



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ESCUTAS ELEFÔNICAS POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL

ESTUDO SOBRE LEGALIDADE

FÁBIO TAVARES RIBEIRO

PROMOTOR DE JUSTIÇA

BREVE HISTÓRICO

Entre as inúmeras garantias constitucionais advindas com a Carta Constitucional de 1988 veio a relativa à inviolabilidade de correspondência e comunicações telefônicas. Tal garantia constitucional é fruto de uma elaborada evolução que teve como primeiro diploma a Constituição Política Imperial.

De início os diplomas prendiam-se simplesmente a correspondência escrita, então o mais difundido meio de comunicação a distância. Vejamos:

- 1824- "O segredo das cartas é inviolável. A administração do correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste artigo" (Constituição Política do Império do Brasil, art. 179, 27)
- 1891- "É inviolável o sigilo da correspondência:" (Constituição , art. 72, § 18)
- 1934- "É inviolável o sigilo da correspondência:" (Constituição , art. 113, 8)
- 1937- "A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei" (Constituição , art. 122, 6)



- 1946-"É inviolável o sigilo da correspondência:"

(Constituição , art. 141, § 6º)

1969-"É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas" (Constituição , art. 153, § 9º)

O atual texto é o mais abrangente da história, fazendo alusão até aos casos em que pode a garantia sofrer restrições...

- 1988-"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." (Constituição , art. 5º , XII)

É bem verdade que o mundo já convivia com telégrafo na época das primeiras constituições * (VIDE NOTA) e . conseqüentemente, com a quebra do sigilo de suas mensagens, mas a carência de meios de reprodução fonográfica dos caracteres telegráficos tornou essa possibilidade remota e, se ocorrida, de difícil prova. Por tal motivo é plenamente compreensível que à época da entrada em vigência do Código Civil, não tenha tal importante lei feito qualquer ressalva quanto ao tema.

Em 1917, recém - iniciado o século , as reproduções fonográficas já existiam, mas somente através de disco, oferecendo pouca qualidade de som. Tal precariedade tecnológica fez com que os primeiros julgados conhecidos baseados em provas fonográficas somente ocorressem na década de quarenta, quando acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, p. exemplo, rejeitaram as fitas magnéticas como meio de prova , dadas as dificuldades de compreensão da fala.

A atual carta Constitucional é a primeira que menciona o sigilo das comunicações telefônicas, o que é compreensível se verificarmos que somente em 1977, com a evolução



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tecnológica dos meios de comunicação em plena efervescência. foi submetido ao STF um caso em que a prova gravada de uma ligação telefônica era colocada como ponto principal da discussão. Nessa época a 2ª Câmara daquela Egrégia Corte inquinou de ilegal e mesmo imoral o meio de prova de que se utilizou um cônjuge contra o outro, cassando assim a decisão da 3ª Câmara do Trib. de Justiça do Rio de Janeiro.

* O telégrafo foi inventado em 1792 pelo Francês Miot . Foi popularizado mais tarde com o sistema criado pelo norte-americano Morse.

DO TEXTO ATUAL

Ao remeter à lei ordinária criou-se o impasse de precisar se o ordenamento legal preexistente era compatível com o novo ordenamento constitucional.

O brilhante Dr. Luiz Francisco Torquato Avolio, Procurador do estado de São Paulo é enfático e categórico, em sua obra Provas Ilícitas , da RT:

“A nova ordem constitucional brasileira importou na ineficácia das exceções legais ao sigilo de correspondência e das comunicações , dada a previsão de exceção única do texto do inciso XII, do art. 5º, que se refere às comunicações telefônicas ... O dispositivo citado não é auto-aplicável , pois prevê a edição de lei que defina as hipóteses e estabeleça a forma das interceptações , para fins de investigação policial ou instrução processual... A disciplina contida no Código de Telecomunicações não satisfaz às exigências previstas na CF /88 e, portanto, não pode ser recepcionada pela ordem constitucional... Enquanto não for editada lei regulamentadora , nos moldes do Projeto de Lei 3.514/89, as interceptações ou escutas telefônicas ou ambientais ,



ainda que autorizadas pelo juiz competente, não podem ser realizadas licitamente, e , conseqüentemente , o seu resultado não será admissível no processo. ..As únicas exceções decorrem da aplicação do princípio da proporcionalidade: a) prova ilícita pro reo; e b) escuta telefônica realizada pela polícia , comumente nos casos de seqüestro, para resguardo do valor vida ou outros , cuja relevância imponha o sacrifício da privacy de terceiros..."(obra citada p. 155 e 156 , GRIFO NOSSO)

Ousamos discordar. Em realidade a lei de telecomunicações, a despeito de sua idade, foi recepcionada pela atual carta constitucional. Sobre a receptividade, discorrem os doutrinadores:

"Face ao princípio da hierarquia das leis a Constituição é o diploma fundamental. Emanada da soberania nacional, submete ao seu império todos os órgãos do Estado, discrimina as atribuições dos seus poderes, delinea todas as peças do Organismo estatal.

