

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Histórico – 2 Requisitos para a interceptação telefônica – 3 Objeto da diligência – 4 Sujeito passivo da interceptação telefônica – 5 Sujeito ativo da interceptação telefônica – 6 Extensão da interceptação telefônica – 7 Proibições da própria Lei nº 9.296/96 – 8 Recurso – 9 *Aberratio ictus* na interceptação telefônica – 10 Acompanhamento das diligências – 11 Tipo Penal – 12 Interceptação telefônica Vs. Gravação clandestina – 13 Legislação aplicável – 14 Jurisprudências

1 Histórico

A Constituição Federal de 1969(para uns, emenda de 69), no seu artigo 153, § 9º, determinava a inviolabilidade das comunicações telefônicas, sem qualquer exceção. Todavia, existia uma exceção prevista em lei ordinária: artigo 57, X, “e” do conhecido “Código Brasileiro de Telecomunicações”, que admitia a interceptação telefônica para fins *processuais penais*. Para investigação criminal, não era possível a interceptação telefônica.

Portanto, havia um conflito entre a CF/69 e a citada lei ordinária, sendo que entendia-se que não era recepcionada por aquela o dispositivo concessivo do CBT.

Um caso que ficou muito famoso em São Paulo, Capital, fora o de um juiz federal que concedeu a interceptação telefônica com base na citada lei ordinária, sob o argumento de que “as garantias constitucionais não eram absolutas”, ou seja, ainda que a CF/69 não trouxera exceção, a legislação ordinária poderia amparar tal ato, o que, *data venia*, era uma afronta ao texto magno da época.

Surgiu, então, a Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 5º, XII, distinguiu a interceptação telefônica das demais interceptações, admitindo-as em processo penal e nas investigações criminais, *nos limites da lei*, ou seja, tratava-se de uma norma de eficácia limitada e aplicabilidade imediata.

Nessa época, enquanto não havia lei específica, criaram-se duas posições:

Corrente 1: (Ada Pellegrine Grinover) – que acabou prevalecendo no STF e no STJ – enquanto não havia lei específica, regulamentando a

interceptação telefônica, esta não poderia ser concedida;

Corrente 2: (Damásio) – a CF/88 havia recepcionado o artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, se o juiz autorizasse a interceptação telefônica (neste caso, a interceptação telefônica somente poderia ser feita para o processo penal, jamais para investigação criminal).

Posteriormente, veio a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que admitiu e regulamentou o artigo 5º, XII, da CF/88 (interceptação telefônica), desde que fosse autorizada pelo juiz *competente* (juiz do processo-crime principal) em 2 hipóteses:

- a) para o *processo penal*;
- b) para as investigações criminais.

Juridicamente, *interceptar telefone é ouvir a conversa de duas(ou mais) pessoas, por um terceiro; gravá-la*. Quando um dos interlocutores grava a própria conversa, não se fala em interceptação e sim gravação clandestina, que não é objeto deste tema.

2 Requisitos para a interceptação telefônica

Os requisitos traçados em lei para a interceptação telefônica são:

- 1) ordem judicial emanada por *Juiz Competente* (juiz da ação penal principal) +; *A interceptação telefônica não pode ser ordenada pelo Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia de ofício, mas pelo juiz e o juiz competente para o Processo Penal a que se visa a diligência.*
- 2) escuta telefônica realizada por serviços técnicos especializados das concessionárias de serviço público (artigo 7º da lei) +;
- 3) motivação

3 Objeto da diligência

Nesse particular, o magistrado deve se ater ao *objeto da diligência*, que somente pode ser para o *processo penal* (*instrução judicial*) ou para as *investigações criminais*.

Assim, o objeto dessa diligência não poderá ser empregado para outros fins como, por exemplo, para Ação Civil Pública, Inquérito Administrativo, Processo Cível etc.

Polêmica: para que o juiz conceda a interceptação telefônica é preciso Inquérito Policial ou processo criminal em andamento ?

