas ações o tráfico de entorpecentes, o contrabando e o descaminho, o furto e o roubo de veículos, de cargas e a carros-fortes, o roubo a banco e outras instituições financeiras, o roubo a postos de pedágio, a extorsão mediante sequestro, entre outros crimes que envolvem complexidade. O autor ainda enfatiza que, por vezes, os grupos especializam-se em um ou mais tipos de atividades, podendo ter ramificações dentro de sistemas prisionais e estabelecer ligações com representantes políticos e do poder judiciário para facilitar e assegurar a prática delituosa (BECHARA, 2004).

Mendroni, ao citar Aldo Musci em sua obra, explica que a criminalidade organizada é algo tão devastador e ágil que pode ser chamada de uma “globalização inversa”:

O fenômeno da criminalidade organizada é, na referência de Aldo Musci, uma forma de “Globalização Inversa”, precedente, inclusive, à globalização das relações sociais e econômicas, das comunicações, do transporte etc., formando um fluxo perigoso e pernicioso de criminalidade das mais devastadoras formas, incluindo um fluxo de tráfico ilícito de drogas, de armas, de seres humanos, de tabaco, de lixo tóxico, de mercadorias, de dinheiro de

origem criminosa, etc., que viajam em rotas paralelas as lícitas a partir de complexas estruturas criminosas em nível mundial, muitas vezes em parcerias com e/ou para atender atividades terroristas. (MUSCI, apud MENDRONI, 2012, p.8).

Percebe-se que o Brasil é um país que possui muitos aspectos atrativos para o crime organizado, como a extensão de seu território, os investimentos em tecnologia, o acesso fácil aos meios de comunicação, como também a deficiência dos sistemas investigatórios e punitivos. Assim, com esses facilitadores, a criminalidade surge de forma avassaladora no país, agindo, de fato, como uma globalização inversa (MENDRONI, 2012).

Portanto, nos dias de hoje, tornou-se uma tarefa extremamente árdua o combate dessa criminalidade, uma vez que não adianta prender ou investigar apenas um dos integrantes, mas é preciso dismantelar a organização por inteiro, ter conhecimento de todos os seus membros e de todas as suas funções, conhecer detalhadamente a estrutura daquela organização (MENDRONI, 2012).

## **2 ORIGEM DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**

Antes da Constituição Federal de 1988, a Carta Magna de 1967, aparentemente, assegurava o sigilo das telecomunicações de forma plena, visto que mencionava a inviolabilidade do sigilo sem qualquer exceção. Todavia, o então vigente Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei n.º 4.117/62, dispunha de uma hipótese de conhecimento da telecomunicação sem que fosse considerada violação:

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

[...]

II - O conhecimento dado:

[...]

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

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, p. 10413)

Como se nota, o art. 57 previa o permissivo da quebra do sigilo telefônico para fins de investigação criminal ou instrução penal, caso fosse precedida de autorização judicial.

Conforme Filho (2012, p.234), esse texto era questionado em face da Constituição Federal então vigente, posto que essa garantia o sigilo das telecomunicações sem qualquer ressalva, de modo que a possibilidade de requisição judicial não estava abrangida pelo texto constitucional. Entretanto referido autor destaca que:

Não era esse, contudo, 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 significasse a absoluta proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves. (FILHO, 2012, p.234).

A existência de conflito entre as normas que disciplinavam o instituto da interceptação deveria ser solucionada, na opinião do autor, com a ponderação de princípios, analisando-se, sobretudo, a gravidade do caso em questão.

Mais adiante, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, acreditava-se ter superado a polêmica, quando o legislador incluiu no texto a ressalva para a interceptação, nos seguintes termos:

Art. 5º  
[...]  
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, p.1)

Assim, o atual texto da Constituição deixa claro que a violação ao sigilo das comunicações é exceção, devendo ser estabelecida estritamente nos casos previstos em lei, sendo a regra a proteção desse sigilo (GRECO FILHO, 2012).

