

AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E O DIREITO AO SIGILO DAS INFORMAÇÕES

Telephone interceptions and the right to confidentiality of information

Gildo Rodrigues da Silva¹

Arlindo Carlos Rocha da Silva²

Resumo

Este artigo científico jurídico tem por objetivo realizar uma breve análise acerca do sistema de captação de provas no direito penal brasileiro, tendo como foco à lei 9.296/96 e sua obediência a garantia fundamental do sigilo das informações colhidas, em respeito aos princípios da não culpabilidade e intimidade, insculpidos na Carta Magna da República de 1988. Dessa forma, a pergunta que se pretende responder se dá com relação à admissibilidade da prova colhida por tal meio quando violados os direitos e garantias fundamentais, como forma de subsidiar uma investigação criminal a qualquer preço em um estado democrático de direito. Para tanto, será realizada uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca do posicionamento dos autores nacionais que prelecionam sobre o tema, para que se chegue à determinada conclusão.

Palavras chaves: Interceptação telefônica. Direitos e garantias fundamentais Direito a Intimidade. Valor probatório. Admissibilidade das provas.

Abstract

This legal research paper aims to conduct a brief analysis about the evidence collection system in the Brazilian criminal law, with a focus on Law 9.296 / 96 and its obedience the fundamental guarantee the confidentiality of information gathered in respect to the principles of not guilty and intimacy, sculptured in the Constitution of the Republic of 1988. Thus, the question whether to respond is with respect to the admissibility of evidence collected by such means when violated the fundamental rights and guarantees as a way to subsidize a criminal investigation any price in a democratic state of law. Therefore, a doctrinal and jurisprudential analysis about the positioning of national authors prelecionam on the subject will be held in order to reach a certain conclusion.

Keywords: Telephone interception. Fundamental rights and guarantee. Right to privacy. Probative value. Admissibility of evidence.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Revisão de literatura; 1.1 Visão constitucional da Lei 9.296/1996; 1.2 Sistemas de Prova Constitucionalmente Admitidas no Processo Penal; 1.3 A lei 9.296/96 como meio de prova; 1.4A lei 9.296/96 e o sigilo das comunicações; 2. Considerações Finais; 3. Referências.

1 Gildo Rodrigues da Silva. Mestre em Ciências Contábeis e especialista em Direito Tributário. Advogado e Contador. E-mail: gsilva@iff.edu.br.

2 Arlindo Carlos Rocha da Silva. Mestre em engenharia de produção e especialista em direito administrativo. Advogado e administrador. E-mail: arlindo.silva@iff.edu.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar o sistema de interpretação de provas com relação ao conflito aparente de normas constitucionais, bem como avaliar as exceções constitucionalmente previstas em relação aos direitos e garantias fundamentais, em especial no que diz respeito ao direito à privacidade.

O objetivo será avaliar a repercussão jurídica das divulgações das transcrições das conversas em meios midiáticos obtidas através interceptações telefônicas, prática essa constante em um estado que se diz democrático de direito, e sua admissibilidade em sede de processo penal, avaliando sua validade na esfera criminal como meio de prova apta a produzir efeitos.

É sabido que em um Estado Democrático vige o princípio da não culpabilidade, ou presunção de inocência, onde todos são considerados inocentes até que se prove o contrário, sendo, portanto, resguardado ao investigado todos os direitos e garantias fundamentais, em especial o direito a intimidade e privacidade, não podendo a medida de interceptação, exceção a regra processual, ficar a margem, ou até mesmo acima de tais preceitos fundamentais, sob pena de se ter um juízo social acusatório preliminar.

A volatilidade dos meios de comunicação, o que muitas vezes impede o *status quo ante*, têm o condão de realizar verdadeiros julgamentos prévios no meio social, com trânsito em julgado antecipado, sendo que o indivíduo vilipendiado socialmente, jamais retomará com a mesma velocidade o prestígio que anteriormente gozava no meio social, em eventual decisão contrária vindoura em um processo penal regular e constitucional.

