

A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E TELEMÁTICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

BRUNO JOSÉ JAREÑO¹

RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas e suas implicações, quando feitas de maneira ilegal e/ou abusiva, no Estado Democrático de Direito. A importância de se estudar este tema se justificou pela necessidade de contribuir com a comunidade acadêmica e científica, dando o devido esclarecimento de que a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas segue um procedimento estabelecido por limites legais, que deve ser rigidamente seguido, para que sejam garantidos os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Para alcançar este propósito, utilizou-se do método da pesquisa bibliográfica e da pesquisa documental. Assim, iniciou-se a pesquisa com uma revisão bibliográfica do tema, por meio de consultas a diversos textos, artigos e livros. Posteriormente, foram obtidos elementos de cotejo, com a pesquisa de documentos jurisprudenciais e por meio de visitas práticas á órgãos de investigação policial. Feito isso, a partir da análise da literatura e das informações práticas obtidas, passou-se a refletir sobre questões significativas das interceptações telefônicas e telemáticas no Estado Democrático de Direito, expondo e comparando dados e informações. Dessa forma, conclui-se que as interceptações telefônicas e telemáticas devem seguir os atos e procedimentos colocados pela lei e pela Constituição, para que os princípios e ideais de liberdade do Estado Democrático de Direito, não sejam maculados com condutas arbitrárias de Estados de Polícia.

PALAVRAS-CHAVE: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. ESTADO DE POLÍCIA. CONSTITUIÇÃO.

¹ Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia -FADIR, Universidade Federal de Uberlândia - UFU, Bloco 3D, Sala 307, Av. João Naves de Ávila, 2121 - Campus Santa Mônica, Uberlândia, Minas Gerais, CEP 38400-902, e-mail: brunojareno@yahoo.com.br.

THE INTERCEPTION OF TELEPHONE AND TELEMATICS COMMUNICATIONS AT THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the interception of telephone communications and telematics and her implications, when they are illegal and / or abusive in the Democratic State of Law. The importance of study this theme is justified by the need to contribute to the academic and scientific community, with the clarification that the interception of telephone communications and telematics communication follow a procedure established by legal limits, which must be strictly followed, to be guaranteed the rights and guarantees of the people. To reach this aim, has been used the method of literature search and of information search. Then, has been done a bibliographic review, through consultation of various texts, articles and books. Next to, has been obtained comparative elements, through read of cases and through visits to police stations. After the analysis of literature and the practical information obtained, has been started to reflect on significant issues of telephone and telematics intercepts and at democratic state, exposing and comparing data and information. Finish, has been concluded that the telephone and telematics intercepts have to follow the procedures and actions made by the law and by the Constitution, for respect the principles and ideals of freedom of the democratic state of law.

KEY-WORDS: TELEPHONE INTERCEPTION. TELEMATICS INTERCEPTION. DEMOCRATIC STATE OF LAW. POLICE STATE. CONSTITUTION.

INTRODUÇÃO

“Você era a mais bonita das cabrochas dessa ala/
Você era a favorita onde eu era mestre-sala/
Hoje a gente nem se fala, mas a festa continua/
Suas noites são de gala, nosso samba ainda é na rua”

Francisco Buarque de Hollanda

O presente trabalho apresenta um estudo sobre as interceptações telefônicas e telemáticas no Estado Democrático de Direito. O objetivo central do estudo é analisar a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas e suas implicações, quando feitas de maneira ilegal e/ou abusiva, no Estado Democrático de Direito.

A importância de se estudar este tema se justificou pela necessidade de contribuir com a comunidade acadêmica e científica, dando o devido esclarecimento de que a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas segue um procedimento estabelecido por limites legais, que deve ser rigidamente seguido para que sejam garantidos os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Para uma melhor abordagem do tema este estudo foi dividido em três partes, que são: i) material e métodos, na qual é abordada a metodologia do estudo; ii) discussão e resultados, na qual é abordada a temática do estudo – as interceptações telefônicas e telemáticas no Estado Democrático de Direito, subdividindo-se em: ii.i) Estado Democrático de Direito, Direitos Fundamentais e a Constituição Federal de 1988; ii.ii) a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas e; ii.iii) Estado Democrático de Direito *versus* Estado de Polícia e; iii) onde, por fim, é feita a conclusão do trabalho.

