

A ESCUTA TELEFÔNICA. COMENTÁRIOS À LEI Nº 9.296/96*

ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO

Juiz Federal da 8ª Vara/PE

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho consiste em analisar as inovações trazidas pela Lei nº 9.296/96, que, em resposta aos reclamos da sociedade, veio a disciplinar a utilização da interceptação do fluxo de comunicações transmitidas através dos sistemas telefônico, de informática ou de telemática. Desde 1988, com a novel ordem constitucional, perdeu-se a chance de reprimir inúmeros ilícitos penais, por ter o Constituinte remetido ao legislador ordinário a regulamentação das hipóteses em que a interceptação seria possível e a forma a ser observada.

Parece-me que, embora represente um nítido avanço, há certos equívocos na formulação do texto legal. Com o tempo, a

* Palestra proferida no Recife, no dia 14-11-96, a servidores da Justiça Federal, a convite do Centro de Estudos Judiciários da Seção Judiciária de Pernambuco.

jurisprudência e a doutrina cuidarão de sugerir os reparos exigidos pelo combate à criminalidade, para que, de fato, sejam positivos os resultados do emprego deste meio de prova na apuração de delitos. É preciso, indubitavelmente, flexibilizar o uso do referido meio.

2. A PREVISÃO DA DILIGÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A escuta telefônica está respaldada na própria Constituição Federal. Na realidade, embora estipule que a intimidade e a vida privada das pessoas, bem como o sigilo das comunicações telefônicas, são invioláveis, conforme os incs. X e XII, do art. 5º, da Lei Maior, a dita inviolabilidade, quanto a tal sigilo é relativa, admitindo-se o emprego do aludido expediente, com finalidades específicas e desde que de conformidade com normas legalmente estipuladas a respeito do tema. Transcrevo o que prescrevem os mencionados dispositivos:

Art. 5º ...

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

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.

Registro o pensamento de José Afonso da Silva, que assim se posicionou, em seu livro *Direito Constitucional Positivo*, da Malheiros Editores, 10ª ed.:

... Abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual. Vê-se que, mesmo na

exceção, a Constituição preordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para abusos. O objeto de tutela é dúplice: de um lado, a liberdade de manifestação de pensamento; de outro lado, o segredo, como expressão do direito à intimidade.

3. O CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIOLÓGICO

É fundamental analisar o contexto histórico-sociológico vivenciado na atualidade. O mundo hodierno exige do Poder Público a viabilização da *persecutio criminis*, para que se evite a formação de um verdadeiro *Estado Paralelo*, onde as regras da convivência social apenas são elaboradas no sentido do atendimento aos interesses dos malfeitores, que atuam, muitas das vezes, com o respaldo de expressivos setores da sociedade, marginalizados, em razão da inoperância do Estado em suprir as necessidades mais elementares dos cidadãos.

Recentemente, têm sido introduzidos no ordenamento jurídico pátrio inúmeros instrumentos para viabilizar um combate efetivo à criminalidade. São exemplos de tais inovações a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95) e aquela que previu a suspensão da prescrição, quando o paradeiro do acusado é ignorado, sendo citado por edital e revel. Mas, sem dúvida, merece destaque a Lei nº 9.296/96.

A escuta telefônica tem se revelado o principal, senão o único, meio de prova disponível para a constatação da materialidade de determinados delitos e de sua autoria, notadamente aqueles que não deixam rastros materiais a serem identificados por outros meios. A sofisticação e o profissionalismo de certos criminosos, principalmente, quando integram quadrilhas estruturadas, equipadas e organizadas, reclamam, obviamente, o emprego de mecanismo também modernos de investigação criminal.

Os grupos que se dedicam ao tráfico de drogas, contrabando, roubo a instituições financeiras, corrupção, procuram, a cada dia, aperfeiçoar, mais a mais, a prática delitiva, buscando eliminar ou

reduzir ao máximo os riscos do insucesso. A gravação de conversações por telefone, utilizada, inclusive, com frequência pela imprensa para produzir furos de reportagem, é um método bastante eficaz de descoberta da materialidade e da autoria delitivas.