Desta maneira, a partir da análise teórica procura-se responder de forma fundamentada acerca da admissibilidade em processo penal de provas colhidas em medida de interceptação telefônica que violam preceitos fundamentais, o que não confere mera irregularidade processual, tratando-se, portanto, de uma análise acerca legitimidade, ou legalidade, para instruir procedimento administrativo de investigação, ou instrução penal, como meio de prova constitucionalmente admitida, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1. REVISÃO DE LITERATURA

1.1. Visão constitucional da Lei 9.296/1996

A Constituição da República Federativa do Brasil, que se caracteriza como lei fundamental e suprema do país, por ser considerada garantista, assegura a proteção de direitos e garantias fundamentais a todas as pessoas que se encontram inseridas no território nacional, ainda que cometedoras de injustos penais.

Nesse contexto, quais direitos poderiam ser enquadrados como garantias fundamentais. Em função dessa assertiva, antes de se analisar a inviolabilidade das comunicações telefônicas, que representa um dos direitos fundamentais, mister se faz conceituar o que vem a ser direitos e garantias fundamentais, cujo direito a privacidade representa uma subespécie.

Os direitos e garantias fundamentais estão subdivididos em três gerações, sendo que os de primeira geração representam direitos civis e políticos, os de segunda geração caracterizam-se como os direitos econômicos, sociais e culturais, e por fim, os de terceira geração são os direitos coletivos e difusos, todos eles constitucionalmente previstos (MORAES, 2010).

Os direitos e garantias fundamentais são aqueles previstos na Constituição Federal, sejam de primeira, segunda e terceira geração, além daqueles naturalmente admitidos, embora não positivados, que sejam indispensáveis pela própria natureza humana.

Nesse sentido, o direito a inviolabilidade das comunicações telefônicas encontra amparo na proteção constitucionalmente prevista em caráter específico, onde se tem a proteção à intimidade e a privacidade, fontes de proteção ao direito de não haver suas comunicações expostas, que, nos termos do artigo 60, §4º, IV da Constituição, é considerada cláusula pétrea (MORAES, 2010).

Por outro lado, a hermenêutica constitucional nos mostra que os direitos fundamentais, apesar de serem indisponíveis e invioláveis, podem ser relativizados pela própria constituição, sendo que, especialmente no que se refere ao sigilo das comunicações, há a suavização prevista na própria Carta Magna, respeitados certos requisitos e limitações que não desnaturam o seu caráter garantista.

Desse modo, entendeu o legislador constituinte originário que o interesse social em ver a verdade real dos fatos apurados, quando em última *ratio*, nos casos de investigação ou instrução criminal, razoável se faria excepcionar tal regra de sigilo, o que nesse caso, autoriza a interceptação das comunicações.

Porém, uma dúvida surge em relação à aplicabilidade de tal medida na realidade social, que não pode ser objeto de qualquer déspota ao seu bel prazer. Até a regulamentação da parte final do artigo 5º, inciso XXII da Carta Magna, entendeu-se pela não admissão quaisquer interceptações telefônicas, ainda que oriundas de determinação judicial concedidas na esfera de direito penal.

Desse modo o artigo 5º, inciso XII, *in fine*, carece de regulamentação infraconstitucional, o que lhe dava caráter de norma constitucional de eficácia mediata, pois seu exercício fica paralisado até a edição da referida lei, tratando-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada, por carecer de complementação legislativa até a edição da lei que passaremos a discutir, o que torna qualquer interceptação realizada anterior a Lei 9.296/96 ilegal e inconstitucional.

1.2. Sistemas de Prova Constitucionalmente Admitidas no Processo Penal

Segundo o lexicográfico Aurélio Buarque de Holanda, prova é “aquilo que atesta a veracidade ou autenticidade de algo,” ou seja, a sua finalidade é comprovar a exatidão de algo ou alguma coisa (FERREIRA, 2008).

Assim, a prova visa tornar os “fatos reais” conhecidos pelo juiz, para que esse possa fundamentar sua decisão pautada na realidade processual trazidas aos autos da ação, de forma a não se cometer injustiças, daí sua indispensabilidade em relação a uma ordem constitucional garantista.

Na atual conjuntura constitucional, o principal destinatário da prova é o juiz, podendo ser considerado como destinatário direto, sendo as partes, e demais pessoas interessadas no objeto que se deseja verificar, os destinatários indiretos, sendo a ordem social e a justiça sua principal finalidade.