Contudo, em seguida, surge polêmica discussão a fim de se saber se o texto do art. 57 do Código de Brasileiro de Telecomunicações teria sido recepcionado pela atual Constituição Federal ou se haveria a necessidade de norma regulamentadora específica.

Greco Filho (2012) discorre que o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC 73.351-4-SP, julgado em 9 de maio de 1996, concluiu não estar o aludido dispositivo recepcionado, dependendo então o texto constitucional de lei infraconstitucional para tonar-se eficaz.

No ano de 1996, surgiu então, a atual Lei de Interceptação Telefônica (Lei n.º 9.296/96), que veio regulamentar o art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988, estabelecendo as regras e limites para restrição ao sigilo das comunicações telefônicas. (LIMA, 2014).

Lima (2014) destaca que, durante anos, reivindicou-se no Brasil a regulamentação da interceptação telefônica, tendo em vista que o preceito contido no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 trata-se de norma de eficácia limitada, tornando indispensável a existência de estatuto jurídico específico para ser aplicada.

Destacam Maciel e Gomes (2018) que a urgência da lei regulamentadora se acentuou ainda mais quando o STF e o STJ passaram a considerar ilícitas todas as interceptações realizadas com fundamento na norma do Código Brasileiro de Telecomunicações, o que pode ter causado prejuízo a inúmeras investigações criminais em curso.

Assim sendo, a Lei n.º 9.296/1996 entrou em vigor na mesma data de publicação e com aplicabilidade imediata, por tratar-se de uma norma eminentemente processual respeitando o estabelecido pelo Código de Processo Penal.

Entretanto, alguns de seus aspectos ainda continuam gerando muitas polêmicas, dentre eles a questão da violação aos direitos de intimidade e vida privada, bem como a legalidade da interceptação das comunicações quando feita por um dos interlocutores, ou com autorização deste, e a feita por terceiros. Além da aplicação da restrição ao sigilo também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

### 3 ASPECTOS LEGAIS DA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES

Inicialmente, antes de se chegar a uma definição de interceptação, necessário se faz atentar ao disposto no art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988, que prevê que 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.

Conforme sugere Lima (2014) a interpretação literal e apressada do dispositivo constitucional, pode levar à conclusão equivocada de que a CRFB/88 autoriza apenas a violação ao sigilo das comunicações telefônicas, inferindo-se que os demais sigilos se encontram protegidos de forma absoluta, de forma que não poderão ter seu conteúdo revelado.

Entretanto, vigora no ordenamento jurídico atual o entendimento de que nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto, devendo o operador do direito agir com ponderação, proporcionalidade e razoabilidade diante de conflito entre normas garantidoras de direitos fundamentais. (LIMA, 2014). Nesse sentido, o citado autor enfatiza que:

Essa linha de interpretação vai de encontro ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial sedimentado no direito pátrio e no direito alienígena de que os direitos fundamentais, por mais importantes que sejam, não são dotados de caráter absoluto. Na verdade, não há falar em direito fundamental absoluto. Todos os direitos fundamentais devem ser submetidos a um juízo de ponderação quando entram em rota de colisão com outros direitos fundamentais, preponderando aquele de maior relevância. (LIMA, 2014, p.690).

Igualmente, posiciona-se Nucci quando assevera que nenhum direito é absoluto e que, portanto, a norma constitucional não deve ser interpretada restritivamente:

Temos defendido que não há direito ou garantia fundamental de caráter absoluto. Por esse motivo e pelo fato de não poder existir norma constitucional a proteger o delinquente, não vemos nenhuma razão para interpretar, restritivamente, o conteúdo do mencionado inciso XII (NUCCI, 2010, p.794).

Prosseguindo, art. 1º da Lei n.º 9.296/96 define que:

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. (BRASIL, 1996, p. 13757)

Grosso modo é sabido que a interceptação telefônica se trata de medida cautelar para captação da conversa telefônica entre duas ou mais pessoas, realizada por terceiro, desde que se obtenha autorização judicial para tanto (GOMES; MACIEL, 2018).