Corrente 1: (prof. Antônio Scarance Fernandes) – diz que sim, do

contrário deverá ser indeferida;

Corrente 2: diz que não, pois a interceptação telefônica poderá ser o primeiro ato de investigação, permitindo a instauração do Inquérito Policial. Isso porque a CF/88 diz “para o fim de investigação criminal” e não “com a investigação criminal já iniciada”.

Ademais, se a interceptação somente é possível se não houver outros meios disponíveis, usá-la para inaugurar o Inquérito Policial para ter sustentação, parece-me a segunda corrente a mais acertada.

4 Sujeito passivo da interceptação telefônica

A lei não especifica, mas o sujeito passivo pode ser o *indiciado (fase policial)*, o *réu (fase judicial)*, inclusive a *vítima, testemunha, informante, delator ou qualquer outra pessoa física ou jurídica, autoridade pública ou particular*, evidentemente, sempre visando ao objeto da diligência (item III).

Uma polêmica surge nesse contexto:

O juiz pode interceptar telefone do réu com seu advogado, ou seja, o advogado pode ser sujeito passivo da interceptação telefônica ?

A melhor corrente nega essa possibilidade, em face do *princípio constitucional da ampla defesa*, tendo como corolário o próprio Estatuto da OAB, que em seu artigo 7º, II, impõe:

“São direitos do advogado ...

II – ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de sua comunicação, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca e apreensão determinado pelo juiz e acompanhado de representante da OAB.”

O Código Penal, no artigo 154, tipifica o crime de violação de segredo profissional. Ora, se o advogado não pode depor a respeito do que sabe por causa desse crime e o juiz e o Delegado podem responder por tentativa de violação de sigilo profissional, caso não observem esta norma, não seria crível que a Lei nº 9.296/96 autorizasse o juiz a permitir que o Delegado ouvisse a conversa do defensor com o réu, pois o artigo 154 do CP traz a expressão “sem justa causa”, ou seja, sem estar prevista em lei. Se outra lei autorizasse tal ato, aí haveria a justa causa e não haveria o crime do artigo 154 do CP.

Tanto é verdade que o artigo 7º, XIX, do Estatuto da OAB determina que o advogado pode se recusar a depor, mesmo quando autorizado pelo constituinte, quando o fato for sobre sigilo profissional. O mesmo ocorre com o médico (Código de Ética), com o padre etc.

Evidentemente, essa proibição de interceptação telefônica não será observada quando o advogado, médico ou padre forem co-réus, ou seja, a pretexto de servirem função ou ministério, são co-autores ou partícipes de crimes.

Ex: o advogado entra numa penitenciária e, após conversar com seu cliente, vai para o mundo externo e, via telefone celular, começa a fazer contatos para distribuição de entorpecentes.

Neste caso, o juiz, com uma autoria certa, poderá interceptar o telefone deste advogado, pois não está agindo no limite de sua função e sim, criminosamente.

5 Sujeito ativo da interceptação telefônica

Quem pode requerer a interceptação telefônica?

A Autoridade Policial, o Ministério Público e entenda-se, nesse contexto, o querelante (quando o crime de ação penal privada for doloso + punido com reclusão + outros requisitos alhures vistos).

Portanto, cabe interceptação telefônica na ação penal privada (pedofilia – estupro ou atentado violento ao pudor e outros.

A Autoridade Policial terá como objeto a investigação criminal. Note que, tratando-se de Inquérito Policial Militar, cuja presidência fica a cargo de um oficial da Polícia Militar, esta diligência deverá por este ser requerida, desde que o crime seja doloso punido com reclusão, bem como atendidos os demais requisitos.

O Ministério Público e o querelante, nos casos alhures, terá como objeto do requerimento a investigação criminal ou a própria instrução processual penal.

6 Extensão da interceptação telefônica

A interceptação telefônica estende-se à interceptação de fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática (a saber, reunião da telecomunicação com a informática, por exemplo, por recursos de *modem*, como conversas por *internet* e *WEBCAM*).

