

# A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO DIREITO BRASILEIRO

\*Maria Ângela Mesquita Mendonça

\*\* Professora Vânia Maria Bemfica Guimarães Pinto Coelho

## Resumo

O presente artigo trata da interceptação telefônica no direito brasileiro, verificando-se as principais nuances da matéria, a qual envolve o Direito Constitucional, muito especialmente o direito à intimidade ali previsto como um direito fundamental. Ressaltam-se também as questões concernentes ao Direito Processual Penal, princípios e regras ali elencados quanto à obtenção de provas, a busca da verdade real e o princípio da proporcionalidade. Verifica-se que a questão ainda é muito controversa, sendo que os tribunais superiores têm decidido caso a caso, não havendo um denominador comum, nem entre os tribunais e muito menos entre os doutrinadores.

**Palavras-chave:** interceptação telefônica, escuta telefônica, intimidade.

## 1. Introdução

A Constituição Brasileira, prevê em seu artigo 5º inciso XII, a possibilidade de o juiz autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal e instrução processual penal, na forma que a lei estabelecer. Todavia, muito se tem questionado sobre o tema, uma vez que existe uma lacuna muito grande na lei citada, sendo que, em julho de 1996, editou-se a lei de interceptação telefônica, nº. 9.296, visando regulamentar o dispositivo constitucional. Todavia, a mencionada lei não pacificou a tema, vez que ainda há muita controvérsia sobre a possibilidade de se utilizar as provas obtidas, e até que ponto estas provas seriam constitucionalmente lícitas, em face do direito à privacidade. O estudo realizado veio demonstrar que nem mesmo entre os tribunais existe consenso, devendo o tema ser tratado com cautela.

Nos casos de interceptações telefônicas, a própria Constituição Federal, no citado inciso XII, do artigo 5º, abriu uma exceção, qual seja, a possibilidade de violação das comunicações telefônicas, desde que presentes três requisitos:

- ordem judicial;
- para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

---

\* Acadêmica do 3º ano do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Varginha.

\*\*Professora titular da cadeira de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Varginha.

Em relação ao último requisito, muito se tem discutido nos meios acadêmicos, doutrinários e jurisprudenciais pátrios, sobre as possibilidades de se efetuar a interceptação telefônica sem se agredir a norma constitucional vigente.

Em 24 de julho de 1996, foi editada a Lei nº 9.296 que ficou conhecida como “Lei de Interceptação Telefônica” (LIT), com o objetivo de regulamentar o inciso XII do artigo 5º da Carta Magna.

## **2. Conceitos**

Ocorre interceptação telefônica, estrito senso, quando a violação ao sigilo da comunicação é realizada por terceiro, sem o conhecimento de qualquer dos comunicadores; ao passo que ocorrerá escuta telefônica se a violação for efetuada por terceiro, mas com o conhecimento de um dos comunicadores; por sua vez, a gravação telefônica é realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. Assim, nos dois primeiros tipos de violação há três protagonistas; enquanto no último existem apenas dois.<sup>1</sup>

Por outro lado, interceptação, escuta e gravação ambiental têm praticamente os mesmos conceitos já expostos, com a peculiaridade de se referirem a conversa não telefônica (conversa pessoal). Desse modo, interceptação ambiental é a realizada por terceiro, sem o conhecimento dos comunicadores; escuta ambiental realiza-se quando a captação da conversa não telefônica é feita por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e, por último, a gravação ambiental ocorre quando a captação da conversa telefônica é efetuada por um dos comunicadores.

Tais distinções não são despiciendas, porque o tratamento jurídico muda conforme o tipo de violação. A distinção é importantíssima, porque o art. 10 da Lei 9.296/96, tipifica como crime a interceptação telefônica sem autorização judicial.

O termo "interceptação telefônica" é parte integrante de um tipo penal, devendo o seu conceito ser fixado para se dar a correta aplicação ao crime referido, de modo que a compreensão mais alargada ou mais estreita daquela expressão

necessariamente implicará proporcional alargamento ou estreitamento do tipo penal.<sup>1</sup>

### 3. A interceptação telefônica e o direito à intimidade

Certamente, a interceptação, a escuta e a gravação atingem o direito à intimidade, mas a violação delas resultante certamente não se dá por igual, não ocorrendo no mesmo momento.