1 MATERIAL E MÉTODOS

O trabalho foi realizado a partir de uma pesquisa exploratória, ou seja, uma pesquisa “que tem a finalidade de propiciar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses” (GIL, 2002, p. 41).

Assim, é possível distinguir no que constitui o ponto nodal desta pesquisa em dois níveis próprios e independentes de cogitações, a saber: o primeiro, sobre a interceptação ilegal das comunicações telefônicas e telemáticas no contexto de um Estado Democrático de Direito e; o segundo, sobre os limites dessas interceptações na lei e na Constituição e se da forma como elas são utilizadas fica caracterizado um Estado de Polícia.

A essas questões centrais de investigação, explorando diretamente o binômio Estado Democrático *versus* Estado Policial, se adicionou indagações referentes a diversos ramos do

Direito, como Direito Processual, Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Civil, na tentativa de buscar uma interdisciplinaridade para o tema.

O procedimento técnico utilizado durante esta pesquisa foi o da pesquisa bibliográfica e da pesquisa documental, tendo em obras, artigos científicos, legislação e decisões de tribunais referentes ao assunto, a principal fonte para a coleta de informações e dados para o trabalho.

Paralelamente a este procedimento houve a participação em um intercâmbio acadêmico na Universidade de Coimbra, em Portugal, uma visita ao Ministério da Justiça, em Brasília-DF e uma visita a 16ª Delegacia Regional da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, em Uberlândia-MG, com o objetivo de obter elementos de cotejo entre a pesquisa bibliográfica e a documental e as ideias mais recentes sobre o tema da pesquisa em termos práticos, além da possibilidade de conhecer como o tema é tratado em outro país.

Em suma, os procedimentos metodológicos utilizados nesse estudo foram de natureza teórica. A abordagem dos assuntos foi predominantemente qualitativa, especificamente de caráter descritivo-qualitativo.

A pesquisa foi dividida em oito atividades principais. A primeira atividade foi a realização de reuniões com a orientadora, com vista a esclarecer dúvidas e receber orientações. Estas reuniões ocorreram pelo menos uma vez ao mês, sendo muitas vezes, por meio de conferência eletrônica, devido a questões pessoais que impossibilitaram o deslocamento da orientadora durante a pesquisa. A segunda atividade contemplou a pesquisa bibliográfica e documental com base em livros, artigos acadêmicos, revistas, legislação específica e pesquisas em bancos de dados. Na terceira atividade foi feita a estruturação do instrumento de pesquisa. Na quarta atividade foi feita a leitura, o fichamento e a síntese dos materiais e dados obtidos. A quinta atividade foi o tratamento dos dados e a análise das informações. A sexta atividade contemplou a redação do trabalho. Na sétima atividade houve a participação em um intercâmbio acadêmico na Universidade de Coimbra, em Portugal, uma visita ao Ministério da Justiça, em Brasília-DF e uma visita a 16ª Delegacia Regional da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, em Uberlândia-MG, com a finalidade de obter informações práticas a respeito do tema. E, por fim, a oitava atividade foi à entrega de relatórios à instituição vinculada à pesquisa, nas datas previamente estipuladas pela Universidade Federal de Uberlândia e pela Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação (PROPP).

2 DISCUSSÃO E RESULTADOS

2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Estado brasileiro ao longo dos mais de cinco séculos após a chegada dos europeus ocidentais passou por diversas mudanças advindas das ideias e revoluções liberais-burguesas trazidas do “Velho Continente”.

Independente de Portugal em 1822, o Brasil se transformou em um império e sua primeira Constituição foi outorgada em 1824 pelo Imperador Dom Pedro I. Mas o que é uma Constituição? O polonês Ferdinand Lassalle (1933, p. 01) durante uma conferência em Berlim em 1862, quando dissertou acerca desta pergunta, esclareceu que:

os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

Assim, Lassalle esclareceu que a Constituição é o reflexo da forma de poder num determinado Estado. Desse modo, se o Estado aspira por ideais democráticos, a Constituição é democrática; se o Estado aspira ideais autoritários, a Constituição é autoritária.

“Quem te viu, quem te vê”, canção do grande cantor e compositor brasileiro Francisco Buarque de Hollanda² apresenta estas duas facetas do Estado brasileiro – uma delas democrática e livre; e a outra autoritária e repressora.