Sabemos que o Ministério Público como mandatário da função social, através de “procuração” constitucionalmente outorgada, tem o dever de exigir do Estado-Juiz a manutenção da ordem social, que se traduz no dever deste de punir aquele que viola os preceitos definidos no contrato social, exercendo, portanto, a pretensão acusatória.

Por outro lado, tem-se o direito de defesa, garantia constitucional, a ser exercido por qualquer cidadão, tendo em vista a busca da verdade dos fatos, e evitarem-se condenações injustas e infundadas, até porque num Estado Democrático de Direito há a presunção de

inocência, sendo mais conceptível a manutenção de um culpado livre a um inocente preso, *in dúbio pro reo*.

Dessa maneira, formando-se a trilogia processual, onde, de um lado a pretensão acusatória do Ministério Público, de outro a defesa do acusado, e no centro o Estado julgador, tem-se a prova como instrumento de que se vale tais personagens, na busca da verdade e consequente decisão justa.

Assim, pode-se então considerar a natureza jurídica da prova como um direito subjetivo de índole constitucional de estabelecer a verdade real dos fatos, para que esses ensejem em uma decisão justa.

Quando se fala em prova como instrumento a ser utilizado pelas pessoas processuais, e entre elas o juiz, não se pode deixar de analisar os limites da participação desse em sede probante, num sistema processual acusatório como o brasileiro, reflexo do garantismo constitucional.

No sistema acusatório, se tem as funções processuais bem definidas, onde ao juiz cabe a função de julgar com imparcialidade, ao autor, a função de acusar, e ao réu a função de se defender, personificados em três figuras distintas.

Diferente ocorre no sistema inquisitivo, onde a função de acusar, defender e julgar concentram-se nas mãos de uma só pessoa. Desse modo, tendo em vista o sistema processual vigente na ordem constitucional de 1988, entende-se ser inconstitucional a atuação do magistrado na produção de provas, por macular sua imparcialidade.

Assim, a prova produzida deve ser direcionada ao juiz que formará o seu convencimento devidamente motivado, não podendo esse interferir em sua produção, que fica a cargo não só da acusação, mas também da defesa, assim como a sociedade.

Nesse escopo, se faz necessário analisar alguns princípios da prova que são indispensável à compreensão deste trabalho, tendo como fundamento o direito constitucional pátrio.

-Princípio da Comunhão de Provas: segundo tal princípio a prova, após juntada ao processo, não pertence mais ao agente que a produziu, passando, assim, a pertencer a todos os sujeitos processuais, ainda que a parte que a produziu desista dela, ou lhe seja contrária.

-Princípio da Liberdade da Prova: tal princípio consiste na liberdade de agir, pautada na legalidade, para se buscar a verdade real dos fatos, ou seja, uma liberdade relativizada pela legalidade, de se buscar os fatos como esses foram praticados.

-Princípio da Inadmissibilidade de Provas Obtidas por Meios Ilícitos: constitucionalmente previsto no artigo 5º, inciso LVI da CF, cláusula pétreia, as provas obtidas por meios escusos ao direito, deverão ser desentranhadas dos autos do processo (RANGEL, 2009).

Sob a inadmissibilidade de provas ilícitas, deve-se fazer a diferenciação de prova ilícita, ilegítima e da irregular. As provas ilícitas são aquelas que violam preceitos de ordem material, as ilegítimas as que violam preceitos processuais, e as irregulares as que violam determinadas formalidades.

Por exemplo, a prova colhida em interceptação sem autorização judicial é tida como prova ilícita, por violar preceito material constitucionalmente previsto. Por outro lado, a tomada de depoimento de testemunhas de forma conjunta, por exemplo, viola o preceito do artigo 210 do CPP, sendo, portanto, ilegítima tal prova. Por fim, o cumprimento de mandado de busca e apreensão que pretenda apreender uma arma de fogo, não poderá apreender objeto diverso do que conste no auto, sob pena de irregularidade da medida, por não constar no auto.

Em relação ao tema, não se pode deixar de fazer algumas considerações acerca das provas ilícitas por derivação. Tais provas dizem respeito à descoberta de um fato criminoso através de uma prova principal ilícita. Por exemplo, a descoberta de grande quantidade de substâncias entorpecentes em depósito, oriunda de interceptação não autorizada, que culmina na expedição de mandado legítimo de busca e apreensão, será tida como prova ilícita por derivar-se de interceptação ilegal.