Consoante a lição de Paulo José da Costa Júnior,

*na expressão 'direito à intimidade' são tutelados dois interesses, que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada. O direito, porém, é o mesmo. (...) No âmbito do direito à intimidade, portanto, podem ser vislumbrados estes dois aspectos: a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada. (COSTA JUNIOR, 1995, p. 34)*

Desse modo, esse direito é protegido em dois momentos. No momento antecedente, a proteção consiste numa reação à interferência ilícita na intimidade, procurando evitar que ela seja devassada (através de "grampos telefônicos", p. ex.) No momento posterior, a reação vira-se contra a divulgação indevida da intimidade alcançada legitimamente. No primeiro momento, a proteção dirige-se a terceiros; no segundo, dirige-se ao destinatário do fato íntimo.

Quando a violação à intimidade se dá apenas no segundo momento, ou seja, quando se divulga um fato íntimo que se alcançou legitimamente (por exemplo, no caso do destinatário de uma carta contendo segredo) a repulsa do ordenamento jurídico é menos severa do que quando a violação ocorre no primeiro momento. Tanto é assim que, naquela violação, a lei costuma excluir a ilicitude da conduta quando há "justa causa" para divulgação do fato íntimo (Código Penal, art. 153).

*Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:*

*Pena – detenção, de 1(um) a 6 (seis) meses, ou multa.*

---

<sup>1</sup> No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 4/6; GOMES, Luiz Flávio & CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 95/96  
JESUS, Damásio E. de. Interceptação de Comunicações Telefônicas: Notas à Lei 9.296, de 24/07/1996. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 735, p. 460, 1997.

Como exemplo de "justa causa", a doutrina costuma arrolar a comunicação ao Judiciário de crime de ação pública. Com base nesse ensinamento doutrinário, poder-se-ia (mas não se pode, tendo em vista a posição do STF adiante exposta) afirmar que é prova válida a gravação, por um interlocutor, de conversa pessoal ou telefônica na qual o outro confessa a prática de crime. De tal modo que essa gravação poderia ser utilizada em juízo para incriminar o autor do delito.

Por envolver a captação por terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, a interceptação choca-se com o primeiro momento do direito à intimidade. Por outro lado, a escuta (captação que se dá com a autorização de um dos interlocutores) e a gravação (captação por um dos interlocutores) atingem o direito à intimidade no momento subsequente.

Isso explica por que a interceptação só pode ocorrer com autorização judicial, que não é necessária, caso exista justa causa, para a escuta e gravação telefônica. E também por que a simples interceptação (mesmo sem divulgação do conteúdo captado) é crime, se for realizada sem autorização judicial (artigo 10 da Lei 9.296/96). Ao passo que, se não houver divulgação do conteúdo ou havendo justa causa para a divulgação, a escuta e a gravação não são crimes, prescindindo de autorização judicial (artigo 151, § 1º, II, do Código penal).

Essa distinção, não admitindo a interceptação e aceitando a gravação, é corrente na Suprema Corte Americana, que no caso *Lopez*, de 1963, reiterando o que já havia decidido no caso *On Lee v. United States*, admitiu como prova válida conversa gravada, com um microfone oculto, por um policial. Na ocasião, decidiu-se que o confidente assumiu o risco de aquilo que dizia vir a ser repetido ou testemunhado em juízo. Comentando essas decisões, Renato Maciel de Sá Junior afirma:

*Diferenciou-se, então, a captação pessoal direta (o microfone, nesse processo, estava disfarçado em botão na lapela do paletó do policial) da captação (interceptação) feita por terceiros, esta tida, segundo aquela Corte Suprema, como a 'ameaça mais profunda e insidiosa, nos dias que correm, à privacidade pessoal e social. (SÁ JÚNIOR, REVISTA DOS TRIBUNAIS, p. 307)*

Diversa é a posição no Brasil, onde a questão está longe de ser pacífica, havendo divisão na doutrina e na jurisprudência. A respeito do uso da gravação clandestina, Vicente Greco Filho ensina que o sigilo existe em face de terceiros e não dos interlocutores, que podem divulgar a conversa desde que haja justa causa, podendo, neste caso, tal gravação servir como prova, em processo, tanto para a acusação quanto para a defesa. Discorrendo sobre a Lei 9.296/96, afirma que:

*A gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (...) não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os titulares - o remetente e o destinatário - são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação. O seu aproveitamento como prova, porém, dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida, ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a divulgação.*

*A problemática da gravação unilateralmente realizada se insere no mesmo contexto da fotografia ou videogravação oculta, da escuta a distância etc. e não tem a ver com interceptação 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, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal). (GRECO FILHO, 1998, p.66)*

Outra é a opinião de Ada Pellegrini Grinover que só admite esse tipo prova (gravação clandestina) se for utilizada pela defesa, considerando-a ilícita quando utilizada pela acusação.