Curioso é que a CF/88, no seu artigo 5º, XII, somente trata de comunicação telefônica e não de informática e telemática. Assim, discute-se sobre a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96,

surgindo duas correntes:

Corrente 1: (prof. Antônio Scarance Fernandes) – é inconstitucional citado dispositivo, pois a CF/88 somente trata de comunicações por meio de telefone, não sendo cabível em informática e telemática;

Corrente 2: (Ada Pelegrine Grinover) – não é inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º da citada lei, pois, quando a CF/88 trata de comunicação telefônica, a mesma está se referindo à comunicação por meio de telefone. Ora, a comunicação que se faz por meio de *modem*, via *internet* ou fax é por meio de telefone (linha telefônica).

- O problema que vai surgir para a Jurisprudência resolver será o de quando a comunicação de computadores for feita não por linhas telefônicas, mas por cabos ou satélite. Deverá a Jurisprudência fazer uma interpretação evolutiva ou progressiva ou fazer a interpretação literal? Parece-me que a interpretação deve ser evolutiva, pois, do contrário, a legislação jamais acompanharia a evolução tecnológica e a sociedade ficaria desprotegida por uma letra fria de expressão.

7 Proibições da própria Lei nº 9.296/96

A Lei nº 9.296/96, no seu artigo 2º, traz uma série de proibições para a diligência:

1) quando não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;

Em que pese o dispositivo tratar do gênero “infração penal”, a corrente dominante entende que somente se justifica a interceptação telefônica se se tratar da espécie “crime” e não, “contravenção”.

A corrente minoritária entende que contravenção também é possível, como no caso de um desmantelamento de uma grande rede de jogo do bicho.

A corrente mais acertada é a primeira, pois o artigo 2º, III proíbe a interceptação telefônica em “infrações penais punidas com detenção”. Logo, este dispositivo quer expressar que somente cabe a interceptação telefônica em crimes punidos com *reclusão*, excluindo as contravenções penais (já que a pena é de prisão simples) e os crimes culposos (já que a pena é de detenção).

2) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

Portanto, a interceptação telefônica deve ser indispensável, sem a qual não se

logrará êxito em outra prova.

3) o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Assim, somente cabe a interceptação telefônica em crimes punidos com reclusão, excluindo as contravenções penais (já que a pena é de prisão simples e/ou multa), os crimes culposos (já que a pena é de detenção) e os crimes dolosos punidos com detenção ou multa.

Conclusão: cabe interceptação telefônica para os crimes dolosos punidos com reclusão.

Há doutrinadores, como o professor Damásio, que entende que a diligência deve observar o *princípio da proporcionalidade*¹, pois existem muitos crimes dolosos punidos com reclusão, de pouca ofensividade jurídica, como tentativa de furto simples, que não justificariam a interceptação telefônica.

Para o professor, existiria, ainda, uma situação injusta, em que alguns crimes punidos com detenção deveriam ser objeto dessa diligência, como a injúria por telefone em continuidade delitiva (o cidadão que se apaixona e liga para o outro a mesma dia e noite), ameaça etc, bem como algumas contravenções, como a do jogo do bicho.

8 Recurso

Qual o recurso cabe da decisão que aprecia o pedido de interceptação telefônica e o nega ?

O entendimento que vem prevalecendo na doutrina é o recurso de apelação, com base no artigo 593, II, do Código de Processo Penal (decisão com força de definitiva terminativa – não absolve e nem condena, mas põe fim a uma etapa do procedimento).

9 Aberratio ictus na interceptação telefônica

O artigo 73 do Código Penal traz o instituto do “erro na execução ou desvio de golpe – aberratio ictus”.

Um delegado está autorizado a ouvir uma interceptação telefônica para

¹ A CF/88 traz o princípio da proporcionalidade de forma tácita, quando, no artigo 5º, diz que os crimes hediondos são inafiançáveis; quando cuida dos Juizados Especiais Criminais para infrações de pequeno potencial ofensivo etc.

descobrir uma quadrilha de traficantes ou crime de contrabando, mas descobre um crime de homicídio. Ora, por analogia, ocorreu uma *aberratio ictus*, ou seja, o delegado “atirou para um lado” (quadrilha + tráfico ou quadrilha + contrabando) e “acertou outro lado (descobriu um crime de homicídio).