O Brasil experimentou regimes autoritários durante o período denominado “Estado Novo” (1937-1945) e durante o regime militar (1964-1985), tendo também um breve período democrático durante a chamada “terceira república” (1945-1964), com eleições diretas e maior importância aos valores democráticos.

Todavia, a caracterização do Brasil como se tem hoje, como um Estado Democrático

²Letra integral da música disponível em: <http://letras.terra.com.br/chico-buarque/>.

de Direito, é recente e remonta a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1996a, p. 15), a qual dispõe logo em seu art. 1º, *ipsis litteris*:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

[...]

É interessante observar como cada Constituição brasileira ressalta as características marcantes de seu contexto histórico. Dessa forma, tem-se que a Constituição de 1824, se preocupou em colocar o Brasil como Estado independente perante o colonizador, enquanto a Constituição de 1891, se preocupou em colocar o Brasil como Estado Republicano, o que confirma a ideia de “Constituição real” de LASSALLE (2009).

Dessa forma, os legisladores constituintes anteriores à Constituição de 1988 não deram tanta ênfase a expressões democráticas devido ao contexto histórico, no qual as Constituições estavam inseridas. A Constituição Imperial de 1824, por exemplo, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, colocava, que “Governo é Monarchico Hereditário [sic], Constitucional, e Representativo”, expressando as diretrizes da monarquia recém-instalada no Brasil (BRASIL, 1824).

O triunfo da Constituição de 1988 foi colocar em somente um texto legal, as várias discussões políticas, econômicas e principalmente sociais, que ocorreram durante o longo período do regime militar brasileiro.

Por isso, a Constituição brasileira de 1988 ficou conhecida como “Constituição Cidadã”, uma vez que ela buscou atender vários segmentos da sociedade e ao bem estar de todos os cidadãos.

José Afonso da Silva (2004, p. 90) coloca que a Constituição recebeu este epíteto do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, “porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”.

A “Constituição Cidadã” instituiu em seu texto o Estado Democrático de Direito, fundamental em uma sociedade democrática e pluralista. Com ele, há a supremacia dos princípios democráticos, aliada com a garantia da lei, ou seja, a lei assegura que Estado e cidadãos seguem normas e princípios democráticos.

Como bem coloca MORAES (2008, p. 06),

o Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se reger [sic] por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado, por exemplo, no caput do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que ‘todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos desta constituição’, para mais a diante, em seu art. 14, proclamar que a ‘soberania popular será exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular’.

[...]

o Estado Constitucional, portanto, é mais do que Estado de Direito, é também o Estado Democrático, introduzido no constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder.

Assim, limitar o poder significa que o Estado não poderá exercer seus poderes fora do âmbito que lhe é permitido pela lei e pela Constituição. Dessa forma, a Constituição e as normas infraconstitucionais servem para limitam a atuação do Estado, como forma de garantir que o Estado não possa suprimir a vontade do povo em favor de interesses de particulares.

Como exemplo mais latente desta limitação de atuação do Estado se tem o Título II da Constituição Federal, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, que são instrumentos de defesa do cidadão contra o poder do Estado.

Assegurado pelos direitos e garantias fundamentais, o cidadão pode viver sem que o Estado interfira em sua esfera de ação, tendo assegurado o direito a propriedade, a liberdade, a intimidade, dentre outros elencados.

Desse modo, os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, “são pretensões, que em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade da pessoa humana” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p.116).

A Magna Carta, assinada em 1215, na Inglaterra, assinala um marco no contexto dos direitos fundamentais, uma vez que pela primeira vez se restringiu o poder de atuação do

“Estado”.³

Representando na verdade uma carta para proteger os interesses da classe burguesa diante dos nobres feudais (NOBLET, 1963, p. 28 *apud* SILVA, 2004, p. 152), a Magna Carta assinala o início dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, para CANOTILHO (1993, p. 541),

os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Dessa forma, os direitos fundamentais exercem um papel fundamental em um Estado Democrático de Direito, uma vez que visam assegurar a limitação da atuação do Estado, de acordo com as normas e princípios contidos na Constituição e na Lei.

Todavia, na prática nem sempre os direitos e garantias fundamentais são respeitados e o Estado acaba por exercer atos dignos de um regime tirano e antidemocrático. É o que muitas vezes acontece no caso das interceptações telefônicas e telemáticas, que tem no art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, a sua inviolabilidade assegurada.