Dessa maneira, pela Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, embora a segunda prova tenha sido tida de forma regular, através de mandado, tal prova é contaminada pela ilicitude de seu fato gerador, qual seja, a interceptação clandestina, o que não poderia ser diferente em um estado garantista como o brasileiro (RANGEL, 2009).

Assim, pode-se perceber que, em se tratando de interceptação telefônica que indiretamente concluiu pela tipicidade de determinada conduta, cuja origem inicial se deu reflexamente por meio ilícito, essa deverá ser desentranhada do processo por violação do princípio da legalidade, *fruits of the poisonous tree*.

1.3. A lei 9.296/96 como meio de prova

A concepção da palavra meio refere-se a caminho, método, ou seja, o caminho a ser percorrido, ou metodologia a ser empregada, para se buscar a verdade real dos fatos.

Nas lições do professor Paulo Rangel, meios de prova “são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer a verdade dos fatos”, ou seja, os instrumentos processuais de que se vale o juízo, atentando-se para o sistema acusatório, para se alcançar a verdade real trazida aos autos da ação (RANGEL, 2009).

Nesse sentido, não se poderia deixar de fazer alusão ao dispositivo do artigo 332 do Código de Processo Civil, que conceitua precisamente o que vem a ser meio de prova admitido no direito pátrio, onde se considera que todos os meios legais, moralmente aceitos, ou legítimos, ainda que não estejam previstos de modo positivado, são aptos a figurarem no processo.

No direito processual brasileiro impera o princípio do livre convencimento motivado, onde o juiz pode avaliar livremente a prova levada ao juízo, que não pertence a nenhuma das partes, princípio da comunhão das provas, desde que profira seu pronunciamento de maneira fundamentada, motivando as razões de fato e de direito que ensejaram em tal decisão.

O artigo primeiro da referida lei introduz na ordem jurídica a aplicabilidade das interceptações telefônicas constitucionalmente prevista no artigo 5º inciso XII, *in fine*, da Carta Magna de 1988.

Todavia, mister se faz saber o que vem a ser interceptação telefônica, para, a partir daí se poder verificar o alcance da referida lei na esfera penal.

Para Ricardo Melchior (2000) a interceptação telefônica “caracteriza-se pela intervenção de uma terceira pessoa no fluxo de comunicação, sem o conhecimento dos participantes da conversa”.

Não obstante a definição dada, surge a partir dessa, algumas dúvidas, quais sejam: se um dos interlocutores do diálogo fizer a gravação de sua conversa com outrem sem o conhecimento deste, ou ainda, se esta gravação se deu em relação às comunicações telefônicas, ou em ambiente público, tais informações encontrariam respaldo no referido diploma legal?

No que se refere à interceptação de conversa por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, esta se refere à escuta telefônica onde “há dois interlocutores e um interceptador” (ABUD, 2005), gerando, portanto uma gravação clandestina que não repercuta no mundo jurídico-penal, uma vez que “este ato em si não configura crime, mas a sua divulgação pode significar uma afronta a intimidade” (RANGEL, 2000).

Dessa maneira, se uma das pessoas que estão em conversa grava o diálogo sem o conhecimento do outro, teremos uma hipótese de escuta, seja ela telefônica, ou ambiental, que veremos a seguir.

Por outro lado, o fato da interceptação se dar por meio telefônico, ou em ambiente público, surge neste momento à diferenciação de interceptação ou escuta telefônica e ambiental.

A interceptação ou escuta ambiental se dá quando a captação é feita por meio diverso do telefone, de modo que a interceptação ambiental é a realizada por terceiro, alheio ao diálogo, que realiza a gravação sem o conhecimento dos interlocutores.

Em outro sentido, a escuta ambiental se dá quando a captação da conversa, em meio não telefônico, é feita por um dos integrantes do diálogo. Desse modo, a diferença fundamental se dá em relação ao meio. Se telefônico, escuta ou interceptação telefônica; se em meio diverso, escuta ou interceptação ambiental.

Cumprido salientar, que em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de se admitir o ingresso sigiloso de autoridade policial em escritório de advocacia, ainda que no período noturno, para instalação de equipamentos de captação de sinais acústicos, e, posterior, determinação para realização de exploração do local, para registro e análise de sinais ópticos, para apuração de infrações penais, não configura ilícito.