Usando essa metáfora, é possível *aberratio ictus* na interceptação telefônica ?

É válida esta interceptação telefônica para fim diverso, o que alguns, na Doutrina, denominam de “*conhecimento fortuito de outro crime*” ou “*novação no objeto da investigação*” ?

A corrente doutrinária predominante defende o sentido negativo, pois a interceptação telefônica somente serviria para o fim que o juiz concedera e não para fim diverso, já que esta diligência era para casos excepcionais. *Todavia, poderia servir de elemento para que a Autoridade Policial representasse ao juiz nova diligência, narrando a nova situação.*

Se um delegado intercepta um telefone, com ordem judicial, para desmontar uma quadrilha de contrabandistas, mas ouve que haverá um grande descarregamento de cocaína e *crack* na cidade de Belo Horizonte/MG, o delegado pode usar essa interceptação como prova do Inquérito Policial ?

Até então não, como vimos, mas poderia certamente dirigir-se ao local e efetuar a prisão em flagrante. Nesse caso, a confissão de traficante obtida na interceptação telefônica seria imprestável, mas o auto de prisão em flagrante delito seria válido.

10 Acompanhamento das diligências

Consoante o artigo 6º da Lei nº 9.296/96, deferido o pedido de interceptação telefônica, a Autoridade Policial fará a diligência, dará ciência ao Ministério Público e ao querelante para, se quiser, acompanhar a prova.

Como se trata de prova *inaudita altera pars* o sujeito passivo não acompanha a diligência, por razões óbvias. A questão que surge é: isso não fere o princípio do contraditório, se feito na fase judicial ?

Não, pois o sujeito passivo será ouvido, após a realização da diligência.

11 Tipo Penal

O artigo 151, II, do Código Penal foi derogado pelo artigo 10 da Lei nº 9.296/96, no tocante ao crime de interceptação telefônica.

O artigo 10 da nova lei trata de crime novo, não repetindo o artigo 151, II, parte final do Código Penal, pois neste punia-se não a interceptação telefônica propriamente dita, mas a *difusão*, ou seja, o momento consumativo

do crime estava na difusão, subentendendo-se que, se a Polícia Judiciária escutasse, não era crime, mas apenas sua difusão. Todavia, agora com a *novatio legis in pejus*, no seu artigo 10, a simples *escuta* é crime, independentemente de divulgação a terceiro.

Assim, vejamos os principais aspectos da figura criminal:

1) *Objetividade Jurídica*;

A liberdade de comunicação telefônica, em face do princípio constitucional da privacidade, ou seja, toda pessoa tem o direito de escolher o seu interlocutor, sem que ninguém escute o teor da conversa.

2) *Consumação*;

A interceptação telefônica caracteriza-se pela escuta de conversa de duas(ou mais) pessoas, por um terceiro. Para a consumação da figura delituosa, não é preciso que haja a divulgação.

Trata-se de *crime de mera conduta*, ou seja, ocorre no momento em que o sujeito ativo está iniciando a escuta e/ou gravação da conversação. Se começa a escuta e/ou gravação é crime consumado; se não começa, o fato é atípico. Não existe, pois, tentativa.

Todavia, tratando-se de mensagem ou documento transmitido via *modem*, quando for possível tomar conhecimento do conteúdo, o crime será consumado; se não consegue, há quem entenda que o crime será tentado, embora entenda que o fato seja atípico.

3) *Ação Penal*;

Na redação do derogado artigo 151, II, parte final do Código Penal o crime era de Ação Penal Pública Condicionada à representação do ofendido ou seu representante legal.

Atualmente, com a nova redação do artigo 10 da Lei nº 9.296/96, o crime passou a ser de Ação Penal Pública Incondicionada.