A única exceção, na qual se pode violar uma comunicação telefônica e telemática, é quando esta ocorrer para fins de instrução processual penal e de investigação criminal, tendo seu procedimento regulado pela Lei n.º 9.296.

Assim, para se quebrar o sigilo telefônico ou telemático de um investigado, para ser usado como prova num processo ou inquérito policial, é necessário atender a todos os requisitos contidos na referida Lei.

Em meados de 2008 este assunto foi capa dos principais rotativos do país devido a “Operação Satiagraha”, operação da Polícia Federal que apurava crimes contra a ordem financeira. Durante esta operação questionou-se se a interceptação das comunicações telefônicas dos investigados estava sendo feita de maneira abusiva e ilegal.

Não entrando no mérito do caso, cuja decisão cabe unicamente aos órgãos do Poder Judiciário e não à Academia, o fato é que em um Estado Democrático de Direito é inaceitável que o Estado, por meio de seus órgãos de investigação e persecução criminal, abuse de um direito

³ Neste contexto a palavra "Estado" não se refere ao seu sentido contemporaneamente empregado.

fundamental consagrado na Constituição, que é a inviolabilidade das comunicações telefônicas e telemáticas, para investigar a prática de condutas criminosas.

As linhas abaixo vão expor o procedimento e os limites impostos pela lei para que o direito fundamental à inviolabilidade das comunicações telefônicas e telemáticas seja violado, para a busca de provas para inquéritos criminais e processos penais.

2.2 A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E TELEMÁTICAS

As comunicações telefônicas podem ser definidas como sendo “o processo de transmissão de palavras ou sons através de fios, cabos ou ondas” (FERREIRA, 1975, p.1361).

Já telemática, de acordo com CASTRO (2001, p.112), “é uma ciência que trata da manipulação de dados e informações, conjugando o computador, sistemas de informática, com os meios de comunicação, telefônicas ou não.” Logo, comunicações telemáticas são os processos de comunicação, que envolvem o uso de dados e informações, por meio do computador ou de qualquer outro meio de comunicação.

A globalização trouxe a quebra das fronteiras entre os países. Se antes, se comunicar com outro continente exigia dias ou até mesmo meses, com a Internet e a telefonia, este processo passou a exigir apenas alguns segundos.

Com isso, comunicar-se via telefone, Internet, dentre outros meios, tornou-se comum na rotina das pessoas. Pesquisas recentes da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) apontam que em agosto de 2009 havia no Brasil cerca de 164.539.017 linhas de telefones móveis habilitados. Isso representava à época 85,91 linhas para cada 100 brasileiros (SERRANO, 2009), demonstrando que a grande maioria dos brasileiros dispõe de telefones habilitados.

Assim, devido ao aumento do nível de importância que os processos de comunicação sofreram e ainda vem sofrendo, com a expansão cada vez maior das redes sociais, o legislador constitucional achou necessário que todos os processos de comunicação telefônicos e telemáticos fossem protegidos pela Constituição Federal e pela Lei n.º 9.296/96, que trata da regulamentação do referido dispositivo constitucional.

2.2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E TELEMÁTICAS

O art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal (BRASIL, 1996a, p. 17) diz 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 criminal.

Dessa forma, a Constituição instituiu como regra a inviolabilidade do sigilo comunicações telefônicas e telemáticas, porém colocou como exceção a permissão da quebra do sigilo das comunicações, somente para fins de investigação criminal e instrução de processos penais, na forma da lei.

É importante ressaltar que a Constituição Federal autoriza, no art. 5º, inc. XII, somente em excepcionalmente a violação do sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas. Isto vem de acordo com a moderna dogmática jurídico-penal, que com o Princípio da “ultima ratio”, coloca que o Direito Penal, por ser um ramo do Direito que tem como principal característica restringir liberdades individuais, deve ser usado somente em último caso, depois que todos os outros ramos do Direito tenham sido utilizados e tenham falhado na tutela do bem jurídico protegido.

PRADO (2006, p. 138), diz que “a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade, como ‘ultima ratio’”. Dessa forma, MORAES (2008, p. 59) coloca que

a interceptação telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores. Essa conduta afronta o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, continua esse autor dizendo, que

nos casos de interceptações telefônicas, a própria Constituição Federal, no citado inciso XII, do art. 5º, abriu uma exceção, qual seja, a possibilidade de violação das comunicações telefônicas, desde que presentes três requisitos: i) ordem judicial; ii) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e; iii) nas hipóteses e na

forma que a lei estabelecer.