A sociedade brasileira reclamava uma resposta do Estado, diante do incremento da criminalidade. O Poder Judiciário, de mãos atadas, nada poderia fazer a respeito, se a lei exigida pelo acima citado inc. XII do art. 5º, da Carta Magna, ainda *adormecia* no Congresso Nacional.

Magistrados, inclusive, foram injustamente execrados pela opinião pública, de forma desavisada ou, mesmo, por má fé, quando se sabe que não compete ao Poder Judiciário legislar. Notório foi o caso dos inhames, que repercutiu, bastante, na imprensa, em que foi verificada a presença de cocaína em tal vegetal, através de escuta telefônica, e, por não ter sido, ainda, editada a lei regulamentadora do comando constitucional, o colega Agapito Machado não pôde fundamentar sua sentença na prova colhida por aquele meio.

Infelizmente, quis-se levar ao descrédito o aludido magistrado, quando, finalmente, o Colendo Supremo Tribunal Federal se posicionou a respeito, firmando jurisprudência no sentido da não auto-aplicabilidade do dispositivo retrotranscrito. Registro trecho do livro de minha autoria, intitulado *A Repressão ao Crime Organizado - Inovações da Lei nº 9.034/95*, da Ed. Juruá, sobre a questão:

... Enquanto, a rigor, não se editar a lei reclamada pelo dispositivo da Lex Mater, concernente ao sigilo nas telecomunicações, restará inviável a elucidação de certos crimes, em prejuízo da societate. É bem verdade que o Código das Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), em seu art. 57, II, c, já dispunha sobre a questão, embora não tenha sido considerada recepcionada pela nova ordem constitucional, em virtude do fato, em primeiro lugar, do comando da Lei Maior reclamar a indicação, na norma legal, das situações e da

forma por meio da qual se processaria a quebra do sigilo das comunicações, tendo o Código da Telecomunicações se apresentado de modo bastante genérico, não se desincumbindo de tal exigência a contento. Em segundo lugar, como bem lembra Agapito Machado, no texto retrocitado, a lei em tela não faculta dita quebra aos agentes da Polícia Judiciária, mas, tão-somente, aos servidores das empresas de telecomunicações.

Invoca-se, comumente, que poderia a Polícia promover a escuta telefônica, não para obter as provas necessárias à incriminação do indiciado, mas para colher informações que levassem à produção de outras provas, não conduzindo ao feito, portanto, as conclusões da aduzida escuta. Seria, todavia, no entender do próprio Supremo Tribunal Federal, uma sub-reptícia forma de burlar o texto da norma constitucional, carente de regulamentação. resultaria, daí, igualmente inválido tal procedimento. O Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do Proc. 69.912-RS, emitiu voto, do qual importa extrair esta lição:

“... 33. Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do fruit of the poisonous tree é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. 34. De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular, e não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas. 35. Nossa experiência histórica, a que já aludi, em que a escuta telefônica era notória, mas não vinha nos autos, servia apenas para orientar a investigação, é a palmar evidência de que, ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida. 36. Na espécie, é inegável que só as informações

extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga, elementos também decisivos, de sua vez, na construção lógica da imputação formulada na denúncia, assim como na fundamentação das decisões condenatórias”

4. A PROTEÇÃO À INTIMIDADE

Como já registrei, anteriormente, a *Lex Mater* prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Como, a rigor, os incs. X e XII do seu art. 5º integram o mesmo núcleo de normas (Direitos e Garantias Fundamentais), não se podendo falar, assim, em uma hierarquização entre eles, impõe-se compatibilizar os seus textos interpretando, de modo sistêmico, as aludidas regras. Destarte, não se pode violar a intimidade e a vida privada, mas é possível adotar a escuta telefônica, para fins de investigação policial e de instrução criminal. É óbvio que as normas em tela não são necessariamente excludentes.