Seu efeito imediato sobre todo o complexo normativo que compõe a legislatura do país , nas três ordens (federal, estadual e municipal) , impõe a perda automática de eficácia da mesma. Não se dirá que a Nova Constituição "revoga" as leis vigentes , uma vez que, na conformidade do princípio da continuidade da ordem jurídica, a que já me referi acima, a norma de direito objetivo perde a eficácia em razão de uma força contrária à sua vigência. .. Com a promulgação de uma nova Constituição, o fenômeno é de maior profundidade. Sendo a Constituição caduca, o fundamento da validade da legislação que vicejara à sua sombra, e perdendo esta égide a que se acostava, perece sua eficácia. Todas as normas que eram plenamente constitucionais e, portanto, válidas, deixam de o ser quando à



antiga Constituição outra lhe substitui, cujos textos contrariam as disposições daquelas leis." (Caio Mário da Silva Pereira, in Instituições de Direito Civil vol. I , 14ª ed. p. 95 , GRIFO NOSSO).

"...o primeiro critério para a convivência entre o direito anterior e o direito atual é o representado pelo princípio da recepção.

Por esse princípio todas as leis do direito anterior que não se chocam com o direito atual são por este direito recepcionadas .

Por tal princípio , elimina-se o risco de , sempre que um país passe a viver com uma nova ordem constitucional, tenha que regular por inteiro sua estrutura legislativa . Seria , em verdade, ilógico que leis anteriores , cujo conteúdo permanecesse inalterado em face da nova ordem , tivessem que ser recriadas para continuarem a obrigar.

Em Direito Constitucional , o princípio da recepção é admitido em todos os países , sendo hoje matéria incontroversa, em face de sua finalidade estabilizadora do Direito . A própria Lei de introdução ao Código Civil , ao cuidar das revogações faz menção a que as leis anteriores são consideradas revogadas tacitamente na medida em que impliquem tratamento diferencial , de tal forma que , no conflito , há de prevalecer , não o velho comando , mas o novo, que tratou da matéria diversamente. É esta , pois , a proposta exegética do nosso direito , de resto , na mesma linha das ordens jurídicas dos países mais civilizados"

(Ives Gandra da Silva Martins , in A Constituição Aplicada, vol. 1, edições CEJUP , p. 28)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pelos posicionamentos acima, ressalta claro que aproveitam-se as leis que não apresentem pontos de discordância com a Carta atual, ou, se apresentam, tais pontos não comprometem o ordenamento como um todo, havendo nesse caso perda de eficácia das questões inconciliáveis. Tal princípio, chamado o da recepção compatível, há que ser aplicado à Lei 4.117.

Damásio de Jesus em fls. 507 de seu Código de Processo Penal Anotado, 9ª ed. menciona que o artigo 5º, XII da CF permite a violação por ordem judicial da comunicação telefônica e, nesse particular remete às observações que fez na mesma obra sobre o que ocorria antes de 1988, quando era indubitável a aplicação do Código de Telecomunicações. Por tal enunciado verificamos que o brilhante doutrinador não se aprofundou na questão, mas deixou clara a possibilidade de uma recepção compatível, quando disse “vide no que couber, o que dissemos no item anterior”.

O item mencionado por Damásio era aquele em que discorria sobre toda a processualística da escuta telefônica legal antes da atual constituição. Por ele, verificamos que a lei ordinária em questão disciplina que :

Art. 57- Não constitui violação de Telecomunicação:

- I- A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;**
- II- O conhecimento dado;**
 - a) ao destinatário da telecomunicação ou ao seu representante legal;**
 - e) Ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.**

A admissível limitação ao direito de sigilo das telecomunicações, só seria, mesmo pela lei, concedida desde que atendidas circunstâncias especiais...

Antes, como hoje, era indispensável uma ordem do juiz competente, pois somente ao magistrado foi deferido o poder de verificar a necessidade e utilidade da invasão da privacidade do agente que usa o serviço telefônico.



Sobre a interceptação telefônica. Ada Pellegrini Grinover a considera um meio de apreensão imprópria de prova, uma vez que configura operação técnica através da qual se permite a apreensão, não de um documento, mas sim dos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica. Ainda assim a festejada doutrina ressalta o valor da apreensão e seu requisito primordial...

