

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: A IMPORTÂNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO E O NOVO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lucas Franchini¹
Thais Chaves Brazil Barbosa²

RESUMO

Este artigo teve como objetivo demonstrar através de estudos junto a lei, doutrina e na jurisprudência a importância dos requisitos para a concessão da interceptação telefônica para se colher provas. Para que a interceptação telefônica seja efetuada, independente de sua modalidade, a mesma necessita de autorização judicial, ficando isenta de posteriormente ser invalidada pelo juiz. A interceptação pode ser entendida como uma cessação do curso da apreensão do que foi direcionado a outrem ou a ação de fazer/deter cessar. Em relação à prova, pode ser definido como forma idônea que seja habilitada a confirmar um fato, o Estado precisa atestar que ele é o legítimo para aplicar-se aquela conduta, bem como quem é o indivíduo que tem conveniência na causa, tais institutos, legitimidade, interesse, são simplesmente processuais. Dessa forma, os requisitos se tornam essenciais para que a interceptação telefônica seja autorizada, levando em consideração principalmente o que diz o texto da Lei n. 9.296/96. Pode-se citar como requisitos: o julgamento da ação principal por meio de ordem do Juiz responsável, participação ou autoria com indícios razoáveis em infração penal, que a reclusão seja a punição para a infração penal, que não exista outra forma de se conceber prova, e que seu objetivo seja o de preparar processo criminal ou investigação policial. Assim conclui-se que a relevância da interceptação telefônica é indiscutível durante o processo investigatório e processual, todavia é necessária que exista uma atualização legislativa quanto ao tema ou uma transformação da legislação via interpretação constitucional do órgão protetor da Carta Maior.

Palavras-chave: Interceptação Telefônica; Aspectos Legais; Princípios Constitucionais;

1 INTRODUÇÃO

Por meio do Código de Processo Penal (CPP) é estabelecida uma sucessão de meios de prova. No entanto, constitui um rol exemplificado, visto que podem existir outros meios que não são encontrados nos arrolamentos, como acontece no caso da interceptação das comunicações telefônicas, onde a mesma é manada por meio da Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, fundamentando o estudo aqui proposto.

Para que a interceptação telefônica seja efetuada, seja qual for sua origem, a mesma necessita de prévia autorização, ficando isenta de posteriormente ser invalidada

¹ UNIVAG – Centro Universitário. Área de Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Acadêmico da Disciplina TCC II, turma DIR 151 CN. E-mail: lucasfranchini@hotmail.com

² UNIVAG – Centro Universitário. Área de Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Especialista em Direito do Trabalho. Processo do Trabalho e Previdenciário pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP). Orientadora Thais Cunha Brazil Barbosa. E-mail: professorathaisbrazil@gmail.com

pelo juiz. Dessa forma, a autorização prévia é obrigatória, obedecendo aos requisitos necessários, sem exceção.

Em relação ao instante da interceptação, a viabilidade do decreto tanto se faz durante a investigação criminal quanto no decorrer do curso da instrução penal. Nota-se que a Lei n. 9296/1996, em art. 1º, não comenta em inquérito policial e sim em “investigação criminal”. Todavia, não é preciso que se instaure o mesmo, para que a juiz autorize a interceptação. E nem poderia, pois, o inquérito é escusável até mesmo para a proposta de ação penal. A legislação, porém, pleiteia que exista a investigação, que poderá ser ou não feita pelo poder policial. Pode ser que a fase investigatória seja realizada, como por exemplo, pelo Ministério Público.

2 ASPECTOS PRELIMINARES DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

2.1 Conceito e Natureza Jurídica

Castro (2017) comenta que a interceptação pode ser entendida como uma cessação do curso de, a apreensão do que foi direcionado a outrem ou a ação de fazer/deter cessar. Todavia, conforme observa o conteúdo da Lei n. 9296/1996 (Lei de Interceptação Telefônica), interceptar não está relacionado a cortar ou a interromper o diálogo telefônico, mas sim a ação de uma terceira pessoa em receber a comunicação de outros sem a o conhecimento dos mesmos, tendo acesso ao conteúdo da comunicação.