Para Lima (2014), interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la, conforme definição do dicionário Houaiss. Do ponto de vista do autor:

A expressão deve ser compreendida como o ato de captar a comunicação telefônica alheia, tendo conhecimento do conteúdo de tal comunicação. É da essência da interceptação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação alheia. (LIMA, 2014, p.693).

Nessa esteira, doutrinadores, a exemplo de Gomes e Maciel (2018, p. 30), têm firmado alguns conceitos que definem espécies de interceptação:

- a) Interceptação telefônica (ou interceptação em sentido estrito) – resultado da captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, todavia, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores;
- b) Escuta telefônica – traduzida pela captação da comunicação telefônica por terceiro, mas com o conhecimento de apenas um dos interlocutores e desconhecimento do outro;
- c) Gravação telefônica ou gravação clandestina – trata-se da gravação da comunicação telefônica realizada por um dos interlocutores, ou seja, a gravação da própria comunicação. Normalmente é feita com o desconhecimento do outro interlocutor, por isso é referida como gravação clandestina.
- d) Interceptação ambiental – captação, por meio de transmissores, de uma comunicação no próprio ambiente dela, por um terceiro, entretanto sem o conhecimento dos interlocutores.
- e) Escuta ambiental – é a captação de uma comunicação, no próprio ambiente, feita por terceiro e com consentimento de um dos interlocutores.

- f) Gravação ambiental – é a captação no ambiente da comunicação feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Também denominada gravação clandestina.

Entretanto, doutrina e jurisprudência divergem sobre alguns aspectos específicos dessas conceituações de interceptação. Lima (2014) entende que o art. 1º da Lei de Interceptação telefônica abrange tanto a interceptação telefônica em sentido estrito quanto a escuta telefônica.

Assim, para o autor, ao tratar da interceptação telefônica, o texto constitucional admitiu em seu bojo a interceptação realizada por terceiro, desde que seja sem o conhecimento dos interlocutores ou com apenas o conhecimento de um deles, excluindo do conceito somente a hipótese em que um dos próprios interlocutores realiza a gravação sem o consentimento do outro (gravação telefônica ou gravação clandestina). Afirma o autor que:

Ao tratar da interceptação telefônica, admitindo-a, por ordem judicial, as hipóteses e na forma que fosse estabelecida em lei, para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art. 5º, XII, parte final), a Constituição Federal refere-se à interceptação feita por terceiro, sem conhecimento dos dois interlocutores ou com conhecimento de um deles. Não fica incluída a gravação de conversa por terceiro ou por um dos interlocutores, à qual se aplica a regra genérica de proteção à intimidade e à vida privada do art. 5º, X, da Carta Magna (LIMA, 2010, p. 694).

Nessa mesma linha é o pensamento de Grinover, a autora entende que somente estão abrangidas pelo texto legal a hipótese de interceptação telefônica em sentido estrito e a escuta telefônica:

É irrelevante indagar a respeito da existência de conhecimento e consentimento de um dos interlocutores. É possível que nenhum deles esteja a par da operação técnica, ou que um consinta com ele. Embora a doutrina prefira falar, só no primeiro caso (interceptação executada à revelia de ambos os interlocutores), em interceptação “*stricto sensu*”, e, no segundo caso (interceptação conhecida e consentida por um deles), em “escuta telefônica”, em ambos os casos a “*terzietà*” está presente, e tratar-se-á de interceptação, subsumível à lei.

Mas esta não abrange a gravação da conversa telefônica própria, feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro: conduta essa que não se enquadra no conceito de interceptação, e consiste, na terminologia correta, na gravação clandestina de conversa telefônica própria. Embora o caso não se enquadre na tutela do sigilo das comunicações (art. 5º, inc. XII CF), é referível ao inc. X do mesmo dispositivo (proteção da intimidade): a gravação, em si, não é ilícita, podendo qualquer dos interlocutores executá-

la livremente, por tratar-se de documentação de comunicação que lhe é dirigida. No entanto, a divulgação, sem justa causa, da conversa confidencial poderá ser ilícita, subsumindo-se a conduta ao tipo do art. 153 do Código Penal. (GRINOVER, 1997, p. 24).