“Assim o resultado da interceptação, i.e. a conversa telefônica deve ser considerada fonte de prova, cuja busca e apreensão sujeitam-se à autorização judicial” (in Liberdades Públicas p, 204-5, n ° 3.2.2.).

Analisando os textos verificamos que a tese de incompatibilidade entre a lei e a constituição, resume-se, verdadeiramente, na imposição constitucional de que as escutas somente podem ser feitas em benefício da investigação criminal ou da instrução processual penal. Essa conclusão é facilmente constatada, porquanto essa limitação ao âmbito criminal é o único ponto de divergência entre os diplomas.

Ora, em assim sendo, deve-se entender que o artigo 57 da Lei 4.117 passa a ter eficácia com o mesmo enunciado, só que, agora, condicionando a requisição do juiz à circunstância de ser feita somente em interesse de investigação ou instrução criminal, limitando-se, de tal forma a imensa área antes atingível pelo mencionado diploma. Antes poderia, em tese, o magistrado determinar uma escuta telefônica requerida por uma parte para comprovar, p. ex., a existência de um contrato verbal, o que, hoje, é inadmissível por atentar à privacidade, que foi elevada à condição de garantia constitucional.

Essa espécie de recepção parcial do ordenamento antigo é freqüentemente observada no dia a dia dos fori, especialmente em matéria processual penal quando temos uma constituição que determinou a exclusividade do júri nos julgamentos de crimes dolosos contra a vida. No mencionado caso não foi necessário fazer-se novo Código de Processo Penal, pois que as disposições eram plenamente compatíveis com o texto constitucional. Em pequenos detalhes como a inclusão do nome do réu no rol dos culpados, por ocasião da pronúncia, como houve colidência com o



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

princípio da presunção de inocência, a lei simplesmente perdeu sua eficácia. Em outras palavras o procedimento de julgamento dos crimes afetos ao Tribunal do Júri foi parcialmente recepcionado pela atual carta. Da mesma forma o artigo 57 do Cód. de Telecomunicações. Nem seria razoável entender-se o contrário .

Não entender possível tal forma de recepção parcial é relegar a Constituição Federal a uma posição inferior em relação às leis ordinárias. Nestas a possibilidade de revogação parcial de uma lei , ainda que tacitamente , é indiscutível e a ela denomina a doutrina de derrogação .

Limitar a utilização da escuta telefônica a casos de estado de necessidade que deveriam ser avaliados pela autoridade policial por sua conta e risco , ou admitir a prova ainda que ilícita em favor do réu é contra-senso ao fundamento dessa corrente. Aqueles que repelem totalmente a aceitação das provas ditas ilícitas, o fazem por valora-las não sob o critério da verdade real, que segundo o Dr. Torquato Avolio, já se encontra ultrapassado, mas sim sob o palio da verdade judiciária. Nesse ponto , é o doutrinador mencionado que esclarece:

VERDADE REAL

1. Encontra-se superada , o atual estágio de evolução das liberdades públicas, a visão do processo penal como instrumento voltado à busca da verdade real ou material . 2. A verdade a ser alcançada é a verdade judiciária , que pressupõe a observância do contraditório , baseado em critérios de admissibilidade de provas , com exclusão daquelas que atentem contra a dignidade humana” (p. 153 da obra citada)

Se as liberdades públicas tivessem repudiado a prova ilícita da forma mencionada , superando o próprio conceito de verdade real , não poderia, igualmente ser admitida a apresentação de semelhante prova em favor do réu, uma vez que ela teria, da mesma forma que outra, agredido o conjunto das liberdades públicas. Ora, porque outro motivo consagra-se em todo o mundo o princípio da verdade real senão como forma de garantia da ampla defesa na grave sede criminal!!

Ademais impedir o judiciário de autorizar uma medida que deveria ser tomada obrigatoriamente pela polícia em certos casos é inverter os valores, dando ao corpo policial



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

poder acima do judiciário na valoração dos bens em jogo. Em verdade este último entendimento incidiria em uma flagrante inconstitucionalidade, porquanto , segundo o artigo constitucional , mesmo durante a investigação criminal , só o juiz pode determinar a escuta telefônica.

Neste sentido , as palavras de Damásio E. de Jesus, na obra já citada:

"não se exige que a interceptação se faça durante a ação penal, podendo ser autorizada na fase do inquérito policial ou mesmo antes de sua instauração, desde que razões a justifiquem. Pode ocorrer também na fase de execução da sentença, ordenada pelo juiz da execução (ex: para impedir uma fuga de presos)."