Pode e deve o juiz, diante dos requisitos impostos pela nova lei, autorizar a escuta telefônica. Esta, porém, não pode servir para atacar a vida privada e/ou a intimidade dos indivíduos em comunicação. Logo, apenas interessa colher, pela via da escuta, os elementos imprescindíveis à descoberta do cometimento ou da iminência do cometimento de uma infração penal e de seus autores e/ou partícipes.

Desta forma, a meu ver, será abusivo permitir, por exemplo, que órgãos de comunicação social tenham acesso a trechos das conversações captadas que exponham aspectos da intimidade dos agentes ou, o que é pior, que divulguem para a opinião pública os mencionados trechos. Aliás, deve ser repensado, a propósito, esta sanha de exposição, à curiosidade da coletividade, das diligências policiais, bem como dos indiciados ou denunciados, tanto em prejuízo do próprio curso das investigações e da instrução processual, que, em tese, reclama o sigilo para o seu sucesso,

como em violação ao consagrado princípio da presunção da inocência. Não se tolera, considerando que o agente é tido como inocente até o trânsito em julgamento de sentença penal condenatória, esta postura de vulneração ao seu direito à imagem, prejudicando-o pessoal e profissionalmente, quando, com frequência, pode vir a ser absolvido, sendo, no entanto, severamente penalizado pela imposição da pecha de criminoso pelos meios de comunicação. Inúmeros são os exemplos.

5. OS REQUISITOS LEGAIS

Em primeiro lugar, cumpre-me destacar os requisitos impostos pela própria norma constitucional. O dispositivo multireferido consigna que, necessariamente, a escuta telefônica deverá ser objeto de ordem judicial. É, pois, imperioso, que a autoridade responsável pela colheita da prova em tela solicite ao magistrado competente na espécie a autorização para a realização da diligência ou o mesmo, diante do contexto identificado, de ofício, a determine. A menção à expressão *ordem* significa que o pronunciamento do julgador antecede a dita diligência, não sendo meramente homologatório, mas traduzindo uma determinação a ser cumprida, rigorosamente, nos termos ali delimitados.

Ademais, há a exigência concernente ao objetivo da escuta telefônica. Apenas é permitida a adoção de tal expediente para o exercício da investigação policial ou para a instrução criminal. Assim, é incabível postular a escuta em análise para outras finalidades. É impertinente, por exemplo, o uso da mesma por ocasião da instrução processual civil. Note-se que a norma se refere a investigação, não se exigindo, portanto, que já tenha sido instaurado o competente inquérito policial.

Outros requisitos estão impostos na Lei nº 9.296/96. O art. 1º, do mencionado diploma, consigna que a escuta telefônica dependerá de ordem judicial (que deve ser prévia, senão se descaracteriza como ordem), sob sigilo de justiça. Esta cautela se justifica, por um lado, para proteger a intimidade das pessoas

envolvidas, assegurada constitucionalmente, e, por outro, para que o vazamento das informações não venha prejudicar a própria apuração dos fatos.

O parágrafo único, do citado artigo, esclarece o alcance da Lei, estabelecendo que a mesma se aplica, não só para a interceptação de comunicações telefônicas, como para a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Na atual conjuntura, não se pode desprezar o avanço da informática, sendo admitida, assim, também, a colheita dos dados obtidos por intermédio dos respectivos sistemas, inclusive através da rede Internet. Saliente-se que a norma constitucional, em nenhum momento, estipula como inviolável a comunicação promovida pelos aludidos sistemas. Com as cautelas cabíveis, é legítima a colheita das informações ali transmitidas.

Além disto, o art. 2º, da Lei em exame, elenca 3 (três) situações nas quais é vedada a interceptação de comunicações prevista na mesma. Primeiramente, é indispensável que estejam presentes indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal. É fundamental, pois, que determinados elementos deixem transparecer uma razoável suspeita de que alguém tenha colaborado com a tentativa ou a prática delituosa, como autor ou partícipe, e a escuta seja exigida pelas circunstâncias, a fim de elucidar a verdade material. É lógico que não se exige a certeza, mas a simples presença de indícios.