Não é outro o entendimento de Capez quando discorrendo sobre o tema deixa claro que o texto da lei compreende tanto a interceptação como a escuta telefônica:

Tanto a interceptação *stricto sensu* quanto a escuta telefônica inserem-se na expressão “interceptação”, prevista no art. 5º, XII, da CF; logo, submetem-se às exigências da Lei n. 9296/96. Diferente é o caso em que o próprio interlocutor grava a conversa. Neste, não existe a figura do terceiro, portanto não se pode falar em interceptação (CAPEZ, 2014, p.323).

Por outro lado, parte minoritária da doutrina infere que o texto da norma infraconstitucional se limita a regulamentar apenas a interceptação telefônica em sentido estrito, permanecendo de fora tanto a hipótese de gravação clandestina (autogração) como até mesmo a escuta telefônica. Dependendo, assim, a licitude dessas modalidades de confronto com direito à intimidade do envolvido que desconhece o fato. É este o entendimento de Greco Filho:

A lei não disciplina a interceptação realizada por terceiro, mas com o consentimento de um dos interlocutores, mais também chamada de escuta telefônica. Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição, e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, [...]. (GRECO FILHO, 2012, p.236).

Assim, das possíveis espécies de interceptação, somente a interceptação em sentido estrito e a escuta telefônica encontram amparo na Lei n.º 9.296/96, conforme entendimento de doutrina majoritária, e devem, portanto, ser submetidas aos requisitos legais para serem aceitas como meio de prova válido e eficaz na persecução penal.

Em relação às demais espécies, quais sejam a gravação telefônica, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental, essas últimas mais comumente denominadas por alguns autores como “gravações ambientais”, a referida lei não as regulamentou. Aduz Grinover acerca do tema:

A lei tão pouco ocupa-se das chamadas “gravações ambientais”, ou entre presentes, entendendo-se, por esse termo, a captação clandestina de conversa, por terceiro ou por um dos interlocutores, no próprio ambiente em que ela se desenvolve.

Com relação a estas, o legislador perdeu uma boa oportunidade de regulamentar o assunto, que normalmente vem tratado, no direito estrangeiro, juntamente com a disciplina das interceptações [...]. (GRINOVER, 1997, p.24).

Dessa forma, como não há regulamentação específica dessas modalidades de captação na lei, prevalece a inviolabilidade do sigilo, devendo a jurisprudência analisar no caso concreto, com proporcionalidade e ponderação, quando será possível a sua admissão como meio de prova.

Para Gomes e Maciel (2018, p.33), quanto às gravações clandestinas (telefônicas e ambientais) que não estão abrangidas pelo diploma legal em estudo, e nem por outra lei, a sua captação sem previsão legal expressa resultará violação ao direito à privacidade e intimidade:

Como a gravação telefônica e as captações ambientais envolvem, em regra, intimidade e privacidade, há necessidade de lei expressa regulamentando-as também. Sempre que haja lei expressa, está atendido o princípio da legalidade. Não havendo expressa previsão legal, pode-se falar em violação ao art. 5.º, X da CF/1988, que assegura o direito à privacidade e intimidade (esses direitos, claros, só podem ser restringidos por lei). (GOMES; MACIEL, 2018, p.34)

Por fim, resta definir se a exceção que permite violação ao sigilo das comunicações contida na expressão “no último caso”, presente no texto do art. 5º, XII, da Constituição, se aplica aos outros tipos de comunicação, tais como correspondências, telegráficas e de dados ou somente às comunicações telefônicas.

Para Greco Filho (2012, p.238), a garantia constitucional do sigilo é a regra, tratando-se a interceptação como exceção, caso em que a interpretação do alcance da norma deve ser restritiva. Leciona o autor que:

Com esse entendimento, a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas e não a de dados e muito menos as telegráficas (aliás seria absurdo pensar na interceptação destas, considerando-se serem os interlocutores entidades públicas e análogas à correspondência) (GRECO FILHO, 2012, p. 238).