É importante frisar que interceptação telefônica não pode ser confundida com escuta telefônica nem com a gravação da comunicação. Dessa forma, Grecc Filho (2015) fala que a interceptação, conforme aludido, é a obtenção da comunicação de terceiros por outra pessoa sem que ela tenha ciência, sempre dependendo de uma prévia autorização judicial, em razão do art. 5º, XII, da Constituição Federal. Já a escuta telefônica, é a obtenção de dialogo entre terceiros, com a ciência de apenas um destes, como acontece em casos coação por meio de sequestro em que o poder policial, com a anuência prévia da família, apreende o diálogo entre eles e os criminosos sequestradores. E, assim, a gravação telefônica, por sua vez, é executada por um dos interlocutores sem o conhecimento, muito menos autorização do outro. Em relação a isso, o autor ainda diz que:

É relevante realizar uma qualificação que nem sempre se manifesta, quer em julgamentos, quer em na doutrina, seja qual for à distinção entre a gravação realizada por um dos interlocutores do diálogo telefônico (chamada também de gravação clandestina unilateral), ou com consentimento deste (chamada escuta telefônica), e a interceptação. Esta, em definição estrita, é a execução por outrem sem consentimento dos interlocutores para a escuta e gravação casual de seu diálogo, sem o conhecimento deles (GRECO FILHO, 2015, p. 212).

Boa parte da doutrina compreende que o art. 1º da Lei n. 9296/1996 engloba não apenas a interceptação telefônica em definição estrita, mas também a escuta telefônica, pois ambas são ferramentas para aquisição do diálogo alheio. Foi retirada dessa legislação a gravação telefônica, à qual se utiliza a regra ampla do art. 5º, X da CF, que ampara a vida privada e a intimidade (CASTRO, 2017). Outra corrente doutrinária por seu turno acredita que no texto da Lei 9296/1996 o legislador ajustou somente a interceptação telefônica em definição estrita, excluindo a escuta telefônica.

No entanto, relativamente à gravação telefônica, ainda que fique repelida pela Lei n. 9296/1996, se rogada ela poderá ser concedida judicialmente, e poderá ser vista como

válida mesmo sem consentimento do juiz quando existir justa causa, em associação ao princípio da proporcionalidade, como se dá em situações de gravações por um dos cônjuges por sofrer ameaças do companheiro ou companheira (MENDES, 1999).

De acordo com a art. 3º I da Lei n. 9296/1996, no que se refere a natureza jurídica da interceptação telefônica, pode-se afirmar que ela é uma fonte de prova e possui natureza cautelar. A medida cautelar poderá ser aprovada para propiciar a obtenção de dados relevantes, no decorrer da investigação, para a proposta da ação penal, neste caso sendo uma ação cautelar preparatória. Poderá ser também aprovada durante a instrução processual, atuando então com uma ação cautelar incidental (BRASIL, 1996).

Quer seja a interceptação uma ação cautelar incidental ou preparatória, a mesma sempre será permitida sob o segredo de justiça, *inaudita altera pars*, isto é, a parte contrária não será ouvida em obediência ao princípio da publicidade interna restrita cabível em casos em que se faça preciso a utilização do aludido meio de captação de prova, com a finalidade de que não se malogre o sucesso do cumprimento da ação. Neste diapasão, é interessante relatar o entendimento de Mendes:

A autorização da ação é *inaudita altera pars*, não tendo o indiciado ciência de que seu diálogo está sendo gravado, porém, ao se concluírem as diligências, será levantado o sigilo, podendo o investigado valer-se de habeas corpus para impugnar a medida se tiver havido nulidade (MENDES, 1999, p. 58).

Para que seja viável a concessão da medida de interceptação telefônica é necessário haver os requisitos justificadores das medidas cautelares, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) deve conter os elementos comprobatórios da existência do ilícito penal grave, a fim de que se justifique a invasão da privacidade. O *periculum in mora*, ao seu turno, diz respeito ao possível prejuízo que a não concessão da medida, no caso a interceptação telefônica, poderá causar para a investigação ou para a instrução processual (MENDES, 1999).

2.2 Da Serendipidade

Vejamos o exemplo onde o magistrado dá autorização para a interceptação telefônica para se investigar o crime “A”, com pena de reclusão. Porém, no decorrer do procedimento, se verifica que o indiciado ou terceiro realizou o crime “B”, com pena de detenção. Nesta suposição, a interceptação poderá ser empregada para se apurar o crime “B” ou o terceiro que a princípio não estava sendo investigado? No caso, existiu a descoberta por acidente, eventual, da ação de outro crime, e é precisamente o que a jurisprudência tem chamado de serendipidade (CASTRO, 2017).