REQUISITOS

Vencida a discussão sobre a recepção compatível da Lei 4117 (Código de Telecomunicações), é imperioso examinar quais os pressupostos para a instalação de uma escuta telefônica por ordem do juiz competente.

Ada Pellegrini Grinover poupou-nos esse trabalho, demonstrando os passos a serem seguidos na concessão de tal medida:

1.conformidade da investigação com as finalidades da instrução criminal

2.ocorrência de fundado motivo pelo qual se repute que a interceptação possa propiciar elementos úteis para o desenvolvimento das atividades instrutórias

3.avaliação da oportunidade de permitir tão grave ingerência na intimidade alheia, com relação à provável obtenção de tais elementos

Cabe , pois, ao magistrado competente a tarefa de verificar primeiramente se o atendimento do pedido de escuta vem como efetiva salvaguarda dos interesses .



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Essa verificação não é tão simples quanto pode parecer . porquanto não raro pode a autorização judicial atacar bens juridicamente tutelados de terceiros estranhos ao fatos em apuração. Por vezes a interceptação de conversa telefônica realizada por suspeita de um elemento da família pode deixar exposta faceta de outrem que deveria ser resguardada por força do constitucional direito de privacidade consubstanciado no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal. Pode ocorrer . por exemplo que venha à tona um relacionamento homossexual de membro da família ou do próprio investigado. Tal informação . uma vez colhida. por ser alheia à investigação e perfeitamente lícita. deve ser resguardada. da forma como indicaremos adiante.

Ada Pellegrini Grinover adverte que . na motivação da diligência . deverá o magistrado citar o fumus boni iuris e o periculum in mora.

DA ANALOGIA

Como se pode ver dos requisitos apontados pela insigne Ada Pellegrini Grinover a medida tem caráter manifestamente acautelatória. Em assim sendo. ressalta clara a semelhança entre a escuta telefônica e a busca e apreensão de de coisas. que tem o fim específico de evitar o desaparecimento de provas do crime . dificultando a instrução criminal. A semelhança não para aí. A definição de busca e apreensão ministrada pelo Douto Mirabete cai como luva para a a apreensão . dos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica. Ei-la:

“A busca é diligência destinada a encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura e a apreensão é a medida que a ela se segue. Para nossa lei , é ela meio de prova , de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciada no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos , quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer , ainda com a prática criminosa que tenha deixado vestígios. Entretanto, embora a busca e a apreensão estejam inseridas no capítulo das provas, a



doutrina a considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas."

(in Processo Penal, Atlas, 2ª ed. p. 306- GRIFO NOSSO)

Gritantes. pois . as semelhanças entre os dois institutos . O que é o chamado grampo judicial, que não o apossamento de elementos instrutórios? Em verdade a determinação judicial da escuta não escapa da idéia de uma busca e apreensão imprópria (que tem como fim apreender conversas em fitas magnéticas). Não há diferença prática alguma entre esse procedimento e o disciplinado no artigo 240 § 1º letra f do Código de Processo Penal. Diz o diploma:

Art.240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§1º. Proceder-se-á à busca domiciliar , quando fundadas razões a autorizarem, para:

....

f)apreender cartas , abertas ou não , destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato.

Por força de identidade de objetos e profunda semelhança entre a busca apreensão propriamente dita e a busca e apreensão de elementos fonéticos (dita escuta). há de ser aplicada a analogia, como determina o artigo 3º do Código de Processo Penal. A aplicação analógica encharca de limites e vida o instituto da escuta judicial . porquanto faz com que a ele se aplique grande parte dos dispositivos relativos à busca e apreensão.

DO PROCEDIMENTO

Ante à inegável identidade entre a busca e apreensão e a escuta judicial (em especial quanto à violação de correspondência ainda não aberta). surge. por analogia para a última. os seguintes ditames procedimentais:



- **NECESSIDADE DE MANDADO (ART. 241) -** que deverá conter motivação , como alertam Damásio e Ada Pellegrini (vide estudo sobre os requisitos da diligência, acima).
- **DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DE QUALQUER PARTE (ART. 242)-** note-se que mesmo os tribunais superiores , no curso de processos de competência originária, poderiam determinar a escuta , consoante o artigo abaixo.

- **DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DE QUALQUER PARTE**
(ART. 242)- note-se que mesmo os tribunais superiores , no curso de processos de competência originária, poderiam determinar a escuta , consoante o artigo abaixo.

Art. 560 . Não sendo vencedora a opinião do relator , ou se ele não se utilizar da faculdade que lhe confere o artigo antecedente, proceder-se-á à instrução do processo , na forma dos Capítulos I e III, Título I, deste Livro , e do Regimento Interno Tribunal .