Assim, o referido autor conclui que só é possível a interceptação de comunicações estritamente telefônicas, não sendo possível de dados e muito menos de comunicações telegráficas.

Esse também é o posicionamento de Capez (2014, p.320), o autor afirma que a CRFB/88 consagra a garantia da inviolabilidade do sigilo das comunicações por carta, telegráfica, de transmissão de dados e telefônica, e que somente no último caso, na hipótese das comunicações telefônicas, o texto constitucional admitiu a quebra.

De outra ponta, Lima entende que, em razão da evolução tecnológica, a expressão comunicação telefônica não deve se ater restritivamente às comunicações por telefone. Nos dizeres do autor:

Considerando o fantástico desenvolvimento da informática na atualidade, a expressão comunicação telefônica não deve se restringir às comunicações por telefone. Por força de interpretação progressiva, a expressão comunicação telefônica deve também abranger a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia, estática ou móvel (celular). Por conseguinte, é possível a interceptação de qualquer comunicação via telefone, conjugada ou não com a informática, o que compreende aquelas realizadas direta (faz, modems) e indiretamente (internet, e-mail, correios eletrônicos). (LIMA, 2014, p.702).

Nucci (2010, p.781), embasado na premissa de que não há direito absoluto, apoia que a comunicação estabelecida por meios ligados à informática (computador) e à telemática (misto de computador com meios de comunicação), “não deixa de ser uma forma atualizada e moderna de comunicação telefônica. Por isso, se houver finalidade de apuração de crime, com autorização judicial, pensamos ser válida a interceptação [...]”.

Gomes e Maciel (2018, p.56) concordam que a expressão “comunicações telefônicas de qualquer natureza” significa qualquer tipo de comunicação telefônica permitida na atualidade em razão do desenvolvimento tecnológico, pouco importando se isso se concretiza por meio de fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, com uso ou não da informática.

O tema é extremamente controverso na doutrina, quando parte desta conclui ser inconstitucional a interpretação extensiva do texto constitucional que permite violação a sigilo de comunicações além das telefônicas, outra parte entende ser absolutamente necessária a amplitude da interceptação para a defesa do interesse social, em razão da evolução dos meios de comunicação existentes.

A celeuma foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade, proposta no ano de 2008, perante o Supremo Tribunal Federal, da qual se originou o processo ADI 4112, pendente de julgamento até a presente data.

Contudo, enquanto a ADI aguarda julgamento, os Tribunais têm considerado válida a interceptação das outras espécies de comunicação, desde que presentes os requisitos legais.

#### **4 A INTERCEPTAÇÃO COMO MEIO DE PROVA FRENTE AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Quando a interceptação das comunicações desrespeita os requisitos previstos na Lei n.º 9.296/96 ela é considerada uma prova ilícita.

A admissibilidade de provas ilícitas pelo ordenamento jurídico brasileiro oferece múltiplos desdobramentos, entretanto, atendo-se ao enunciado no texto Constitucional, mais precisamente ao art. 5º, LVI, da CRFB/88 e ao Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689/1941) depreende-se que as provas obtidas por meios ilícitos não serão admitidas no processo.

A afirmação, nos dizeres de Oliveira (2014, p.345), cumpre além de propósitos éticos no trato das questões do Direito, atuando no controle da regularidade da atividade estatal investigatória, como também inibindo e desestimulando a adoção de práticas ilegais por parte de quem é o responsável pela sua produção.

A norma assecuratória de inadmissão de provas obtidas por meio ilícito presta a tutelar os direitos e garantias fundamentais de uma conseqüente violação.

Enfatiza Oliveira (2014, p.345) que, em relação aos direitos e garantias individuais, “a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias”.