A segunda hipótese descrita consiste na situação em que a prova pode ser obtida por outros meios disponíveis. É claro que, se há condições de descobrir a verdade material, sem precisar lançar mão da escuta, a mesma não deve ser utilizada, considerando a sua óbvia excepcionalidade. Mas, a meu pensar, esta regra não exclui a possibilidade de se recorrer ao expediente em tela, a título complementar, quando os outros meios de prova não esclarecem, em plenitude, os fatos objeto da investigação ou da instrução criminal. Em contrapartida, se os outros meios oferecem condições para uma bem-sucedida apuração integral dos fatos, é vedada a adoção da escuta telefônica.

Finalmente, também não é possível a interceptação quando o fato investigado não constituir, em tese, infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Aqui, se analisa, de forma abstrata, evidentemente, a gravidade do delito atribuído a alguém, viabilizando o emprego da escuta tão-somente quando se trata de crime punido com pena de reclusão, *a contrario sensu*. Deste modo, infrações punidas com pena de detenção, sendo, pois, por decisão política dos responsáveis pela tipificação de condutas, consideradas menos graves, estão fora do alcance do diploma em apreciação. Partindo do pressuposto de que as contravenções são infrações de menor reprovabilidade e menos severamente sancionadas, apenas sendo admitida a privação de liberdade, em prisão simples, há de se compreender como também excluídas do alcance da Lei.

Há de se indagar, portanto, qual a natureza da pena cominada, na norma tipificadora, ao delito em tese objeto da investigação ou da instrução criminal. Se não for privativa de liberdade ou, sendo, se caracterizar como prisão simples ou detenção, não é cabível a escuta.

6. O PROCEDIMENTO LEGAL

Quanto ao procedimento pertinente à interceptação autorizada das comunicações, o art. 3º, da Lei nº 9.296/96, estabelece que a mesma pode ser ordenada, de ofício (ou seja, independentemente de qualquer provocação), ou a requerimento da autoridade policial ou do representante do Ministério Público Federal. No primeiro caso, apenas poderá a autoridade postular a realização de diligência na fase em que lhe incumbir a apuração dos fatos, ou seja, no curso do inquérito policial ou quando das investigações preliminares. No segundo caso, evidentemente, é pertinente a postulação tanto por ocasião do inquérito policial ou das meras investigações como após instaurada a ação penal.

Lamentavelmente, a Lei não se referiu ao querelante e ao assistente da acusação, sendo explícita a menção ao representante

do *Parquet*. Como o Juiz pode, *ex officio*, determinar a colheita da prova através do meio em questão, não vejo como impossível ao querelante ou ao assistente de acusação expor os fatos e destacar a importância da utilização da escuta telefônica, submetendo-a à apreciação do julgador. Eis uma interpretação que tenho como razoável.

O interessado, nos termos do parágrafo único do art. 2º, da Lei em análise, deve descrever, com clareza, a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Isto traduz o caráter excepcional, como antedito, da escuta telefônica. Mas, é claro, não se pode exigir a completa identificação da situação e dos investigados, sob pena de inviabilizar a própria utilidade da diligência. A norma objetiva, justamente, evitar abusos e desvios de conduta, na ação de interceptar as comunicações.

Ademais, ao provocar o pronunciamento jurisdicional, o interessado deve demonstrar, conforme os explícitos termos do art. 4º. *caput*, da Lei nº 9.296/96, que a diligência é necessária à apuração da suposta infração penal, indicando os meios a serem empregados.

Para agilizar e desburocratizar o procedimento a ser seguido, inclusive considerando que, às vezes, não há tempo suficiente para formalização do requerimento, a Lei admite, no § 1º, do mencionado art. 4º, que o mesmo seja formulado verbalmente, em caráter excepcional, insista-se, mas condiciona a concessão a sua redução a termo. O § 2º, do mesmo dispositivo, fixa o diminuto prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a apreciação do pleito, medida salutar, tendo em vista a circunstância de que, no caso, a demora pode tornar ineficaz a diligência.

