

---

# As interceptações telefônicas como prova cautelar e os princípios do contraditório e da ampla defesa

Evandro Dias Joaquim\*

José Roberto Martins Segalla\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

A interceptação de conversas telefônicas transformou-se em um poderoso meio do Estado para obtenção de provas no processo penal.

Trata-se de um instrumento necessário e importante para o combate da criminalidade, previsto na Constituição Federal, no art. 5º, inc. XII, segunda parte, com a ressalva de que somente pode ocorrer por ordem judicial, na forma da lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O procedimento de interceptação telefônica normalmente ocorre no curso de um inquérito policial, ou no bojo de outros procedimentos de investigação criminal, antes, portanto, do início da ação penal.

A questão aqui tratada assume foro de grande relevância principalmente por colocar em confronto valores de enorme grandeza, pois se de um lado

\* Advogado, Professor no Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru.

\*\*Promotor de Justiça aposentado, Professor no Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru

existe a necessidade do Estado investigar comportamentos criminosos valendo-se dos meios mais apropriados e adequados à obtenção das provas que persegue, não se pode olvidar que a Constituição Federal, por considerá-los direitos humanos fundamentais, confere inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, sendo de se destacar que a quebra do sigilo das conversações telefônicas atinge não apenas a pessoa do investigado, mas também outras que com ele se relacionam telefonicamente e que não necessariamente estão ligadas a prática de crimes.

Com a redação do art. 155 do Código de Processo Penal dada pela Lei 11.690/08 “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

**O objetivo do presente estudo é discutir, diante da importância da interceptação telefônica como meio de prova no processo penal e por sua natureza de prova cautelar, se é possível e, em sendo, como podem as pessoas investigadas assegurar a garantia do seu direito ao contraditório, participando da judicialização de uma prova que, normalmente, é obtida antes do início da ação penal.**

## **2 INTERCEPTAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA: PROVA CAUTELAR E CONTRADITÓRIO DIFERIDO**

A lei 11.690/08 alterou a redação do art. 155 do CPP, que ficou com a seguinte redação:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Na sua obra “Manual de Processo Penal”, o professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, VICENTE GRECO FILHO, analisando a nova redação dada ao art. 155 do CPP assim conclui:

A prova que pode fundamentar a condenação é aquela que tenha sido submetida ao contraditório perante o juiz.

Esta é a regra, que é mais que uma regra, é um princípio.<sup>1</sup>

Sabe-se que os elementos colhidos no inquérito policial – ou em outro procedimento preliminar de natureza investigatória -, devem ser judicializados, em decorrência do princípio da judicialização da provas, assim como em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A interceptação de conversa telefônica é normalmente produzida durante a investigação criminal, e, para embasar um decreto condenatório, deveria, necessariamente, passar pelo contraditório, no curso da instrução criminal.

Conforme expõem Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, “quanto aos elementos informativos colhidos na fase preliminar, não devem ser valorados na sentença; afinal, não foram passíveis de contraditório nem ampla defesa, e sequer estão no altiplano das provas.”<sup>2</sup>

O que o legislador fez na alteração do art. 155 do CPP foi tornar expresso o que já vinha sendo consagrado pela doutrina e jurisprudência, no sentido de vedar ao julgador a possibilidade de prolatar uma sentença condenatória caso para tanto se apóie de maneira decisiva em elementos colhidos na fase de investigação policial, longe do contraditório.

Pode-se afirmar que, com a alteração legislativa aqui mencionada e na esteira da reforma processual penal ocorrida no ano de 2008, passaram a existir duas categorias de provas: as realizadas perante o juiz, com respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, e aquelas que, colhidas na fase inquisitorial, sem aplicação das devidas garantias constitucionais, devem ser recebidas com necessária e imprescindível cautela, dando-se a elas um peso probatório não absoluto.

Desta forma, estas últimas provas, enquanto não submetidas ao crivo do contraditório no curso da instrução criminal, atuam apenas como elementos informativos, sem o lastro de segurança que acompanha uma prova judicializada.

