

A PERMISSÃO CONSTITUCIONAL E A NOVA LEI DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

(Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior)

A CR/88, em seu art. 5º, XII, estabelece que “*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*”.

A redação deste dispositivo é **falha**, não deixando claro se a expressão “*no último caso*” se refere apenas às comunicações telefônicas, ou, também, às comunicações de dados.

Como “*a garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso*” (Themístocles Cavalcanti, *Do Controle da Constitucionalidade*, Forense, 1986, p. 164, apud Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 1994, p. 90), interpretando-se restritivamente, outrossim, disposições constitucionais duvidosas, que venham a restringir as liberdades asseguradas (nesse sentido: STF, RHC 63.684, DJU 02.05.86, p. 6.910), pensamos que a exceção feita pela CR/88 se refere apenas às comunicações telefônicas (conversaçoão entre pessoas).

Assim, de acordo com a *Magna Carta*, as comunicações telefônicas somente podem ser violadas: *a. por ordem judicial; b. nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de inquérito policial ou processo penal*. A nossa Lei Maior abre exceções, ainda, nos casos de *estado de defesa* (art. 136, § 1º, I, c) ou de *sítio* (art. 139, III).

A recente Lei nº 9.296/96 veio disciplinar a interceptação de comunicações telefônicas.

Dispõe o art. 10 dessa lei que “*constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei*”, punindo tal conduta com reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

A redação desse dispositivo dá a entender que, além da interceptação das comunicações telefônicas (conversaçoão entre pessoas), seria possível a interceptação de comunicações “*de informática ou telemática*” por ordem judicial, o que, a nosso ver, face a exegese acima feita do art. 5º, XII, da CR/88, seria inconstitucional.

A interceptação de comunicações telefônicas, para a prova em investigação criminal e em instrução processual penal, por ordem judicial, está disciplinada nos arts. 1º a 9º da Lei nº 9.296/96.

Quanto à interceptação durante a instrução processual penal, estabelece a nova lei (art. 8º e parágrafo único) que ela “*ocorrerá em autos apartados*”, “*preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas*”, que só serão apensados aos autos do processo criminal “*na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do CPP*”; ou seja, quando da decisão de pronúncia (crimes da competência do júri), da sentença no processo ordinário perante juiz singular (crimes apenados com reclusão) e da audiência de instrução e julgamento no processo sumário (crimes apenados com detenção). No que tange à menção ao art. 538 do CPP houve evidente *lapso* do legislador, pois o próprio art. 2º, III, da Lei nº 9.296/96 veda a interceptação quando o fato investigado constituir infração penal punida com pena de detenção, que é justamente o caso do mencionado art. 538. Portanto, só nas oportunidades dos arts. 407 e 502 do CPP a defesa terá conhecimento da interceptação feita de ofício pelo juiz ou a requerimento do M. Público (art. 3º, *caput*, e inciso II).

Apesar da nova lei estar em aparente consonância com o art. 5º, XII, da CR/88, que permite a violação das comunicações telefônicas “*para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”, parece-nos que a interceptação telefônica durante a instrução judicial colide com as garantias constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), do direito à lealdade processual (*fair play*), abrangido pela garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV), e da própria inviolabilidade do exercício da advocacia (art. 133), esta última no caso de interceptação de comunicação telefônica entre o acusado e seu defensor.

O tratamento desigual às partes fica

mais evidente pelo fato da lei ordinária não ter previsto a possibilidade da defesa também requerer a interceptação de comunicação telefônica de terceiros que tenham relação com o processo, como a vítima e testemunhas de acusação, caso existam indícios de que tenham faltado com a verdade ou omitido dados relevantes para a apuração da verdade material, objetivo maior do processo penal.

Quanto ao contraditório, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho lembram que “*inválida é, ainda, a prova produzida sem a presença das partes*” e que “*esse fundamental princípio é reconhecido como uma das garantias do processo em geral, extraindo-se de sua inobservância a proibição das provas produzidas*” (*As Nulidades no Processo Penal*, Malheiros, 1993, p. 107).

No que concerne à ampla defesa, é ela incompatível com a *surpresa* de se apresentar uma prova após o próprio oferecimento das alegações finais no processo da competência do júri (CPP, art. 406) ou no processo ordinário perante juiz singular (CPP, art. 500).

Quanto ao princípio da lealdade na busca das provas (cf. Pierre Bouzat, *La Loyauté dans la Recherche des Preuves, in Problèmes Contemporains de Procédure Pénale*, Sirey, 1964, pp. 155 e ss.), não se pode considerar *leal* uma prova feita a pedido ou com o conhecimento de uma parte (M. Público), e com a participação desta, sem a ciência e participação da outra (defesa).

Diz-se-á, entretanto, que a prévia comunicação da interceptação telefônica ao defensor inviabilizaria essa prova, o que é verdadeiro. A nosso ver, contudo, a interceptação telefônica durante a instrução processual não deveria ser admitida. Enquanto não revogada a permissão constitucional, pensamos que, para evitar a violação de garantias individuais, melhor seria que a lei ordinária tivesse limitado essa interceptação à fase do inquérito policial, onde, no entender da maioria da doutrina, não haveria o contraditório (*contra*, no sentido da indispensabilidade do contraditório no inquérito policial, Rogério Lauria Tucci, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*, Saraiva, 1993, pp. 387/390).

A permissão constitucional do art. 5º, XII, abriu perigoso precedente, que agora se concretiza com a edição da Lei nº 9.296/96, ameaçando seriamente garantias fundamentais de nossa *Magna Carta*, arduamente conquistadas em séculos de civilização, inclusive a própria inviolabilidade do exercício da advocacia.

Os autores são advogados
criminais em São Paulo

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria do biênio 96/98

Presidente: Sérgio Salomão Shecaira

Vice-presidente: Roberto Podval

2º Vice-presidente: Carlos Vico Mañas

1º Secretário: Fauzi Hassan Choukr

2º Secretário: Maurides de Melo Ribeiro

3º Secretário: Rosier Batista Custódio

Tesoureiro: Sérgio Mazina Martins

Tesoureiro-adjunto: Adriano Salles Vanni

Dir. de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Tatiana Viggiani Bicudo,

Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Revisor Geral: Luiz Carlos Betanho

Jornalista: Carlos Hermany Ferriani (MTB. 1392-0)

Diagramação, Composição, Montagem e

Fotolito: Ameruso Artes Gráficas - tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 12.000 exemplares

“As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.”

**Correspondência: IBCCrim,
Rua XI de Agosto, 52, 2º andar,
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP -
Tels. (011) 607-6743,
605-6482 e 605-4607**