Castro (2017) ainda comenta que em relação à aceitabilidade do instituto, a descoberta de novos fatos que surgem do monitoramento judicial autorizado pode ocasionar na qualificação de pessoas que no princípio não foram relacionadas ao pedido da ação probatória, porém que detém ligação estreita com o objeto da investigação. Tal condição não inviabiliza o uso das provas obtidas contra esses terceiros.

Ainda com relação à serendipidade, os diálogos telefônicos do investigado legalmente colhidos poderão ser empregados para a concepção de prova contra o outro interlocutor, ainda que este seja advogado do investigado. A interceptação telefônica,

obviamente, abrangerá a participação de quaisquer dos interlocutores. Ilógico e irracional seria admitir que a prova colhida contra o interlocutor que recebeu ou originou chamadas para a linha legalmente interceptada é ilegal. No mais, não é porque o advogado defendia o investigado que sua comunicação com ele foi interceptada, mas tão somente porque era um dos interlocutores (MENDES, 1999).

Barreto Júnior (2016) descreve que um grande exemplo de serendipidade foi a operação Lava-Jato, pois através de interceptações telefônicas que tinham como alvo investigar operações de fraudulentas de doleiros que envolviam empresas de lava-jato, a Polícia Federal conseguiu encontrar fortuitamente conversas acerca de operações criminosas envolvendo a sociedade de economia mista Petrobras S/A e alguns políticos.

Porém, no âmbito da licitude dessas interceptações que geraram todo o arcabouço probatório da Operação Lava-Jato, deve-se levar em conta que a serendipidade que aconteceu até agora nessa operação é de segundo grau, ou seja, legal. Todavia, deve-se ter um cuidado para não se banalizar o instituto da interceptação telefônica e transformá-la no único meio de prova possível, em busca de se punir cidadãos desrespeitando suas garantias constitucionais, pois esse instituto rege-se pelo princípio da subsidiariedade. Igualmente, não se deve utilizar esse instituto nessa operação, para punir crimes futuros, como já expostos acima (BARRETO JUNIOR, 2016).

2.3 DO CONCEITO DE PROVA

Silva (2017) comenta que prova, é toda forma idônea que seja habilitada a confirmar um fato, visto que, quando se procura um direito, seja desde a exigência simples do aprazimento de uma prestação devida até ao direito de Estado de punir um criminoso ou infrator, precisa-se existir materialidade que comprove o suficiente ao exercício do direito, materialidade essa que assevere que aquele que está a empenhar-se é o legítimo e interessado na prática daquela competência.

Em ocasião do contexto penal público, o Estado precisa atestar que ele é o legítimo para aplicar-se aquela conduta, bem como que é o indivíduo que tem conveniência na causa, tais institutos, legitimidade, interesse, são simplesmente processuais, sendo estes associados às questões da ação em si, mais particularmente, aos estados da ação, onde não preenchidas acabará em nulidade, autonomamente do acontecimento ou não da infração. No entanto, voltando-se agora a termos materiais, deve restar demonstrada suficientemente o autor e a materialidade delitiva, isto é, precisa-se conceber o uso do nexos causa-resultado, de maneira que exponha que aquele indivíduo indiciado o qual se imputa a ação de fato-crime é de fato quem deu causa àquela consequência lesiva, isso configura a autoria, que deverá ser palpável por quaisquer meios distintos, já a materialidade é a consequência da ação em si, comprovada esta, aproximada com a autoria, sobrarão propriamente demonstrada à ação delituosa (SILVA, 2017).

De acordo com o art. 156 do Código Penal, é imprescindível dizer que, responsável estará o ônus de provar, a parcela que alegar determinado episódio, seja por parte do acusador, que necessariamente deverá provar a materialidade do crime, e também as causas que ampliam a pena, seja por parte da defesa, que precisará provar as excludentes de culpabilidade e ilicitude, e as outras condições que diminuem a pena (GRECO FILHO, 2015).