Nesse contexto, o âmbito de incidência da lei 9.296/96 refere-se única e exclusivamente as interceptações telefônicas realizados por terceira pessoa alheia ao diálogo, não tendo assim aplicação quando se tratar de “gravação (quer telefônica, quer ambiental), nem muito menos a interceptação ambiental ou escuta ambiental” (PRADO, 2006), restringindo, dessa maneira o alcance da lei em comento.

Ainda sob o âmbito de aplicabilidade da lei em questão tem-se que o seu parágrafo único faz nascer à discussão acerca das interceptações realizadas em sistemas de informática e telemática, uma vez que o texto constitucional prevê somente a hipótese de interceptação em meio telefônico.

Estará o legislador infraconstitucional ampliando o âmbito de incidência de norma constitucional restritiva de direito, qual seja, o sigilo das comunicações, uma vez que informática se refere à transmissão de dados através de recursos computacionais e telemática “a junção de telecomunicações com informática”, portanto, não telefônica (PRADO, 2006).

Nesse sentido surgem duas correntes, uma que entende ser inconstitucional o referido dispositivo e outra que sustenta sua constitucionalidade sob o fundamento de que ambas, telemáticas e informáticas referem-se a comunicações telefônicas.

Para Ricardo Rabonese “a veiculação em informática e telemáticas não somente veicula conversações, mas também dados, sigilosos em sua maioria, e neste caso, em prol do próprio comando constitucional, preservar-se-ia o direito a intimidade”, rechaçando, assim, o referido parágrafo único da ordem constitucional vigente (APUD RANGEL, 2000).

Em sentido contrário, Alexandre de Moraes defende a constitucionalidade do referido texto afirmando que “a interpretação das normas constitucionais exige que a uma norma constitucional seja atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda (MORAES, 1997).

Nessa linha de raciocínio a primeira corrente parece mais razoável ao passo que não se pode dar uma amplitude maior às normas constitucionais restritivas de direito, além daquelas dadas pelo legislador constituinte originário, sob pena de se ter interpretações convenientes aos aplicadores do direito, representando verdadeiras aberrações jurídicas violadoras das garantias fundamentais.

O artigo terceiro prevê quais seriam as pessoas aptas a requerer e conceder a ordem de interceptação, preceituando o dispositivo que as interceptações telefônicas podem ser determinadas pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial ou representante do Ministério Público.

Quanto a este dispositivo, entende parte da doutrina ser inconstitucional em parte por violar o sistema acusatório ora vigente, passando a não ser admitida a determinação pelo juiz da ordem de interceptação telefônica.

Comungam desse entendimento os mestres Luiz Flávio Gomes e Paulo Rangel, que passamos a expor como referência: “É inconstitucional a interceptação telefônica de ofício, em consequência, que vulnera o modelo acusatório” (RANGEL, 1999). “No nosso modo de entender, nessa parte, o art. 3º da Lei 99.296/1996 é flagrantemente inconstitucional” (GOMES, 2007).

Quanto ao Ministério Público, e a autoridade policial, não há dúvida em admitir que as mesmas possam requerer ao juízo criminal a ordem de interceptação telefônica, todavia, não se pode deixar de notar que o legislador nada mencionou acerca da possibilidade de requerimento do querelante em sede de ação penal de iniciativa privada.

Nos crimes apenados com detenção, que em regra dizem respeito a ação de iniciativa privada, esses são insuscetíveis de determinação, conforme aduz o artigo 2º, III da lei em comento, já que somente os crimes punidos com pena de reclusão é que são suscetíveis a medida.

Todavia, é perfeitamente admissível o requerimento do querelante, titular exclusivo da ação penal de iniciativa privada, para que o juiz determine a ordem de interceptação, por questões de hermenêutica.

A ordem lógica faz presumir que o legislador não quis restringir o querelante, desde que preenchidos os requisitos legais. Partilha desse entendimento o mestre fluminense Paulo Rangel, que preleciona “pensamos ser admissível querelante requerer a medida de interceptação em um crime apenado com reclusão, desde que presentes os demais requisitos” (RANGEL, 2009).

Assim, podem requerer a medida de interceptação telefônica o representante do Ministério Público, a autoridade policial, e o querelante, não sendo admitida a determinação de ofício pelo juiz.