O art. 5º consigna que a decisão deve ser fundamentada, registro totalmente dispensável, pois todas as decisões judiciais devem conter fundamentação. Assinala, ainda, que deve ser indicada a forma de execução da diligência apropriada à espécie. Finda por estabelecer que ela não poderá exceder o prazo de 15

(quinze) dias, renovável por igual tempo, caso comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Não indica por quantas vezes é possível a renovação do prazo. Ao se reportar a *igual tempo*, parece admitir apenas uma renovação. Mas, na verdade, não se pode tolerar a restrição à renovação do prazo, por tantas vezes quantas necessárias à apuração dos fatos, caso, como antedito, for evidenciada a indispensabilidade do emprego da escuta.

O procedimento propriamente dito de interceptação será executado, nos termos do art. 6º, da nova Lei, pela autoridade policial, com a imprescindível ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhá-la. É óbvio que, em função de sua natureza, a citada autoridade tem a prerrogativa de se valer da requisição dos serviços e dos técnicos especializados às concessionárias de serviço público, como, textualmente, assinala o dispositivo seguinte. Ao falar em requisitar, o art. 7º impôs, por conseguinte, à concessionária a obrigação de colaborar com a elucidação dos fatos, com as repercussões daí decorrentes.

Ainda no que tange à execução em si mesma da diligência, os §§ 1º, 2º e 3º, do citado art. 6º, da Lei em comento, prescrevem que, caso possível a gravação da comunicação objeto da interceptação, será realizada a sua transcrição, sendo encaminhado o resultado da escuta ao magistrado, acompanhado de um auto circunstanciado, onde serão resumidas as operações efetuadas. De posse de tais elementos, o Juiz cientificará a respeito o Ministério Público, determinando a autuação do incidente.

Quando o art. 8º, em seu *caput*, determinou que a interceptação ocorreria em autos apartados, quis, mais uma vez, assegurar a proteção à intimidade e à vida privada das pessoas envolvidas. Os aludidos autos serão apensados ao inquérito policial ou à ação criminal, na ocasião oportuna, nos termos do parágrafo único de tal dispositivo. No primeiro caso, imediatamente antes da juntada do relatório da autoridade policial. No segundo caso, quando da conclusão do processo ao juiz, para os fins preconizados nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal, dependendo da natureza do crime.

O art. 407 prevê que, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, os autos serão enviados ao Presidente do mesmo, para que este ordene as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade, inclusive com inquirição de testemunhas, deliberando, após, no sentido da pronúncia, da impronúncia ou da absolvição sumária.

O art. 502, tratando dos crimes de competência do juiz singular, estabelece que, depois das alegações finais, a ação criminal será submetida ao julgador, para que ele ordene as diligências que reputar necessárias, se for o caso.

Finalmente, o art. 538, atinente ao chamado *Processo Sumário*, também diz respeito à possibilidade do magistrado determinar a realização de diligências complementares ou que sejam sanados vícios identificados nos autos, antes de designar a sessão de audiência em que haverá o julgamento.

O objetivo da escuta telefônica consiste na colheita de elementos probatórios para a demonstração da materialidade e/ou da autoria delitivas. Em face de tal premissa, avulta abusiva a preservação da gravação de trechos de comunicações que não interessem, precisamente, à elucidação dos fatos objeto da investigação ou da instrução criminal. Por este motivo, o art. 9º, do diploma legal em exame, impõe a sua inutilização, por decisão judicial, durante o trâmite do inquérito policial ou da ação penal, ou após a sua conclusão, a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

O dispositivo não fez alusão à possibilidade de o juiz, de ofício, determinar a inutilização em tela. Na verdade, não é prudente deliberar a respeito da questão sem a oitiva das partes envolvidas. Se o magistrado reputa desnecessária e, até, inconveniente (no que atine à intimidade das pessoas cujas conversações foram gravadas) a preservação dos registros, deve consultar as partes interessadas na produção da prova, inclusive, obviamente, o acusado e, se elas não se opuserem ou, em se opondo à destruição, não oferecerem argumentos razoáveis para

tal posicionamento, determinar a providência que, *in casu*, lhe parecer oportuna.