Desse modo, o primeiro requisito apontado por MORAES (2008, p. 59) é a necessária autorização judicial para se dar início a uma interceptação telefônica. A lei coloca que é necessário que o juiz, por meio de decisão fundamentada, autorize a interceptação. A interceptação somente tem valor legal quando for feita após a autorização do juiz e antes do término dessa autorização.

A necessidade dessa autorização é baseada nas garantias processuais, que regem um Estado Democrático de Direito. O Princípio do Devido Processo Legal assegura ao cidadão

a paridade total de condições com o Estado-persecutório e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal (MORAES, 2008, p. 105).

Já o segundo requisito é a finalidade da interceptação. O legislador constituinte permitiu que houvesse a quebra do sigilo das interceptações somente quando a finalidade da quebra for a obtenção de provas para a investigação criminal ou instrução de processos penais.

Assim, nos demais casos, a quebra do sigilo não foi permitida. Com isso, vê-se que, por exemplo, não é permitido uma interceptação telefônica, com o fim de obter informações para ressarcimento financeiro em um Processo Administrativo, que trâmite na Secretaria da Receita Federal do Brasil. Dessa forma, é fundamental que a finalidade da violação do sigilo seja unicamente para a instrução de um processo criminal ou para a investigação de um possível crime.

O terceiro requisito diz respeito a hipóteses e previsões legais em que a interceptação é permitida. A expressão “na forma da lei” significa que o legislador constituinte não quis tratar de como seria feito o procedimento para obter a violação do sigilo e quais seriam as hipóteses específicas em que ele seria permitido, deixando para o legislador infraconstitucional tratar do tema.

José Afonso da Silva (1998, p. 104), coloca as principais características deste tipo de norma, chamadas de normas de eficácia contida, são:

I - normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.

II - Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva.

III - São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam.

IV - Algumas dessas normas já contêm um conceito ético jurídico (bons costumes, ordem pública etc.), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia.

Assim, a Lei n.º 9.296/96, que regulamenta o procedimento da interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, é de extrema importância uma vez que é a partir dela que são impostos os limites e o procedimento, no qual ocorrem as interceptações. As linhas abaixo tratarão desta norma legal.

2.2.2 A LEI N.º 9.296/96: A REGULAMENTAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E TELEMÁTICAS

A Lei n.º 9.296/96 é aplicada tanto para a interceptação das comunicações telefônicas, quanto das telemáticas. Logo no início deste texto legal (BRASIL, 1996b) são colocadas hipóteses, nas quais não são autorizadas as interceptações, a saber:

Art. 2º Não será admitida à interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
 I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
 II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
 III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Dessa forma, a lei busca estabelecer um número restrito de hipóteses, nas quais a interceptação é permitida. Assim, se pode dizer por meio da interpretação da norma, que são três os requisitos para se admitir as interceptações, que são: i) presença de indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal; ii) quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e; iii) quando o fato investigado não constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

E mesmo atendendo a estes três requisitos, a lei ainda coloca mais dois elementos que

devem ser atendidos para se obter a interceptação, que estão localizados no parágrafo único do artigo 2º e no *caput* do artigo 4º, que são: i) a descrição com clareza da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada e; ii) a necessidade de o pedido da comunicação telefônica conter a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

Assim, somente a autoridade policial na investigação criminal e o representante do Ministério Público na investigação criminal e na instrução processual penal tem legitimidade para requerer a interceptação.

Todavia, o legislador também optou por autorizar o juiz a agir “ex officio”, ou seja, o juiz poderá autorizar a interceptação sem provocação da parte interessada. Tal opção legislativa é intolerável num Estado Democrático de Direito, uma vez que o juiz não pode favorecer nenhuma das partes, visto que o modelo de processo penal adotado no Brasil é o modelo acusatório, no qual as figuras do acusador e do julgador são distintas, e não o modelo inquisitivo, no qual julgador e acusador são a mesma pessoa.