Parágrafo único. O relator poderá determinar que os juízes locais procedam a inquirições e outras diligências.(GRIFEI)

- **COMPETÊNCIA DO JUIZ PARA A CAUSA**- somente será competente para determinar a escuta o juiz que o for para julgamento da causa, seguindo a regra processual penal

Muito embora não haja imperativo legal, determina a cautela que se proceda também à ...

- **LAVRATURA DE AUTO CIRCUNSTANCIADO DA DILIGÊNCIA , COM ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS PRESENCIAIS** -estas providências são obrigatórias para busca e apreensão domiciliar, o que não é o caso da escuta, mas sua adoção por parte dos magistrados seria de grande valia como forma de garantir a lisura das interceptações e prevenir quaisquer alegações de ilegalidade .

DOCUMENTAÇÃO DO CONTEÚDO DA GRAVAÇÃO EM AUTO CIRCUNSTANCIADO-

neste ponto completa a narrativa a Dra. Ada, na obra já mencionada, alertando que a comunicação interceptada e gravada deve ser documentada, lavrando -se auto circunstanciado da diligência contendo a conversa.

É neste momento que o juiz terá a função de salvaguardar a privacidade alheia, porquanto,



segundo a doutrinadora, poderá o magistrado determinar que sejam desprezadas as partes da conversação que não interessem à finalidade da diligência.

ASPECTOS PRÁTICOS

Com a revogação do Decreto 57.611/66 (que regulamentava o Código de Telecomunicações), excluiu-se do ordenamento a necessidade de feitura das escutas somente pelas estações oficiais. Assim é possível a determinação da dita escuta residencial. A situação anterior era pouco prática, porque , mesmo no curso de uma investigação criminal, a interceptação e gravação de comunicação telefônica não poderia ser realizada pela polícia judiciária.

O sistema de telecomunicações adotado no estado envolve centrais regionais , em cujas sedes repousam os distribuidores gerais (equipamentos que permitem a conexão da linhas para a conversação). Nos ditribuidores gerais repousam terminais de todas as linhas telefônicas da região, sendo dividos em blocos e subdivididos em pinos. sendo que a interceptação da comunicação é feita através da conexão de aparelhos de gravação nestes últimos.

Em termos administrativos , as centrais regionais subdividem-se em três gerências distintas:

1. Gerência de Manutenção de Equipamentos
2. Gerência de Manutenção de Rede externa
3. Gerência de Negócios

Esta última é a responsável pelo atendimento de requisições judiciais. Caberá à Gerência de Negócios , encaminhar à de Manutenção de Equipamentos o portador do mandado , para que este execute, sob o auxílio técnico da empresa, a interceptação.

A política interna da Telemig determina que os funcionários da Gerência de Manutenção de Equipamento somente dêem suporte técnico, deixando a escuta propriamente dita a cargo da polícia.

Outro ponto de ordem técnica é o fato de não possuir a Telemig equipamento finalisticamente destinado à interceptação. A Polícia Civil de Minas Gerais dispõe do equipamento, mas sua utilização fora dos grandes centros pode demandar alguns dias.



A necessidade de auto circunstanciado resulta, como demonstrado acima, da analogia com a busca e apreensão. Como nesta o auto é feito pelos executores, a mesma indicação se impõe quanto à escuta.

CONCLUSÕES

1. Encontra-se em vigor, por força de recepção compatível do artigo 5º XII da Constituição Federal, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117 / 92), no que tange a escutas telefônicas judicialmente determinadas (desde que para fins de instrução ou investigação criminal, tão somente).
2. Por força de analogia, indicada no artigo 3º do Código de Processo Penal, aplicam-se disposições relativas à busca e apreensão à interceptação e gravação de comunicação telefônica por ordem judicial (no que couberem).
3. A requisição terá de ser motivada.
4. A medida pode ser tomada de ofício ou a requerimento das partes, mas sempre como medida acauteladora, não prescindindo de fumus boni iuris e periculum in mora.
5. Em se tratando de processos de competência originária dos Tribunais Superiores, estes poderão, por meio dos Ilustres Relatores, determinar que juízes locais procedam à escuta.
6. A medida só pode ser determinada pelo magistrado competente para julgamento da causa.
7. É aconselhável a lavratura de autos circunstanciados das diligências.
8. A transcrição do conteúdo da gravação em auto circunstanciado é aconselhável, sendo lícito ao magistrado omitir da transcrição os pontos alheios à investigação, resguardando o direito constitucional de privacidade.