Para Greco Filho (2015) em determinadas situações, existirão algumas provas, na observância do caso real, natureza de urgência, casos em que o magistrado, se valendo do poder instrutório, será capaz de terminar sua produção de maneira antecipada, antes até do começo da ação penal, traçando-se nas características de proporcionalidade, adequação e necessidade.

Adentrando-se à observância dos meios de prova, precisa-se verificar que o rol exposto no Código Processual Penal (CPP) não é taxativo, e sim exemplificativo, visto que no contexto penal persiste o princípio da liberdade das provas, isto é, se pode concebê-las por meio de qualquer forma, desde que idônea, verificando somente as limitações impostas pela legislação civil quanto ao estado do indivíduo (GRECCO FILHO, 2015). O autor supracitado ainda continua dizendo:

Meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato.

O Código disciplina os seguintes meios de prova: o exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184), o interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), a confissão (arts. 197 a 200), as perguntas ao ofendido (art. 201), as testemunhas (arts. 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), a acareação (arts. 229 e 230), os documentos (arts. 231 a 238), os indícios (art. 239) e a busca e apreensão (arts. 240 a 250). Os indícios como adiante se verá, não são meios de prova.

Esses são os chamados meios legais.

Outros, porém, são admissíveis, desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade (GRECCO FILHO, 2015, p. 256).

É interessante dizer sucintamente, sobre a prova ilícita, que é aquela que atinge negativamente o preceito normativo infraconstitucional ou constitucional, onde a mesma será apontada inadmissível e desentranhada do processo.

2.4 DOS REQUISITOS LEGAIS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Zorzan (2014) comenta que para que seja possível a aplicação da interceptação telefônica é necessário verificar a presença de alguns requisitos. A Lei de nº 9.296/96 não determina as hipóteses para aplicação da medida, mas sim hipóteses em que ela não será aceita. Fazendo-se uma interpretação lógica da Lei infraconstitucional e da Constituição Federal, no que tange a matéria, Capez (2009) apresenta os seguintes requisitos legais como principais para que seja deferida a interceptação:

a) Ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal; b) Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; c) Que a infração penal seja crime punido com reclusão; d) Que não exista outro meio de se produzir a prova; e) Que tenha por finalidade instruir investigação policial ou processo crimina (CAPEZ, 2009, p. 321).

Dessa maneira, é relevante que se relate cada um desses requisitos de forma distinta, conforme será realizado a seguir.

2.5 Julgamento da ação principal por meio de ordem do Juiz responsável:

Trata-se de um requisito que está no texto do art. 1º da Lei. Apenas o juiz responsável para o julgamento da ação principal poderá determinar a quebra do sigilo telefônico, jamais o Promotor de Justiça ou o Delegado de Polícia poderão fazê-lo. Obviamente que se trata de juiz que exerça jurisdição penal, seja esta eleitoral, militar ou comum, já que a interceptação será realizada para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. Assim, o juiz que determinar a quebra do sigilo será o competente para a ação principal. Na hipótese em que dois ou mais juízes forem igualmente competentes, aplicar-se-á a regra de prevenção prevista no art. 83 do CPP (CAPEZ, 2012).

2.6 Participação ou autoria com indícios razoáveis em infração penal

A legislação demanda que tem que existir indícios razoáveis de participação ou autoria do investigado no crime, isto é, o “*fumus boni iuris*”, a fumaça do bom direito, pois não pode ser invadida a privacidade das pessoas sem que exista uma real necessidade consubstanciada na existência concreta de um fato que vai além de mera suspeita.

Dessa forma, teve-se o seguinte posicionamento do professor Avolio (2010) que aduz da seguinte forma:

“A existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (inc. I) constitui requisito geral das medidas cautelares, o *fumus boni iuris*, referindo-se a autoria ao agente e a infração penal à sua materialidade. Nem precisaria ser enunciado como pré-requisito das interceptações telefônicas, pois seria difícil imaginar que um juiz deferisse provimento dessa natureza sem respaldo num princípio de prova. Assim, não poderia ser deferida a interceptação para iniciar uma investigação” (AVOLIO, 2010, p. 227).

Para que o magistrado consiga apreciar a existência no caso concreto destas duas exigibilidades, terá a obrigatoriedade de investigação iniciada ou processo instaurado (art. 3º, I), ficando, em princípio, excluída a possibilidade de interceptação para iniciar a investigação (FERNANDES, 2000).