Uma questão ergue-se, sendo ela o ponto central do presente trabalho, podendo assim ser resumida: se não há como o averiguado, o investigado, ou o indiciado exercitar o contraditório na fase de investigações criminais – no caso de interceptação telefônica, que produz provas tidas como cautelares – como pode a defesa do acusado, no momento da instrução criminal, no contraditório diferido, exercê-lo plenamente?

---

1 *Manual de Processo Penal*. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 205.

2 *Curso de Direito Processual Penal*. 4<sup>a</sup> ed. Salvador/BA: Podium, 2010, p. 369.

Entende-se a interceptação telefônica como prova de natureza cautelar, diante do risco de se perderem os elementos probatórios em decorrência do transcurso do tempo, e nesse caso, o contraditório é diferido, pelo fato de ser o exercício desta garantia realizado após a colheita da prova.

Sobre provas de natureza cautelar e o contraditório diferido, merece destaque a lição de Andrey Borges de Mendonça:

Assim, por exemplo, um exame de corpo de delito para constatar a presença de sêmen na vagina da mulher que foi estuprada. Caso não se faça o exame logo após o crime, ainda na fase do Inquérito Policial e sem o contraditório prévio ou concomitante, os vestígios desaparecerão, impossibilitando a sua realização em momento posterior. Justifica-se a exceção à regra em razão do risco de desaparecimento da prova e em atenção à busca da verdade real. Ademais, não se fere o princípio do contraditório, que, como vimos, será diferido para momento posterior, ou seja, no curso do processo.<sup>3</sup>

Conclui-se que a interceptação telefônica é prova cautelar, cuja judicialização, para fins de atendimento da ressalva contida no artigo 155 do Código de Processo Penal, se dá de forma diferida, ou seja, em momento posterior à sua produção.

Quando a interceptação telefônica é regularmente produzida, obedecendo aos dispositivos constitucionais e a Lei 9.296/96 (que trata da quebra do sigilo telefônico, regulamentando o inciso XII, parte final, do art. 5º, da Constituição Federal), o contraditório (diferido) se dá com a análise de todo o conteúdo do procedimento de interceptação telefônica, de modo a permitir que tanto a acusação quanto a defesa possam exercer suas atividades, questionando por inteiro a prova produzida, analisando desde a sua legalidade, do momento em que foi requerida até seu deferimento, e indo ao exame minucioso do conteúdo das transcrições, não deixando de lado qualquer elemento a ela ligado.

Por outro lado, a Lei nº 9.296/96, no seu art. 8º parágrafo único, prevê que a prova feita por meio da interceptação de conversa telefônica só será apensada aos autos no momento que estes forem conclusos para sentença, o que gera um impasse: como as partes poderão ter conhecimento do conteúdo e exercer o contraditório e a ampla defesa, participando da judicialização da prova colhida na fase de investigação, se apenas tomarão conhecimento do inteiro teor das conversas interceptadas no final do processo? Como se cumprirá o disposto no art. 155 do CPP, com a judicialização da prova?

A vista disto, uma conclusão se impõe: a convivência e coexistência dos dispositivos legais contidos no art. 155 do CPP e no art. 8º parágrafo único da Lei

---

<sup>3</sup> *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008, p. 158.

n.º 9.296/96 não é tranqüila dentro do nosso ordenamento jurídico, dificultando o exercício da garantia constitucional do contraditório, que na lição de Antonio Scarance Fernandes, tem como elementos essenciais “a necessidade de informação e a possibilidade de reação.”<sup>4</sup>

### 3 CONTRADITÓRIO DIFERIDO – AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS – ANÁLISE DO § 1º DO ART. 6º DA LEI 9.296/96

Dispõe o art. 6º da Lei 9.296/96 que “no caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada sua transcrição.”