Por fim, o artigo 5º da lei reforça o caráter fundamentado da decisão que autoriza a medida em sede penal, bem como o caráter de indispensabilidade da medida, sob pena de nulidade, que entendemos ser absoluta, por se tratar de direitos e garantias fundamentais, questão de direito público.

Desse modo, a inobservância deste artigo gera nulidade absoluta que poderá ser suscitada em qualquer fase do processo, que culminara no desentranhamento da referida prova dos autos, e total desconsideração da mesma na instrução criminal.

No aludido artigo, o legislador fixou prazo máximo para execução da diligência que, segundo o legislador, não poderá exceder quinze dias, podendo, todavia, tal prazo ser renovável por igual período, mediante comprovação de sua necessidade.

A textualidade do referido artigo pode levar o intérprete a concluir que o prazo poderá ser renovável uma única vez.

Em sentido contrário destaca-se o posicionamento do excelso Paulo Rangel que preleciona “tratando-se de medida cautelar poderá ser adotada tantas vezes quantas forem necessárias” (RANGEL, 2009).

Sob o tema já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a duração da interceptação perdurará o tempo que for necessário para completa investigação dos fatos, manifestando nesses termos o ministro-relator Arnaldo Esteves Lima (STF, 2009).

Desse modo, o prazo de 15 dias poderá ser prorrogado por igual período, desde que as circunstâncias assim o exigirem, tantas vezes quantas necessárias para apuração da infração a que se pretenda proferir manifestação judicial, desde que de maneira motivada.

1.4. A lei 9.296/96 e o sigilo das comunicações

No que se refere ao sigilo das comunicações colhidas em sede de instrução criminal ficou claro a preocupação do legislador infraconstitucional em mitigar o direito fundamental de forma a neutralizar ao máximo os efeitos colaterais ao prever expressamente e de forma indubitável que o sigilo deve imperar em todas as fases da interceptação.

Como se vê, a interceptação telefônica somente é admitida em sede de processo penal ou investigação criminal cuja conduta supostamente típica preveja pena de reclusão, dada a gravidade da relativização de tal direito, devendo seus interceptores preservar o sigilo das transcrições desde sua colheita, utilização no processo, e inutilização do material como se depreende da análise dos artigos primeiro, oitavo e nono da lei 9.296/96, sendo essa medida excepcional e temporária, não dando margem para outra interpretação.

Desse modo, em se tratando de uma excepcionalidade constitucionalmente admitida, de uma violação a um direito fundamental, cuja complexidade do tema e alcance observa-se nas discussões doutrinárias, como pode o aplicador do direito ou presidente da instrução criminal vilipendiar os direitos e garantias conquistados a fio de espada com a fundamentação de mera irregularidade processual.

O texto legal é expresso, a interceptação se dará em auto-apartado onde será observado o segredo de justiça, conceito esse que visa preservar os direitos fundamentais do investigado ou acusado, assim como as instituições de interesse nacional.

O segredo de justiça consiste na manutenção do sigilo dos processos judiciais e investigações policiais que, em um estado normal são tidos por públicos, por força de lei vinculante, ou decisão judicial, com o fim de resguardar direitos ponderadamente mais relevantes.

Nesse contexto, tem-se que em um Estado Democrático de Direito todos têm o direito a intimidade e privacidade, que consiste no direito de preservação da intimidade em relação ao conhecimento alheio, o que nos reserva a própria vivência.

Assim, o indivíduo não pode ter sua intimidade e vida privada exposta em quaisquer meios de comunicação, em especial com a vênua de instituições legalmente constituídas para preservar tais direitos, dever esse que assiste a todos os atores do processo judicial, aquele que acusa o que se defende e, em especial, aquele que julga, cujo interesse privado não pode recair sobre a lide.

Desse modo, não se pode permitir que qualquer parte no processo se valha da propagação das informações em desfavor de um consorte ou do júízo ou presidente da investigação criminal, o que muitas vezes nos leva a um trânsito em julgado social prelibador de culpabilidade.

Tal cuidado deve ser redobrado pelo Estado-Juiz que deve resguardar pela regularidade do processo, não podendo essa violação ser tida por mera irregularidade processual, haja vista o caráter expresso e volitivo do dispositivo legal em comento, cujo conhecimento lhe é presumido absolutamente, ao menos quando fora determinar a realização de tal diligência.