A simples leitura do texto constitucional que abriga os referidos direitos poderia sugerir que a proteção conferida aos mesmos seria intangível, tratando-se de direitos absolutos, pelos quais em nenhuma hipótese seria admitida a sua violação. Entretanto, em alguns casos, o próprio texto constitucional traz ressalvas, como é o caso do direito à intimidade e à privacidade decorrentes das comunicações telefônicas e que poderão ser flexibilizados por ordem judicial, nas condições estabelecidas por norma infraconstitucional (OLIVEIRA, 2014).

Em outros, a necessidade de flexibilização surge da própria convivência em sociedade, quando no exercício de direito fundamental por dois ou mais titulares faz surgir conflitos entre os mesmos, ainda que possuam natureza diversa. (OLIVEIRA, 2014, p.355). Nessa esteira, Oliveira enfatiza que:

Essa realidade decorre do fato de vivermos em uma sociedade plural, isto é, em que vários são os interesses individuais e dos grupos que compõem a comunidade jurídica. Assim, a tutela de uma pluralidade de interesses somente pode ocorrer no plano abstrato, ou seja, no plano normativo. Quando a realidade demonstrar a possibilidade de eventuais conflitos entre valores igualmente protegidos na Constituição, somente um juízo de proporcionalidade da interpretação do Direito, orientado pela vedação do excesso e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, é que poderá oferecer soluções plausíveis. (OLIVEIRA, 2014, p.353).

Portanto, conclui-se que o direito à intimidade, à privacidade, à honra, e todas as suas formas de expressão poderão ser limitados, por não configurarem nenhum direito absoluto, sempre que o seu exercício atinja ou ameace outros valores igualmente protegidos pela Constituição Federal e haja previsão legal para tanto. (OLIVEIRA, 2014, p.354)

Nesse ínterim, voltando-se a análise da lei de interceptação telefônica, esta foi promulgada para regulamentar o texto Constitucional que prevê violação ao sigilo das comunicações, mediante ordem judicial, na forma em que a lei estabelecer. (CAPEZ, 2014, p. 324)

Da leitura do artigo constitucional, depreende-se que para aceitação da medida no processo com meio de prova válido e eficaz, necessário se faz o atendimento de seus pré-requisitos. Inicialmente, o atendimento aos requisitos mínimos constantes na CRFB/88, quais sejam: exigência de autorização judicial e que a interceptação seja realizada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Depois o cumprimento dos requisitos previstos na própria Lei n.º 9.296/96. (CAPEZ, 2014, p. 324)

Conforme Capez (2014, p.325), a lei determina no art. 1º que somente o juiz competente para julgamento da ação principal poderá determinar a quebra do sigilo telefônico, de modo que jamais o Promotor de Justiça ou o Delegado de Polícia poderão fazê-lo. O autor preceitua que “o juiz que determinar a quebra do sigilo será o competente para a ação principal”.

Nas lições do mesmo autor, a referida lei exige também indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, segundo art. 2º, I. Sendo suficiente para tanto o juízo de probabilidade (*fumus boni iuris*), dispensando-se a prova plena.

Exige-se que a infração penal seja crime punido com reclusão, conforme se extrai do art. 2º, III, de forma que não será admitida a interceptação quando o fato investigado constituir infração penal punida com pena de detenção.

Além desses que não exista outro meio de produzir a prova, sendo necessária, nos dizeres de Capez (2014, p.327), a demonstração do *periculum*, ou seja, que haverá perda da prova se esta não for produzida por meio da interceptação.

Por derradeiro, que tenha por fim finalidade instruir investigação policial ou processo criminal, esse requisito existente também no texto constitucional foi reproduzido pelo legislador infraconstitucional no art. 1º. Dessa forma, não se admite a quebra do sigilo para instruir outros processos, como cível, por exemplo.

Por conseguinte, conclui-se que a admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova estará sujeita ao cumprimento das limitações impostas pela lei.

A medida será sempre excepcional e restrita às investigações policiais ou instrução processual penal, justificando-se apenas quando não houver outra forma de se obter indícios de autoria e materialidade do delito praticado.