A Lei prevê a possibilidade de interceptação telefônica sem que disto resulte a gravação das conversas. Neste caso, conforme afirma Guilherme de Souza Nucci, é “evidente que a prova não tem valia, a não ser que se pretenda ouvir os policiais que acompanharam as conversações interceptadas como testemunhas. Porém, assim sendo, o contraditório e a ampla defesa ficam muito dificultados.”<sup>5</sup> Vicente Grecco Filho, comentando a necessidade de transcrição integral das conversas interceptadas, afirma que se

a comunicação interceptada foi gravada, deverá ser transcrita, sem prejuízo de ser preservada e autenticada a fita original; se não foi, o resumo das operações deverá conter, também, sob responsabilidade de quem ouviu, o conteúdo das conversas interceptadas. Essa pessoa poderá, eventualmente, se necessário, em diligência determinada de ofício ou a requerimento das partes, ser ouvida em juízo.<sup>6</sup>

Ainda neste sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afirmam que “o resultado da interceptação – que é uma operação técnica – é fonte de prova. Meio de prova será o documento (a gravação e sua transcrição) a ser introduzido no processo.”<sup>7</sup>

Extrai-se, tanto do dispositivo legal, assim como da doutrina citada, que para a utilização das conversas interceptadas como provas, existem duas possibilidades:

---

4 *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 63.

5 *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 804.

6 *Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 53.

7 *As Nulidades no Processo Penal*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 167.

1ª – Existindo a gravação da conversa interceptada, deve ser feita a transcrição completa dos diálogos nela contidos;

2ª. Não havendo a gravação da conversa interceptada, os responsáveis pela interceptação devem apresentar um resumo dos diálogos e sujeitarem-se a ser ouvidos em juízo na qualidade de testemunhas.

De tudo isto é imperativo que se conclua não haver espaço e nem oportunidade para um terceiro tipo ou modelo de interceptação, aquele onde havendo gravação das conversas, procede-se como se ela não existisse, juntando-se aos autos apenas e tão somente extratos da conversa ou seja, resumos dos diálogos constantes nos relatórios, subjetivamente “selecionados”.

No caso de conversas interceptadas que não são gravadas, sendo apresentados relatórios elaborados por aquele que as ouviu (o que é uma temeridade diante da subjetividade das interpretações feitas), necessariamente, para que os relatórios tenham alguma validade como prova, deve o autor dos relatórios ser ouvido em juízo, sob o crivo do contraditório, medida esta que, diante da natureza cautelar da prova, deverá ser naturalmente diferido.

A lei determina que as gravações das conversas interceptadas devam ser integralmente transcritas. Neste sentido está a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

STF: HABEAS CORPUS VERSUS RECURSO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO DA IMPETRAÇÃO. O fato de a matéria versada no habeas constar como causa de pedir de apelação não o prejudica. HABEAS CORPUS - OBJETO. De início, tema veiculado no habeas corpus há de ter sido examinado pelo órgão anterior àquele a quem incumba o julgamento. PROVA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - FITAS - DEGRAVAÇÃO. Consoante dispõe a Lei nº 9.296/96, deve-se proceder à degravação de fitas referentes à interceptação telefônica. (g.n.)  
(Habeas Corpus 83.983/PR; Primeira Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Julgamento em 04/12/2007)

## 4 CONCLUSÃO

Para que o contraditório diferido, no caso de quebra de sigilo telefônico do indiciado na fase da investigação criminal, seja plenamente exercitado pelas partes no processo penal, as conversas telefônicas interceptadas e gravadas devem ser integralmente transcritas, cumprindo-se o disposto no art. 6º § 1º da Lei 9.296/96. Somente assim, a prova cautelarmente obtida poderá servir de base para a formação

da convicção do juiz, de acordo com a previsão contida no art. 155 do Código de Processo Penal.

Como forma de preservar a intimidade, a dignidade, a honra e a imagem das pessoas, a prova que for desinteressante (informações estranhas ao crime investigado, gravação de conversas com pessoas que não estejam envolvidas com os fatos apurados, ou assuntos pertinentes à vida íntima da pessoa que teve as conversas interceptadas) deve ser inutilizada, conforme disposição do art. 9º da Lei nº 9.296/96, ou, sendo transcritas, que sejam mantidas em sigilo.

## REFERÊNCIAS

FERNANDES, A. S. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, A. P., GOMES FILHO, A. M. e FERNANDES, A. S. **As Nulidades no Processo Penal**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA, A. B. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, G. S. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TÁVORA, N. e ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª ed. Salvador: Editora Podium, 2010.

GRECO FILHO, V. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Interceptação telefônica: (considerações sobre a Lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996)**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.