2.7 Que a reclusão seja a punição para a infração penal

Capez (2012) fala que a legislação também obriga que as infrações que serão investigadas através da interceptação sejam aqueles apenas com a reclusão, isto é, apenas nos crimes mais graves é que poderá ser deferido pelo juízo competente, o instituto da interceptação.

Todavia, o aludido autor ensina que:

(...) conforme a doutrina, tal critério trouxe duas impropriedades: a) deixou de lado crimes apenados com detenção, como a ameaça, comumente praticado via telefone, ou mesmo contravenções, como o jogo do bicho; b) ao elencar genericamente todas as infrações penais apenadas com reclusão como objeto da interceptação, alargou sobremaneira o rol dos delitos passíveis de serem investigados por quebra do sigilo telefônico, crimes estes, muitas vezes,

destituídos de maior gravidade, o que torna discutível, no caso concreto, o sacrifício de um direito fundamental como o sigilo das comunicações telefônicas (CAPEZ, 2012, p. 386)

Nestes exemplos, o autor ainda defende a obrigatoriedade de incidência da proporcionalidade dos bens jurídicos envolvidos, afastando o sacrifício do sigilo telefônico em prol de um bem de menor valor. Todavia, outra corrente doutrinária, dentre eles a de Antônio Magalhães Gomes Filho, dizem que através da inconstitucionalidade do inciso III, do artigo 2º, quando se estende a todo e qualquer crime apenado com a reclusão. Aham que o juiz deverá analisar com cautela o caso concreto para deferir a autorização para efetivação da interceptação telefônica (GOMESFILHO, 2001).

Dessa maneira, ele ainda traz o seguinte ensinamento:

O judiciário poderá considerar inconstitucional a ordem de interceptação em crimes de gravidade menor, no caso concreto, pelo controle difuso. E o STF poderá, em ação direta, julgar o dispositivo inconstitucional no que tange a sua aplicabilidade com relação a qualquer crime apenado com reclusão, oferecendo a lei interpretação integrativa, nos moldes do que é usual nas Cortes Constitucionais de outros países. Já há precedentes nesse sentido na nossa Corte Suprema, que tem utilizado o termo interceptação conforme (ver, por exemplo, decisão sobre a forma de atualização monetária dos precatórios, contestada em ação direta pelo governo de São Paulo, em que o STF em dezembro de 1996, assentou que a inconstitucionalidade dos incisos 1, 6 e 10 do art. 337 do Regimento interno do TJSP se submete a limites) (GOMES FILHO, 2001, p. 185).

Assim, parafraseando Mendes et al. (2007) o juiz precisa estar ciente das circunstâncias específicas de cada caso, para, procedendo ao exame de proporcionalidade, justificar a admissibilidade ou não de interceptação telefônica.

2.8 Que não exista outra forma de se conceber prova

Capez (2012) comenta que devem também ser utilizados todos os meios possíveis permitidos em lei, para que o crime seja apurado e que o pedido de interceptação seja feito somente em último caso, assim esse requisito deixa claro que a interceptação telefônica só pode ser admitida quando inexistentes, à época da autorização, outros meios idôneos disponíveis para a investigação da infração e respectiva autoria (*periculum in mora* – indispensabilidade do meio de prova).

Conseqüentemente, fica evidente que tanto a Autoridade Policial quanto o representante do Ministério Público deverá esgotar todos os outros meios de prova a exemplo a prova testemunhal ou pericial, pois a quebra do sigilo telefônico, por constituir medida excepcional, somente deverá ser utilizada quando a prova não puder ser obtida por outros meios. Por ser uma ação que restringe um direito fundamental do cidadão, qual seja o seu direito à intimidade e liberdade de comunicação, caberá ao juiz, no caso concreto, avaliar se há alternativas menos invasivas e menos lesivas ao cidadão (CAPEZ, 2012).