*A gravação clandestina de telefonemas ou conversas diretas próprias, embora estranha à disciplina das interceptações telefônicas, pode caracterizar outra modalidade de violação da intimidade: qual seja, a violação de segredo.*

*No entanto, a doutrina não tem considerado ilícita a gravação sub-reptícia de conversa própria, quando se trate, por exemplo, de comprovar a prática de extorsão, equiparando-se, nesse caso, a situação à de quem age em estado de legítima defesa, o que exclui a antijuridicidade.*

*Parece, entretanto, que também nesse caso a prova só será admissível para comprovar a inocência do extorquido, não deixando de configurar prova ilícita quanto ao sujeito ativo da tentativa de extorsão. (GRINOVER, 1990, p. 66)*

Essa divisão, quanto à possibilidade de uso da gravação clandestina pela acusação, também ocorre no Supremo Tribunal Federal. Por maioria, o Tribunal não tem admitido, como prova válida, no processo a gravação oculta de conversa.

Na Ação Penal nº 307-DF(14), com maioria de 5 a 3, o Supremo Tribunal Federal considerou inadmissível a gravação, feita pelo ex-Deputado Sebastião Curió, de duas conversas telefônicas de que tomou parte, tendo como interlocutores o Senador Bernardo Cabral e Paulo César Farias. Nessa decisão, votaram pela ilicitude da gravação os Ministros Ilmar Galvão, Moreira Alves, Celso de Mello, Sydney Sanches e Octavio Gallotti; por outro lado, votaram pela licitude os Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira.

De maneira perfunctória, essa questão já havia sido tratada em decisão anterior, no Inquérito nº 657-DF(15), onde o Supremo Tribunal Federal recebeu a denúncia na qual havia como prova gravação oculta de conversa pessoal entre servidor do Ministério do Trabalho e Previdência Social, que gravou a conversa, e o então titular da Pasta, Min. Rogério Magri. Nesta decisão, apenas quatro ministros pronunciaram-se sobre a prova, os outros limitaram-se a receber a denúncia, deixando apreciação da prova para depois. Dos que votaram sobre a licitude da prova, dois votaram pela legalidade (Carlos Velloso e Francisco Rezek) e os outros dois (Marco Aurélio e Celso de Mello) pela ilegalidade da prova. O Relator do inquérito 657-DF, Ministro Carlos Velloso, afirmou:

*Não há, ao que penso, ilicitude em alguém gravar uma conversa que mantém com outrem, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa. A alegação talvez pudesse encontrar ressonância no campo ético, não no âmbito do direito. (RTJ 155/85)*

Desse modo, para o Supremo Tribunal Federal, a comunicação ao Judiciário de crime de ação pública não constitui justa causa para a gravação clandestina. Embora assim se tenha manifestado, o Egrégio Tribunal não abraçou a doutrina acima citada da doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual a gravação clandestina só pode ser usada para a defesa e nunca para a acusação.

#### **4. A obtenção das provas e o processo penal**

Adentrando no aspecto processual penal no sigilo de correspondência, o artigo 233 do Código de Processo Penal que trata dos documentos da prova, explica a não admissibilidade em juízo de provas obtidas por meios criminosos ou interceptados. Em análise da matéria "sub studio", depara-se com o fato de que as provas obtidas com a violabilidade de correspondência e das comunicações, são consideradas ilícitas; salvo, como explicita o inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal, já citado.

No concernente do ordenamento processual penal acerca de provas, deve-se mostrar primeiramente o que são os meios de provas; segundo Vicente Greco Filho, *in* Manual de Processo Penal, (1996) "meios de provas são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato", em outras palavras, são os modos pelos quais podemos obter a autenticidade de certos atos.

As provas obtidas com infração das disposições de direito material denominam-se, segundo a Doutrina, "provas ilícitas". Nossa Carta Magna LVI do artigo 5º, explicita que são inadmissíveis os meios de provas obtidas ilicitamente. Encontra-se ainda disciplinada matéria que trata diretamente do assunto em nossa Legislação no Código de Processo Civil no artigos. 332 e 383:

*Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificado neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.*

*Art. 383. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica cinematográfica, fonográfica ou de outras espécies, faz provas dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade.*

Assim, podemos aferir que, até mesmo antes da Constituição em vigor, observamos que já existia matéria legal proibindo as provas ilícitas.

É de bom alvitre traçarmos a diferenciação em que a Doutrina faz de provas ilícitas e provas legais. Este pensar é frutuosamente explicitado pelo Mestre Fernando de Almeida Pedroso citando Novolone, que assim conceitua:

*A prova será ilegal toda vez que caracterizar violações de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material; quando a proibição for de natureza material, a prova será ilícita. (PEDROSO, 1999, p. 384)*

Assim, deve-se ter em mente nesta análise a natureza material da prova em reflexo de sua ilicitude.