Por medida de segurança, para evitar a destruição de trechos que possam interessar ao deslinde do feito, a inutilização será assistida pelo representante do Ministério Público, que, obviamente, é o interessado na produção da prova cabal a demonstrar a infração penal, considerando que ao acusado basta a dúvida sobre os fatos, facultando-se a presença do acusado ou de seu representante legal, que, para o exercício de tal prerrogativa, deverão ser regularmente intimados.

7. RIGIDEZ NO EMPREGO DA INTERCEPTAÇÃO

Percebe-se, ao longo do texto do novo diploma legal, que houve uma excessiva preocupação em fixar rígidos limites ao uso da interceptação de comunicações. Considerando que esta representa, inegavelmente, uma violação legitimada de elementares direitos do indivíduo, é salutar a imposição de limites. Porém, há que se reconhecer que houve exagero.

Em primeiro lugar, não se justifica a vedação, como já mencionei, da utilização da escuta telefônica para a apuração da eventual prática de delito punido, em tese, com a pena de detenção, prisão simples ou multa (não faço menção à pena restritiva de direitos, por seu caráter substitutivo, não sendo cominada, abstratamente, aos delitos). As infrações de menor gravidade apenas serão investigadas através dos demais mecanismos, afastando o procedimento aqui apreciado. Não foi, por outro lado, clara quanto à possibilidade da coexistência da interceptação com outros meios de prova, o que vai gerar, com certeza, conflitos na interpretação das normas.

Em segundo lugar, pecou por não admitir a postulação da realização da diligência pelo querelante ou pelo assistente de acusação. Logicamente, portanto, ficou, de modo indireto, inviável o emprego da interceptação na ação penal privada, considerando a disponibilidade do exercício da pretensão punitiva

característica de tal modalidade. Quanto à ação penal pública, apenas o *Parquet* poderia provocar o Juízo a determinar a utilização da mesma, caso interpretado literalmente o comando normativo em questão.

Outra falha consiste no fato de que há uma estreita vinculação entre o resultado da prova e um suposto delito especificamente descrito antes de sua colheita. Analisando a Lei de forma sistêmica, percebe-se que não é possível se valer de informações obtidas na escuta telefônica a respeito de um delito distinto daquele que justificou a realização da diligência. Assim, se, por exemplo, a autoridade policial pediu que fosse efetuada a interceptação, em face de indícios veementes acerca da prática do crime de descaminho, e, finda a diligência, são identificadas conversações que demonstram a prática do crime de tráfico de drogas, o material produzido desserve para respaldar a condenação por este último delito. Trata-se, sem dúvida, de um equívoco do legislador, engessando a possibilidade de utilização do resultado da escuta.

8. UM NOVO TIPO PENAL

O art. 10, da Lei em estudo, trouxe um novo tipo penal, descrevendo, como crime, a conduta de realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Cumpre-nos distinguir os 2 (dois) núcleos de ação contidos na regra em tela.

Fracionando o texto do dispositivo, tem-se como delitiva a interceptação realizada, sem autorização judicial. Evidentemente, a Lei nº 9.296/96, definindo o procedimento a ser adotado para, excepcionalmente, violar o direito ao sigilo das comunicações, como já comentei, exige uma autorização judicial prévia. A ausência de tal autorização vicia a diligência e, mais, transforma, de mera ação policial legítima, em infração penal. Qualquer pessoa que perpetrar tal conduta, como, por exemplo, um detetive

particular, estará, sem dúvida, se enquadrando como sujeito ativo do crime.

Mas também é criminosa a conduta consistente em realizar uma interceptação determinada pelo magistrado, porém, com objetivos não autorizados em lei. Apenas é admitida a dita diligência, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Se direcionada a outra finalidade, a interceptação constitui crime, ainda que precedida de autorização judicial. Não é cabível o emprego do mecanismo em análise para instruir feitos de outra natureza, muito menos para divulgar, sem a permissão das pessoas envolvidas, aspectos da intimidade e da vida privada das mesmas.