2.9 Que seu objetivo seja o de preparar processo criminal ou investigação policial

De acordo com o entendimento de Capez (2012) refere-se a um requisito que consta na Carta Magna e que foi concebido por meio da Lei 9296/1996 em seu art. 1º, dessa forma, não se sanciona a quebra do sigilo para instruir processo cível, por exemplo, ação de separação por adultério, em que é comum a ação de detetives particulares “grampeando” o telefone do cônjuge suspeito, já que a autorização só é possível em questão criminal. Da mesma maneira, incabível a interceptação em sede de inquérito civil ou ação civil pública. Sendo assim, a interceptação telefônica só é possível no âmbito penal, conforme previsão do art. 1º da Lei n. 9.296/96, nos casos de investigação criminal e instrução processual.

2.10 A NOVA APLICABILIDADE PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pode-se observar que na própria Constituição Federal de 1988, que foram estabelecidos critérios objetivos e premissas fundamentais para a perpetração da interceptação telefônica, porém essas garantias constitucionais não são absolutas.

Oliveira (2015) comenta que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), mais precisamente a 3ª Turma, através do Habeas Corpus nº 203.405/MS, j. 28/06/20116 entendeu totalmente plausível a interceptação telefônica em processo judicial de natureza cível, no entanto, de forma totalmente excepcional.

Para que se possa compreender essa colocação é primordial exhibir o fato que concebeu a decisão da corte. A aludida Turma rejeitou *Habeas Corpus* contra decisão da 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande, que determinou que fosse feito a quebra do sigilo telefônico de um genitor que se negava a entregar o filho para cônjuge, caso de subtração de menor, previsto no art. 237 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), conforme pode-se verificar *in verbis*: “Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto: Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa” (BRASIL, 1990, s.p.).

No entanto, a organização de telefonia não acatou a ordem determinada por meio do juízo, por lesar o que é determinado na Constituição Federal e na Lei 9296/1996, que não prevê a prática de interceptação telefônica na seara extrapenal. E o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul ratificou a posição de que a Lei da Interceptação Telefônica, ao não abarcar matéria que não seja do universo penal, não é princípio absoluto, indeferindo o mérito do pedido. Conforme descreve abaixo:

TJ/MS - HABEAS CORPUS PREVENTIVO Nº 203.405 - MS (2011/0082331-3), RELATOR MINISTRO SIDNEI BENETI – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - VARA DE FAMÍLIA - TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO DE GENITOR QUE RAPTOU O PRÓPRIO FILHO - RECUSA NO CUMPRIMENTO DE ORDEM EMANADA DE VARA CÍVEL - ALEGAÇÃO DE QUE A MEDIDA É VEDADA NA SEARA EXTRAPENAL - AFASTADA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL - COMETIMENTO DE DELITO A SER AVERIGUADO - FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E VINCULADA - PRAZO PARA AS ESCUTAS READEQUADO AO DISPOSTO NA LEI 9.296/96 - ORDEM DENEGADA - LIMINAR CASSADA. Conforme cediço e expresso na Lei n. 9.296/96, a realização da interceptação telefônica é vedada na seara extrapenal. Entretanto, tal princípio não é absoluto. No âmbito cível e em situação extremamente excepcional, é admitido este artifício quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, mormente quando há possibilidade de se averiguar o possível cometimento do delito disposto no art.

237, do ECA. Se, de um lado prevalece o direito à intimidade daqueles que terão seus sigilos quebrados, de outro há a necessidade de se resguardar, com extrema urgência, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária do menor. No confronto dos direitos individuais subordinados ao princípio maior (dignidade da pessoa humana), as consequências do cumprimento do ato em questão são infinitamente menores do que as que ocorreriam caso o Estado permanecesse inerte.

Dessa forma, o STJ ajuntou à determinação inédita a ponderação de valores constitucionais em divergência, de acordo com a ponderação do ministro Sidnei Beneti, conforme se observa:

A situação, portanto, inspira mais cuidado do que, à primeira vista, pareceria ser o caso de aplicação pura e simples do preceito Constitucional que estipula a garantia do sigilo das comunicações. Há que se proceder à ponderação dos interesses constitucionais em conflito, sem que se possa estabelecer, a priori, que a garantia do sigilo deva ter preponderância (OLIVEIRA, 2015, p. 8).

Em relação à doutrina, no que se refere à guarda da criança e do adolescente, é relevante relatar o que ensina o Ilmo. Doutrinador José Afonso da Silva:

Tem o grave dever, juntamente com a sociedade e o Estado, de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente enumerados no art. 227: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão é exigência indeclinável do cumprimento daquele dever (SILVA, 2008, p. 851).