4) *Sujeito ativo*;

Crime comum na primeira parte do artigo 10 ("*interceptação de comunicação telefônica*"), ou seja, praticado por qualquer pessoa.

Crime próprio na segunda parte do artigo 10 ("*ou quebrar segredo de Justiça*"), ou seja, praticados somente por aqueles que têm obrigação de guardar segredo: juiz, promotor, delegado, serventuários da Justiça(detetives, escrivão, escreventes etc).

5) *Sujeito passivo*.

O sujeito passivo é duplo: são as pessoas que tiveram interceptadas as suas conversas.

12 Intercepção telefônica Vs. Gravação clandestina

Importante destacar que a Lei nº 9.296/96 não abrange a gravação clandestina ou ilícita. Senão, vejamos a diferença:

INTERCEPÇÃO TELEFÔNICA	GRAVAÇÃO CLANDESTINA
'A" e "B" conversam e um terceiro escuta(intercepta).	Uma das partes envolvidas grava a conversa de outrem. Ex: gravar para prova de crime de adultério de outro cônjuge. Esta prova é tida como ilícita(não serve para o Processo Cível ou Penal), salvo se for para provar inocência em Processo Penal.
É abrangida pela Lei nº 9.296/96	Não é abrangida pela Lei nº 9.296/96 e tampouco era pelo artigo 151, II, última parte do Código Penal.

13 Legislação aplicável:

1) Constituição Federal de 1988, artigo 5º:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

2) Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996:

Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências.

Publicação: Diário Oficial da União de 20 de julho de 1996

Retificação: Diário Oficial da União de 06 de agosto de 1996

3) Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996

Regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal.

Publicação: Diário Oficial da União de 25 de julho de 1996

14 Jurisprudências

HABEAS-CORPUS – Crime qualificado de exploração de prestígio (CP, art. 357, párr. único) – Conjunto probatório fundado, exclusivamente, de interceptação telefônica, por ordem judicial, porém, para apurar outros fatos (tráfico de entorpecentes) – violação do art. 5º, XII, da Constituição –

1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (STF – HC 72588 – TP – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 04.08.2000 – p. 00003);

HABEAS CORPUS – concussão – interceptação telefônica – autorização judicial – constrangimento ilegal – inocorrência – ordem denegada – Habeas Corpus. Denúncia com base em interceptação de comunicação telefônica. Representação considerada em desconformidade com a lei. Alegada existência de outros meios de prova da prática de crimes. Suposta ocorrência de constrangimento ilegal. Pretendido trancamento da ação penal. Requerimento do parquet. Descrição de delitos. Referência a alguns nomes de pessoas envolvidas. Autorização judicial

fundamentada. Obediência aos ditames da Lei nº 9.296/96. Diligência essencial para apuração imediata dos fatos. Constrangimento ilegal inocorrente. Ausência de nulidade. Denegação da ordem. Se a interceptação de comunicação telefônica foi realizada na forma da Lei nº 9.296/96, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º, da CF, não há que se falar em nulidade ou em coação ilegal. Em se tratando de possível envolvimento de Oficiais de Justiça Avaliadores na prática de crimes funcionais, o meio utilizado era o único disponível para apuração dos fatos com a rapidez e eficiência exigidas. Writ que se denega. (PCA) (TJRJ – HC 2669/1999 – (30121999) – 5ª C.Crim. – Relª Desª Maria Helena Salcedo – J. 18.11.1999);

PROCESSO CIVIL – gravação telefônica por terceiro – permissão do receptor – clandestinidade – provocação de declarações – prova ilegítima – rol de testemunha – indeferimento – decisão proferida em audiência – debate oral – não impugnação da decisão – aceitação tácita – preclusão –