Assim, deve o Estado-Juiz autorizador e o agente policial colhedor da referida prova se resguardar de todo o cuidado para não violar o sigilo conferido pela lei, sob pena de perda total da prova por sua inconstitucionalidade absoluta.

Nessa esteira, todos aqueles que de qualquer forma incorreram na propagação das referidas informações, sejam parte no processo, ou terceiro, devem ser exemplarmente punidos civil, penal e administrativamente pela violação literal a constituição por via reflexa ao disposto no artigo primeiro da lei 9.296/96, devendo recair sobre tal disposição legal o efeito *cliquet*.

Tal observação e penalização deve ser dada a penas duras, em especial quando se tratar de eventual investigado ou acusado, visto a repercussão negativa no âmbito social, cuja reversão muitas vezes se torna impossível dada a propagação feroz dos meios midiáticos.

Em um estado onde se prega a presunção de inocência, tendo como lábaro a preferência de se manter um culpado solto a um inocente preso, não é de se esperar que os agentes processuais possam se esmorecer diante de tal violação, mantendo-se apáticos e irresponsáveis por seus atos.

Nesse diapasão, todos os atores processuais devem respeito à preservação do sigilo, evitando-se a todo custo uma condenação social injusta e contemporânea ao regular processo, o que fica claro pela análise dialógica da Constituição Federal e da Lei 9.296/96.

O legislador, não satisfeito com a parte final do artigo primeiro da lei em questão, como forma de reafirmar a necessidade do sigilo das comunicações, em obediência aos princípios da intimidade, vida privada e presunção de inocência, também incluiu de forma explícita e implícita a necessidade de sigilo das transcrições, o que se depreende da leitura de seus artigos oitava e nono que dão conta da procedibilidade da diligência interceptação telefônica.

O artigo oitavo utiliza mais uma vez a expressão “sigilo das diligências”, devendo os autos de interceptação se dar em apartado dado sua natureza de excepcionalidade, o que lhe garante tratamento diferenciado e mais prudente, com o intuito de não se ter a propagação das informações ali colhidas sob as penas da lei.

O artigo nono por sua vez prevê a inutilização da prova colhida, garantido o direito de assistência pessoal, por advogado, e pelo Ministério Público, esse último de presença fundamental dada sua obrigação institucional de zelo pelos direitos e garantias dos cidadãos.

Assim, uma vez utilizada sob sigilo, e nos estritos limites legais, a prova deve ser inutilizada sem que ela chegue ao conhecimento de terceiros estranhos a relação processual, em especial os meios midiáticos, não sendo o sigilo uma violação social, haja vista que a resposta a sociedade será dada em eventual sentença cujo teor levou em consideração a prova legalmente constituída.

Por fim, no que diz respeito à previsão legal incriminadora da divulgação das transcrições colhidas em sede de interceptação telefônica legalmente autorizada, essa se deu no artigo dez da referida lei, cuja aplicabilidade é extensiva a todos os atores processuais pelo trânsito em julgado social contemporâneo a formalização do trânsito em julgado material ou formal.

2. CONCLUSÃO

Em um Estado Democrático de Direito não se pode mitigar ou relativizar direitos senão em consonância com a ordem constitucional vigente, nos termos e limites da constituição formulada.

No Brasil temos que o direito a inviolabilidade das comunicações telefônicas foi mitigada pelo texto constitucional, cuja efetividade se deu por intermédio da Lei 9.296/96, cujo teor fica adstrito aos limites e teleologia constitucional.

Nesse sentido, o legislador em respeito ao princípio da presunção de inocência, e da garantia constitucional da intimidade e privacidade, previu de forma categórica que as interceptações telefônicas deve se dar em segredo de justiça, cuja aplicabilidade todos os atores processuais devem observar, tendo o congressista se preocupado em prever de forma categórica a limitação, inclusive quanto a sua procedibilidade, artigo oitavo da lei.

Assim, qualquer violação, por mínimo que seja, do sigilo deve obediência a lei, devendo seu agente ser responsabilizado civil, penal e administrativamente, quando for o caso, em razão do juízo de reprovabilidade social e desleal que a divulgação indevida causa a uma das partes no processo.