Assim, o processo penal brasileiro segue o modelo acusatório. Este modelo, característico de Estados Democráticos, segundo TOURINHO FILHO (1999, v. 1, p. 90 e 91), tem como traços fundamentais marcantes.

o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (ne procedat judex ex officio); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois "non debet licere actori, quod reo non permittitur"; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado. Presentemente, a função acusadora, em geral, cabe ao Ministério Público.

Outro modelo de processo penal é o do tipo inquisitório ou inquisitivo. O processo de tipo inquisitório

é a antítese do acusatório. Não existe o contraditório, e, por isso mesmo, inexistem as regras da igualdade e da liberdade processuais. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma só pessoa: o Juiz. (TOURINHO FILHO, v. 1, 1999, p. 92).

Todavia, apesar de o modelo de processo penal brasileiro ser o acusatório, ainda persistem no Brasil resquícios do modelo inquisitivo, no qual o Princípio da Presunção de Inocência, uma das bases de um Estado Democrático e do modelo Acusatório é simplesmente desconsiderado, dando lugar a ações autoritárias de um Estado de Polícia.

Desse modo, para evitar abusos, tanto no caso de o pedido da interceptação ter sido requerido ou de o juiz agir “ex officio”, o artigo 5º da referida Lei coloca, que a decisão do magistrado deve ser fundamentada “sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova” (BRASIL, 1996b, grifos nossos).

Assim, com o prazo não podendo exceder a quinze dias, tem-se a garantia ao cidadão de que este terá somente por um determinado período de tempo as suas comunicações violadas. Todavia, o que vem acontecendo com frequência é que este prazo não é respeitado e as interceptações acabam por se manter durante meses e até mesmo anos.

Outro aspecto que a lei coloca é que deferido o pedido da interceptação, esta será realizada pela autoridade policial, porém o Ministério Público poderá acompanhar a sua realização.

Também é interessante observar a diferença entre interceptação ilegal e interceptação clandestina. Como bem coloca MORAES (2008 p. 65)

diferentemente da gravação resultante de interceptação telefônica, as gravações clandestinas são aquelas em que a captação e gravação da conversa pessoal, ambiental ou telefônica se dão no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, ou por terceira pessoa com seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais interlocutores. Dessa forma, não se confunde interceptação telefônica com gravações clandestinas de conversa telefônica, pois enquanto na primeira nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão de privacidade, na segunda um deles tem pleno conhecimento de que a gravação se realiza. Essa conduta afronta o inciso X o art. 5º da Constituição Federal, diferentemente das interceptações telefônicas que, conforme já analisado, afronta o inciso XII do art. 5º da Carta Magna.

Por fim, a lei estabelece que é 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” (BRASIL, 1996b).

Parece bastante razoável a opção do legislador por tornar esta conduta um crime, uma vez que o bem jurídico tutelado – a liberdade da comunicação telefônica – é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal.

Nas palavras de JESUS (1996, p. 188) “trata-se de crime de mera conduta, perfazendo-se com o simples comportamento do sujeito, independentemente de qualquer resultado”.

Assim, não é necessário que haja um nexos causal entre a conduta e o resultado, uma vez que, neste tipo de crime, a prática da conduta já caracteriza o crime. Por isso, o crime é consumado a partir do momento que é iniciada a interceptação sem a autorização judicial.

Além de a interceptação ilegal ser um crime, ela também é uma afronta aos valores e princípios do Estado Democrático de Direito e da Constituição, sendo que esta ofensa caracteriza ações de um Estado de Polícia ou também chamado de Estado Policialesco. Nas linhas abaixo, este tema será tratado de forma mais específica.

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO *VERSUS* ESTADO DE POLÍCIA OU ESTADO POLICIALESCO

Característico dos regimes de exceção, no Estado de Polícia ou Estado Policialesco, as normas e garantias que regem um Estado Democrático de Direito, que servem para proteger o cidadão da autoridade estatal, são suprimidas em favor de interesses individuais ou de um determinado grupo.

Dessa forma, não existe a liberdade individual e o Estado não tem o mesmo grau de isonomia que o cidadão. O Estado pode fazer o que quiser e como bem entender, para atender aos seus interesses ou de um grupo.

E ao contrário do que se pode pensar não é necessário estar em uma ditadura para se ter caracterizado este tipo Estado. Um Estado Democrático de Direito pode conter inúmeros traços de um Estado de Polícia.