Contudo, trata-se de meio legítimo de investigação, mesmo projetando-se como limitação ao exercício do direito à intimidade e privacidade. A exclusão pura e simples das provas obtidas pela interceptação poderá trazer imensos danos à apuração dos fatos, com reflexos evidentes na injustiça da decisão, na impunidade e no acobertamento de situações criminosas graves.

## **5 A IMPORTÂNCIA DA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES NA ELUCIDAÇÃO DOS CRIMES ORGANIZADOS**

Lecionam Marçal e Masson (2018, p.154) que atualmente é comum percebermos os “crimes de rua”, aqueles praticados pelas pessoas de classes sociais desfavorecidas, a exemplo dos furtos, e que são cometidos aos olhos da sociedade, frequentemente em locais supervisionados pelo Estado e que, por essa razão, são objeto das forças de segurança estatais (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário).

Para os autores são delitos etiquetados como “crimes do colarinho azul” cometidos sem as artimanhas e engenharias típicas das sofisticadas organizações criminosas. Em contrário, relatam os referidos autores, que outra face das práticas delitivas denominadas por “crimes de colarinho branco”, em razão da estrutura das organizações criminosas que as praticam e do nível de profissionalismo dos seus integrantes, resultam o surgimento das “cifras douradas do Direito Penal”, assim entendidas como uma porcentagem de crimes não solucionados ou não punidos, por vezes até desconhecidos “oficialmente”. (MARÇAL; MASSON, 2018, p. 154)

Assim, para Marçal e Masson (2018), as cifras douradas são indicativas da diferença apresentada entre a criminalidade real e a criminalidade conhecida e enfrentada pelo Estado. Afirmam que raramente existem registros envolvendo delitos dessa natureza, o que inviabiliza a persecução penal e acarreta a impunidade das pessoas privilegiadas no âmbito econômico e envolvidas com organizações criminosas.

O crime organizado tem se desenvolvido em velocidade superior com objetivo de se esquivar do trabalho das forças de segurança estatais, especialmente para promover a ocultação da prática ilegal e a manutenção da atividade ilícita lucrativa. Sendo assim, é impensável cogitar a possibilidade de utilização exclusiva dos tradicionais métodos de investigação, por exemplo, requisição de documentos, oitiva de testemunhas, busca e apreensão, entre outras, para desvendar uma organização criminosa. (MARÇAL; MASSON, 2018).

Relatam Marçal e Masson (2018) que somente com a adoção de técnicas especiais de investigação será possível, assim mesmo com dificuldades, revelar minúcias, o foco e o modo de atuação dos crimes organizados, bem como a identidade de seus membros. Os autores citando a obra de Antônio Scarance Fernandes destacam que:

[...] essencial para a sobrevivência da organização criminosa que ela impeça a descoberta dos crimes que pratica e dos membros que a compõe, principalmente dos seus líderes. Por isso ela atua de modo a evitar o encontro de fontes de prova de seus crimes: faz com que desapareçam os instrumentos utilizados para cometê-los e com que prevaleça a lei do silêncio entre seus componentes; intimida testemunhas; rastreia por meio de tecnologias avançadas os locais onde reúne para evitar interceptações ambientais; usa telefones e celulares de modo a dificultar a interceptação, preferindo conversas por meio de dialetos ou línguas menos conhecidas. Por isso, os Estados viram-se na contingência de criar formas especiais de descobrir as fontes de provas, de conservá-las e de permitir produção diferenciada da prova para proteger vítimas testemunhas e colaboradores. (FERNANDES, apud MARÇAL; CAPEZ, 2018, p.155)

Respondendo então aos subterfúgios do crime organizado, para tornar possível a obtenção dos elementos informativos caracterizadores da autoria e materialidade e dar prosseguimento a persecução penal, a interceptação das comunicações tornou-se instrumento de extrema importância. (GOMES; MACIEL, 2018).

Tamanho é o destaque conferido a esse meio de obtenção de prova que a Lei de Organização Criminosa, a Lei n.º 12.850/2013, reproduziu em seu texto a permissão para que a interceptação das comunicações seja utilizada na apuração desses crimes, em qualquer fase da persecução penal:

Art. 3º [...] [...]