Desse modo, qualquer divulgação, em especial nos meios midiáticos, que formam um peculiar juízo decisório preliminar de reprovabilidade social, cuja contenção se demonstra impossível deve ser reprovado e punido de forma exemplar.

O portão para grandes violações aos direitos e garantias fundamentais se inicia com meras irregularidades processuais a que se travestem inobservâncias legais, cujo corte deve ser tido na raiz.

Assim, podemos concluir que a violação do sigilo das informações colhidas no âmbito das interceptações telefônicas extrapolam as meras irregularidades processuais por estarem cingidas sob direitos e garantias fundamentais, devendo tal prova ser desentranhada do processo, não sendo considerada na decisão por ventura proferida, haja vista o caráter cogente dos dispositivos legais da lei de interceptação telefônica, devendo o responsável comisso ou omissio pela divulgação ser punido em todas as esperas, como forma de resguardar os direitos e garantias fundamentais conquistados.

3. REFERÊNCIAS

ABUD, Thiago. As interceptações das comunicações telefônicas e os encontros fortuitos. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos (RJ), ano 6, n. 7, p. 413-460, dez. 2005.

ALMEIDA, Jansen Fialho de. Sigilo das comunicações e o devido processo legal. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília (DF), ano 12, n. 265, p. 52-53, jan. 2008.
Direito & Realidade, v.5, n.3, p.15-29-/2017

BARBOSA, José Henrique. Da inviolabilidade: inconstitucionalidade parcial da lei n.9.296/96. **Revista CEJ**, Brasília (DF), ano 2, n.5, p. 47-54, maio/ago. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Inquérito 116.374/DF** - 15/12/2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8605970/habeas-corpus-hc-116374-df-2008-0211423-6-stj/relatorio-e-voto>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 305**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo305.htm>>

BRUTTI, Roger Spode. A ilegitimidade da divulgação de escutas telefônicas durante o trâmite da persecutio criminis. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 7-12, ago./set. 2007.

CAMBI, Eduardo. Interceptação telefônica: breves considerações sobre a lei 9.296/1996. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 118, p. 143-148, nov./dez. 2004.

CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Interceptação telefônica: aspectos controvertidos. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 119-125, jul./dez. 2006.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Mini dicionário da língua portuguesa**. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2008

FERRO JÚNIOR, Celso Moreira. Gestão de interceptações telefônicas e ambientais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília (DF), ano 8, n. 191, p. 26-33, dez. 2004.

GOMES, Luiz Flavio. Âmbito da admissibilidade das interceptações telefônicas: crimes punidos com reclusão. **Revista de Direito Militar**, Santa Catarina, ano 1, n. 3, p. 11-12, jan./fev. 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996. 60 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JESUS, Damásio E. de. Interceptação de comunicação telefônica: notas à lei 9.296. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 735, p. 458-473, jan. 1997.

MAGALHÃES, Maria Cristina. A evolução da avaliação processual das provas ilícitas. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 23, p.179-194, jan./jun. 2006.

MARQUES, Jader. Interceptação telefônica. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 21-28, ago./set. 2007.

- MARZOCHI, Marcelo de Luca. Aspectos polêmicos da interceptação telefônica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 15,43, jul./set. 2004.
- MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à ilicitude probatória**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. 176 p.
- MORAES, Alexandre de. A constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96 (Interceptação do Fluxo de Comunicações em Sistemas de Informática e telemática. **Boletim Informativo do Centro de Estudos da Escola Paulista do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, n. 2. p 2-3, 1997.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.
- PRADO, Geraldo. **Limite às interpretações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 86 p.
- RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a lei 9.296/96: interceptação telefônica. **Revista Brasileira de Ciência Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 26, p.143-151, abr./jun. 1999.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A prova ilícita e a interpretação telefônica no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 94 p.
- ROSA, Antonio José M. Feu. Das limitações às garantias constitucionais do sigilo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília (DF), ano 10, n. 217, p. 34-35, jan. 2006.
- SILVA, César Dário Mariano. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, cidadania e violência: a lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 110 p.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A gravação da mensagem telefônica como meio de prova no processo civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 7, n. 42, p. 32-45, jul./ago. 2006.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade**. Coimbra: Almedina, 2004. 155 p.