Quando, por exemplo, um juiz autoriza uma interceptação telefônica sem as exigências da lei apontadas acima, tem-se que o juiz, representante do Estado no ato de julgar, agiu de forma arbitrária e em desrespeito a lei e a Constituição, caracterizando elementos de um

Estado de Policia.

Alguns autores propõem que o Estado de Policia e o Estado Democrático de Direito convivam “harmonicamente” num mesmo contexto politico. O penalista Günther Jakobs, principal teórico da Teoria do Direito Penal do Inimigo, defende que devem existir dois modelos de punição pelo Estado: um deles para criminosos que praticam “crimes comuns”, tendo estes criminosos todas às garantias processuais e direitos de defesa de um Estado Democrático de Direito – o chamado Direito Penal do Cidadão e; o outro modelo seria diferente, sem os direitos e as garantias processuais e de defesa de um Estado Democrático de Direito, voltado para buscar a punição de criminosos que pratiquem crimes bárbaros e crimes contra a humanidade – este seria o Direito Penal do Inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2003).

Adotando este modelo caracterizado acima o Estado estaria distinguindo “cidadãos” de “inimigos” e escolhendo quem pode ou não ter direitos e garantias fundamentais, o que é intolerável num Estado Democrático de Direito.

Assim, colocam Jakobs e Meliá:

a nossa exposição não estaria completa, sem que adicionássemos a seguinte reflexão: como se tem mostrado, somente é considerado pessoa, quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal. E isto é consequência da ideia de que toda normatividade necessita de um fundamento cognitivo para poder ser real⁴ (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 50 e 51).

Dessa forma, para estes autores, pessoa é somente aquela que oferece garantia de um comportamento pessoal. Quem não oferece esta garantia, não pode ser considerada pessoa e, portanto, é um inimigo do Estado, que não pode ter os mesmo direitos e garantias de um cidadão.

Atualmente, estas teorias não estão muito distantes da prática. Os Estados Unidos da América, que se dizem um exemplo a ser seguido de nação democrática, adotaram recentemente uma série de medidas que restringem a liberdade individual visando combater o terrorismo.

Uma destas medidas foi o uso de escâneres corporais em aeroportos internacionais. Estes aparelhos tem a capacidade de mostrar o corpo de qualquer pessoa sem as roupas em três dimensões (ANGROPRESS, 2010). O uso desse tipo de equipamento viola o direito fundamental

⁴ Texto original em espanhol: “La exposición no sería completa si no se añadiera la siguiente reflexión: como se ha mostrado, sólo es persona quien ofrece una ganancia cognitiva suficiente de un comportamiento personal. Y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividade necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real” (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 50 e 51).

a privacidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que é inaceitável num Estado Democrático de Direito.

Desse modo, o Estado Democrático de Direito tem como característica a subordinação de todos, inclusive do próprio Estado, ao “império da Lei”, ou seja, todas as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, devem seguir o que a Constituição e a lei determinarem.

Esse modelo, como relata com propriedade o jurista Dalmo Dallari de Abreu (1998, p. 145), tem por base “a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores”.

Assim, todos os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição devem ser interpretados sempre em favor dos cidadãos e nunca a favor do Estado. O Estado serve para proteger o cidadão e não para amedrontá-lo e reprimi-lo.

Por isso, é inaceitável que direitos fundamentais sejam suprimidos a favor da busca de provas para processos e inquéritos criminais ou até mesmo para prevenir ataques terroristas. Uma condenação judicial baseada numa interceptação ilegal já nasce com um vício em si mesma, uma vez que o Estado usou do seu poder de punir, com base em uma violação a um direito fundamental.

O direito de se comunicar sem ser monitorado é um direito fundamental estritamente ligado com o direito à privacidade e à intimidade. Dessa forma, a violação desse direito, por meio de escutas ilegais, vai de encontro ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que coloca que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1996, p. 17).

Dessa forma, a intimidade e a privacidade também são violadas quando ocorre abuso das interceptações, uma vez que as conversas e dados íntimos da pessoa são revelados e expostos a terceiros. Por isso, de forma sábia, o legislador constituinte já previu a indenização por danos sofridos na violação da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem.

A Secretaria de Direito Econômico, órgão do Ministério da Justiça, que tem dentre uma de suas funções a investigação de infrações contra a ordem econômica, de acordo com a Lei n.º 8884/94, é um exemplo a ser seguido.