Com certeza, será razoável admitir como ilícita (e mais, criminosa) a postura assumida por determinados jornalistas, em divulgar trechos de conversações ou fluxo de comunicações, sem permissão dos interessados. A Lei é bastante clara ao restringir o uso da quebra do sigilo das comunicações, para fins de investigação criminal ou para instrução processual penal. A utilização com outros objetivos, muitas vezes inconfessáveis, deve dar ensejo à imposição da sanção criminal cominada à espécie.

Reporta-se, ainda, o dispositivo à quebra do segredo de Justiça. No caso, será sujeito ativo do delito em análise todo aquele que tiver acesso às informações e emprestar-lhe a publicidade indevida, comunicando o seu conteúdo a outrem ou à coletividade. Então, pode figurar como autor do crime em tela, em tese, a autoridade policial, o seu subordinado, o representante do Ministério Público, o advogado, o serventuário da Justiça, o magistrado ou o técnico de concessionária do serviço público, que, no exercício de suas atribuições, teve, legitimamente, a oportunidade de ter o referido acesso.

Também pode figurar como sujeito ativo, até mesmo, o próprio acusado da prática do crime sob investigação, considerando que pode, com seu comportamento, prejudicar a apuração dos fatos e, ainda, violar a intimidade do outro interlocutor. Com muito mais

razão, cometerá o delito quem, indevidamente obtendo as informações em tela, repassá-las a quem quer que seja.

Foram cominadas à prática do novo delito pena privativa de liberdade, na modalidade de reclusão, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e pena de multa, a título cumulativo, a ser fixada nos termos da Parte Geral do Código Penal, aplicável à espécie.

A VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.296/96

Estabeleceu o art. 11, do diploma legal aqui apreciado, que o mesmo entraria em vigor na data de sua publicação. Quanto aos preceitos consignados nos arts. 1º a 9º, da Lei em tela, obviamente, tratando-se, como se tratam, de normas processuais penais, aplicam-se, de imediato, às investigações, aos inquéritos e aos feitos em andamento, não sendo admissível, é claro, emprestar legalidade aos procedimentos de escuta telefônica ou de interceptação de fluxo de informações via informática ou telemática cuja execução foi iniciada antes da publicação da nova lei.

Entretanto, não concebo como impertinente permitir que, com relação aos pleitos formulados anteriormente à vigência da Lei, seja legítima, se expedida a ordem judicial quando em vigor a mesma, a realização da interceptação. No entanto, infelizmente, a interceptação iniciada antes e concluída após a publicação da Lei, está integralmente viciada, por não ter sido precedida do aludido pronunciamento judicial.

Evidentemente, quanto ao art. 10, que define novo tipo penal, não se caracterizam como crimes as ações enquadradas no seu texto perpetradas antes da vigência do diploma legal em exame, considerando o princípio consagrado no Direito Penal brasileiro, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o preveja.

10. CONCLUSÃO

Não se pode deixar de reconhecer a importância da edição da Lei nº 9.296/96, que, se bem utilizada, contribuirá, e muito, para apuração de delitos. Como já disse, deve ser respeitado o seu procedimento e há que se buscar o aperfeiçoamento do diploma legal, para o qual, com certeza, a jurisprudência e a doutrina pátrias saberão apontar os eventuais equívocos que só serão detectados com o passar do tempo.

É relevante, finalmente salientar, que a despeito do fato de que existe o interesse público na investigação de possíveis infrações, deve ser respeitado o direito das pessoas à intimidade e à vida privada. O investigado, como os seus interlocutores, é um ser humano, impondo-se, ainda que se cuide de delinquentes, a preservação dos elementares direitos individuais, devendo, destarte ser reprimida qualquer tentativa de enxovalhar a sua imagem, divulgando, indevidamente, o teor de suas conversações.