Adentrando no aspecto da ilicitude da prova prevalecia como entendimento do Supremo Tribunal Federal a tese que considerava ilícito o meio de prova consistente na ilegítima interceptação telefônica; era prevalência do entendimento de que ninguém pode ser acusado com base em prova ilícita.

Faz-se necessário explicitar uma observação acerca de um dos princípios norteadores do Processo Penal, o da busca da verdade real, implicitamente citado na segunda parte do art. 156, do Código de Processo Penal, onde predomina a verdade real ou material, assim, se é escopo do Processo Penal a descoberta da verdade real; ora, se a prova ilegalmente obtida ostentar esta verdade, há de ser aceita.

Fernando de Almeida Pedroso citando Vicente Greco Filho (1999) demonstra bem a flexibilidade da norma constitucional, de onde se pode aferir que o texto constitucional não pode ser interpretado de maneira radical, pois haverá situações em que a importância do bem jurídico envolvido no processo a ser alcançado com a obtenção irregular da prova levará os Tribunais a aceitá-la; acrescenta ainda que a normatividade jurídica atinente a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos vale, portanto, como regra, mas, certamente comportará exceções ditadas pela incidência de outros princípios constitucionais, mais relevantes, como por exemplo o já citado princípio da verdade real. Como ilustração, um réu, que tenha



contra ele diversas provas, consegue através da prova que obteve ilicitamente comprovar sua inocência; segundo o princípio da não admissibilidade da prova ilícita esta prova há de ser repudiada, condenando o acusado com fulcro nas outras provas; veja-se que como bem demonstra a Jurisprudência e a Doutrina, há de se considerar a prova obtida ilicitamente, podendo encontrar os princípios da inadmissibilidade da prova ilícita com o da verdade real.

## **5. Conclusão**

O direito à intimidade, reconhecido hoje como direito geral da personalidade, está protegido pela Constituição Federal, sendo considerado um direito fundamental. Com efeito, enquanto o inciso X do artigo 5º diz que a intimidade e a vida privada são invioláveis, o inciso XII assegura a intangibilidade das comunicações telefônicas, estabelecendo o inciso LVI – como cláusula de garantia para o cumprimento dos incisos anteriores – a proibição do uso de provas ilícitas.

O texto constitucional, em face da necessidade de o Estado proteger a sociedade como um todo, estabeleceu algumas restrições a essa intimidade. Para tanto, permitiu que, por legislação complementar, fossem estabelecidas as condições de possibilidades para que, mediante autorização judicial fundamentada, possam ser interceptadas comunicações telefônicas de qualquer natureza.

Tratando-se o direito à privacidade de uma garantia fundamental do cidadão, as exceções a serem regulamentadas pelo Estado devem obedecer a toda uma principiologia constitucional.

Diante do exposto, temos que a Lei 9.296/96 deve ser interpretada em conformidade com os direitos fundamentais, mormente porque trata, ela mesmo, de uma invasão na esfera do direito à privacidade e intimidade do cidadão, mediante a possibilidade de autorização judicial de interceptação de comunicações telefônicas.

Outro ponto que merece destaque é quanto a utilização das provas obtidas por meio ilícitos. Não se pode deixar de reconhecer que toda gravação apresenta grandes possibilidades de manipulações, através de sofisticados meios eletrônicos e computadorizados, pelos quais se podem suprimir trechos da gravação, efetuar montagens com textos diversos, alterar completamente o sentido de determinadas conversas ou, ainda, utilizando-se de aparelhos moderníssimos, realizar montagens

de frases utilizando-se de padrões vocais de determinada pessoa, motivos pelos quais, como regra geral, devem ser inadmitidas como prova.

Conclui-se que a interceptação telefônica deve ser usada com muita cautela, seguindo estritamente os ditames legais, não sendo admitidas as provas obtidas de forma ilícita, a fim de evitar-se a invasão do Estado na vida privada de seus cidadãos, o que, sem dúvida caracteriza-se como um retrocesso perigoso.

## **6. Referências Bibliográficas**

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O Direito de Estar Só: tutela penal da intimidade**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. Editora Saraiva: São Paulo, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal - as interceptações telefônicas**. Editora Saraiva: São Paulo, 1996.

\_\_\_\_\_, Ada Pellegrini. **Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas no Processo Penal. Novas Tendências do Direito Processual**. Editora Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1990.

PEDROSO, FERNANDO DE ALMEIDA. **Processo Penal - O direito de defesa: Repercussão, Amplitude e Limites**. 2ª. Edição Revisada Atualizada e Ampliada Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994.