O DPDE (Departamento de Proteção e Defesa da Concorrência), órgão da referida

Secretaria, sempre observa desde o início até o fim de suas investigações, o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Os processos de interceptações telefônicas deste Departamento sempre são importantes para a investigação de grandes infrações econômicas, todavia, nenhuma investigação de infração, justifica a necessidade de se suprimir direitos e garantias fundamentais do cidadão (informação verbal).⁵

Nas palavras de Manuel Valente (2004, p. 140)

a prevalência do primado da liberdade impõe: a) a excepcionalidade dos meios de obtenção de prova que ofendem direitos e liberdades e garantias (sic); b) a fiscalização e controle antes, durante e posterior à realização do meio de obtenção de prova, tendo em conta que o nosso processo penal se rege sob os auspícios de um c) Estado Democrático de Direito.

Assim, é papel de todos questionar e evitar medidas do Estado, que de alguma forma, possam reprimir ou suprimir direitos e garantias fundamentais do cidadão, para que sejam assegurados os princípios e garantias de um estado livre, democrático e igualitário, distante de um Estado de Polícia ou Estado Policialesco.

CONCLUSÃO

Diante de todos os dados apresentados neste trabalho foi possível concluir que a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas é fundamental para a investigação criminal, uma vez que por meio das interceptações, é possível provar a existência de diversos crimes, que ficariam impunes caso não fosse utilizado este instrumento.

Todavia, para que se realizem as interceptações telefônicas e telemáticas é necessário que sejam seguidos vários procedimentos e atos legais para que os direitos e as garantias fundamentais do cidadão não sejam violados.

⁵ Informação fornecida por Mariana Tavares, Secretaria de Direito Econômico, em sua palestra conferida no III Curso Aplicado de Defesa da Concorrência do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), em janeiro de 2010.

Desse modo, as interceptações telefônicas e telemáticas devem observar estes procedimentos e atos para que o Estado Democrático de Direito, que preza pela liberdade e pelos direitos e garantias fundamentais do cidadão, não seja maculado com condutas arbitrárias e tiranas de um Estado de Polícia ou Estado Policialesco.

4 AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de agradecer a Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação (PROPP) da Universidade Federal de Uberlândia, pela confiança depositada em mim para a realização deste projeto.

Agradeço também a minha orientadora Profa. Dra. Renata Rocha Guerra e a Prof. Ms. Simone Silva Prudêncio, ambas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, pela imensa ajuda e contribuições prestadas, sem as quais este trabalho não poderia ter sido realizado.

Dedico este trabalho a toda minha família, que sempre me apoiou em todos os momentos de minha vida.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, D. D. **Elementos de teoria geral do estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ANGOPRESS. Washington dizem não querer sistema único de segurança em aeroportos. **Agência Angola Press Washington**, Jan. 2010. Disponível em: <http://www.portalangop.co.ao/motix/pt_pt/noticias/internacional/2010/0/3/Washingtondizem-nao-querer-sistema-unico-seguranca-aeroportos,72672080-269d-4894-89c1046f10e07a1c.html>. Acesso em: 25 jan. 2010.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 22 de Abr. de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 21 set. 2009.

_____. **Constituição da república federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996a.

_____. Lei n.º 9296/96, de 24 de julho de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1996b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>.

CASTRO, C. R. A. **Crimes de informática e seus aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

FERREIRA, A. B. H. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

GIL, A. C. **Como elaborar Projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Altas, 2002.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

JESUS, D. E. Crime de interceptação de comunicações telefônicas. Notas ao art. 10 da Lei n.º

9.296, de 24 de julho de 1996. **Revista do Tribunal Regional Federal – 1ª Região**, Brasília, v. 8, p. 185-188, out./dez, 1996.

LASSALLE, F. **Que é uma constituição?** Tradução de Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>>. Acesso em: 25 de novembro de 2009.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SERRANO, F. Brasil atinge 164,5 milhões de linhas de celular. **Blog Estadão**, São Paulo, set. 2009. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/brasil-atinge-164-5-milhoes-delinhas-de/>>. Acesso em: 20 out. 2009.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TOURINHO FILHO, F.C. **Processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 4 v.

VALENTE, M. M. G. **Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade.** Coimbra: Almedina, 2004.