A gravação de conversa telefônica, por terceiro, com o consentimento de apenas um dos interlocutores viola o art. 5º, XII, da Constituição da República, em razão da participação clandestina do terceiro. A provocação ardilosa de declarações, via telefone, com o intuito de obter prova, revela-se procedimento ilegítimo, tornando a prova imprestável (art. 332, CPC). A decisão interlocutória proferida em audiência, desconsiderando rol de testemunhas, deve ser impugnada, mediante agravo retido, na fase do debate oral, sob pena de preclusão. Improvidos o agravo retido e a apelação. (TAMG – AC 0268259-7 – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Tibagy Salles – J. 10.02.1999) (RJTAMG 74/168);

PROCESSO CIVIL – prova – gravação telefônica – art. 5º, XII, da Constituição Federal – rol de testemunhas – indeferimento – decisão interlocutória – agravo retido – impugnação – preclusão –

A gravação de conversa telefônica por terceiro, com o consentimento de apenas um dos interlocutores, viola o art. 5º, XII, da CF, em razão da participação clandestina do terceiro. A provocação ardilosa de declarações, via telefone, com o intuito de obter prova, revela-se procedimento ilegítimo, tornando a prova imprestável, conforme a regra do art. 332 do Código de Processo Civil – A decisão interlocutória proferida em audiência, desconsiderando rol de testemunhas, deve ser impugnada, mediante agravo retido, na fase do debate oral, sob pena de preclusão. (TAMG – AC 268.259-7 – 4ª C. – Rel. Juiz Tibagy Salles – J. 10.02.1999);

CONSTITUCIONAL – processual penal – extorsão mediante seqüestro – prova – escuta telefônica – autorização judicial – Lei Nº 9.296/96 –

Não contamina de nulidade o processo penal instaurado com base em prova obtida por meio de interceptação de linha telefônica, realizada com autorização judicial deferida após a edição da Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, do art. 5º, da Carta Magna. Em sede de investigação do crime de extorsão mediante seqüestro, em face da imensa dificuldade de sua apuração, é de se admitir a escuta telefônica como meio de prova para identificação da autoria. Habeas corpus denegado. (STJ – HC 7869 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 09.11.1998 – p. 174);

PROVA ILÍCITA – escuta telefônica – preceito constitucional – regulamentação

–
Não é auto-aplicável o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Exsurge ilícita a prova produzida em período anterior à regulamentação do dispositivo constitucional. (STF – HC 73.510 – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 12.12.1997);

Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade – Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). (STF – HC 74.678-1 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 15.08.1997);

HABEAS-CORPUS – crime de tráfico de entorpecentes – prova ilícita: escuta telefônica –

1. É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.1996, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos frutos da árvore venenosa. 2. Inexistência de prova autônoma. 3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. 4. (STF – HC 74.116 – SP – 2ª T. – Rel. p/ Ac. Maurício Corrêa

– DJU 14.03.1997);

EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO – prova – gravação telefônica – art. 5, XII, da CF – confissão extrajudicial – circunstância atenuante – Lei nº 9034/95 – lei processual penal –

A confissão extrajudicial efetuada na presença de defensor e confirmada pelos demais elementos do processo, especialmente o depoimento de co-réu, torna inviável absolvição. Não se beneficia da circunstância atenuante da confissão espontânea perante a autoridade policial o réu que, em juízo, vem a se retratar. Constitui meio lícito de prova, a instruir o processo penal, a gravação de conversa telefônica entre vítima e acusado, desde que um dos interlocutores da mesma tenha ciência, hipótese descaracterizadora da violação das comunicações vedada pelo texto constitucional. As normas de caráter processual instituídas pela Lei nº 9034/95 submetem-se ao princípio *tempus regit actum* e, portanto, embora alcancem de imediato os feitos em curso, são inaplicáveis em relação aos atos praticados antes de sua vigência. (TAMG – Ap 0222776-7 – 2ª C.Crim. – Relª Juíza Myriam Saboya – DJMG 10.04.1997);

PROVA ILÍCITA –

Escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da CF, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do HC pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do HC, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, de 24.11.1993, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou; no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. (STF – HC 69.912-0 – RS – TP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 25.03.1994) (04 200/135).