V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;  
[..] (BRASIL, 2013, p.3)

Mais uma vez, para Marçal e Masson (2018) é perfeitamente legítimo que o ordenamento jurídico como um todo seja mais rigoroso no combate ao crime organizado e a repressão ao crime organizado não será eficaz se o Estado utilizar os mesmos instrumentos de combate à criminalidade comum.

Por fim, concluem os autores que a utilização desses meios especiais de obtenção de prova, tal como a interceptação das comunicações, deverá obedecer às regras legais e constitucionais, pois em um Estado Constitucional e Democrático de Direito é corriqueira a percepção segundo a qual as intromissões do Estado na esfera privada dos cidadãos só podem existir dentro dos estritos limites normativos (MARÇAL; MASSON, 2018).

## **6 CONCLUSÃO**

A constante evolução dos meios de comunicação tem trazido muitas praticidades para o cotidiano da sociedade, mas também tem acrescentado elementos facilitadores àqueles que se utilizam dessas tecnologias para o desenvolvimento de novas práticas delituosas.

Tais artifícios têm contribuído para a formação de grupos criminosos cada vez mais estruturados que se ramificam entre as entidades estatais, chegando a atingir perspectivas transnacionais.

Por outro lado, os meios modernos de captação de sons e imagens também se tornaram importantes ferramentas a serviço da justiça criminal. Hoje, trata-se de imprescindíveis meios de prova, especialmente, quando utilizadas em relação às infrações cometidas por grupos criminosos estruturados, quando os meios tradicionais de produção probatória não são mais capazes de desvendar.

Todavia, deve-se ter em mente que a busca pela verdade real não significa que tudo estará permitido. Ela deverá ser alcançada com observância aos ditames do Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim, será preciso compatibilizar a produção da prova com os direitos fundamentais do investigado, tais como a dignidade, intimidade e privacidade. Assim, o acesso à vida privada de uma pessoa somente será possível nas situações previstas em lei, respeitando-se seus pré-requisitos.

A interceptação telefônica e das comunicações se devidamente autorizada, nos termos da Lei n.º 9.296/1996, constitui prova lícita e admissível; por outro lado, se não autorizada, configura crime, nos termos do art. 10 da referida lei, e, ademais é prova ilícita, sendo, portanto, inadmissível como meio de prova.

Portanto, o que não se admite é a utilização desse valioso instrumento como uma forma reprovável de invasão à privacidade alheia como já foi utilizado diversas vezes em nosso país por integrantes de poder, v.g., durante regime militar, e por particulares em situações de espionagem.

## 7 REFERÊNCIAS

BECHARA, Fábio Ramazzini. Crime organizado e interceptação telefônica. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, p. 158-160, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Decreto n.º 5.015, de 12 de Março de 2004. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 mar. 2004, p.1.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940, p. 2391.

BRASIL. Lei Ordinária n.º 4.117, de 27 de Agosto de 1962. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1962, p. 10413.

BRASIL. Lei Ordinária n.º 9.296, de 24 de Julho de 1996. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996, p. 13757.

BRASIL. Lei Ordinária n.º 12.850, de 02 de Agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 ago. 2013, p.3.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FILHO, Vicente Greco. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica e das Comunicações de Dados e Telemáticas: Comentários à Lei 9.296/1996**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Organização Criminosa: um ou dois conceitos? **Rede de ensino Luiz Flávio Gomes**, 2013. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/100689747/artigo-prof-luiz-flavio-gomes-organizacao-criminosa-um-ou-dois-conceitos>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 207, p. 21-38, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas Ilícitas, Interceptação e Escutas**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

MARÇAL, Vinicius; MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**. Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MISSE, Michel. Crime Organizado e Crime Comum no Rio de Janeiro: Diferenças e Afinidades. **Revista de Sociologia e Política**, v.19, n. 40, p. 13-25, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.