Isto posto, fica claro, conforme aduz Oliveira (2015) que as garantias constitucionais, no que tange à inviolabilidade das comunicações telefônicas e da intimidade foram afastadas para resguardar um bem jurídico tutelado acima de tudo mais abrangente ao caso concreto. Esse postulado é o da proteção da criança ou adolescente envolvido, que tutela um conjunto maior de garantias em comparação à inviolabilidade da intimidade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o exposto, pode-se dizer que a interceptação telefônica é uma importante ferramenta para a produção de provas de maneira eficaz, especialmente em casos em que os crimes são cometidos entre duas pessoas ou mais pessoas, sem testemunhas ou documentos hábeis que comprovem o ocorrido, como por exemplo, em crimes de corrupção, tráfico ilícito de entorpecentes, em sede de organização criminosa diante da necessidade de identificação de seus membros e tarefas realizadas por cada um deles, além da identificação de sua chefia, auxiliando assim o Juiz na identificação de autoria, participação e dosimetria da pena.

Embora de fundamental importância, a utilização do instituto da interceptação telefônica no processo criminal foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1.996, através da Lei 9.296, portanto há 23 anos. Diante do avanço tecnológico e da

mudança de comportamento através do uso das mais diversas formas de redes sociais: *whatsapp, instagram, twitter, e-mails*, necessário se faz adaptar-se a legislação para que os proprietários de citadas redes sociais possam fornecer em tempo real as informações repassadas a criminosos através de tais aplicativos, com a consequente modernização da legislação nacional no combate efetivo e eficaz a criminalidade moderna.

Também se faz necessária a atualização de procedimentos de atuação judicial no uso indevido da interceptação telefônica, através do vazamento de trechos de diálogos a imprensa, levando a sociedade a condenar antecipadamente eventual suspeito da prática de crimes, sob o manto da preservação do sigilo da fonte, previsto no artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal, e que pode condenar previamente um inocente, o qual pode ser absolvido no contexto geral das provas apresentadas em juízo.

Diante do comportamento humano em face da utilização das redes sociais, também deverá ser observada a divisão de tarefas por juízes, com a possível delimitação de magistrados para decidir única e exclusivamente sobre a concessão de medidas cautelares, dentre as quais a interceptação telefônica, e magistrados apenas para analisar e decidir a ação penal específica, impedindo assim que o Juiz se envolva emocionalmente com o caso concreto, emitindo opiniões em redes sociais e assim trazendo sérios prejuízos a imparcialidade do juiz na tomada de decisões.

Do mesmo modo, precisa-se relatar que tal instrumento processual precisa sempre ser empregado em uma direção garantista, pois consistem em um dispositivo que, como já aludido, se empregado sem limitações, se tornará um dispositivo que faz o estado democrático de direito retroagir, se tornando um Estado totalitário.

REFERÊNCIAS

BARRETO JÚNIOR, Mário Flavio de Oliveira. **Interceptação Telefônica e os Limites de sua Licitude**. [Monografia] Graduação em Direito. Niterói-RJ: Universidade Federal Fluminense, 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.296. Promulgada em 24 de julho de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm Acesso em: 17 ago. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Leonardo. Interceptação telefônica – Lei n. 9.296/96. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/207388192/interceptacao-telefonica-dicas-rapidas-que-podem-salvar-uma-questao-em-sua-prova> Acesso em: 16 ago. 2019.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei nº 9.296/96. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, nº 45, ago. 2001.

GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo/Brasília: Saraiva, 2007.

MENDES, M. G. de. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

OLIVEIRA, Anderson Rodrigo de. 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. Disponível em: <https://revista.pgskroton.com/index.php/juridicas/article/viewFile/3313/2984> Acesso em: 15 set. 2019.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000,

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Lucas César Vasques da. Interceptação telefônica como meio de prova. **Conteúdo Jurídico**, 21 nov 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51040/interceptacao-telefonica-como-meio-de-prova> Acesso em: 17 ago. 2019.

ZORZAN, Gilcinéia. Da interceptação telefônica: questões especiais da Lei n. 9.296/96. **Jus.com.br**. Agosto de 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31577/da-interceptacao-telefonica> Acesso em: 26 ago. 2019.