

## *Breves considerações sobre a Lei 9.296/96 - Interceptação telefônica*

PAULO RANGEL (\*)

- I. Visão constitucional - II. Conceito e natureza jurídica da interceptação telefônica - III. Causas impeditivas da interceptação telefônica - IV. Legitimidade para requerer a medida - V. Natureza jurídica da decisão que concede ou não a interceptação e recurso cabível - VI. Prazo da interceptação - VII. Degravação da interceptação telefônica - VIII. O princípio do contraditório diferido ou postergado - IX. Direito Intertemporal.

### *I - Visão constitucional*

A Constituição da República Federativa do Brasil assegurou, como direito fundamental, a inviolabilidade do sigilo de comunicação, como regra e, excepcionalmente, a interceptação, para fins de investigação criminal e instrução processual penal (cf. art. 5º, XII)

*“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*(...)*

*“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;”*

Desta forma, parece claro que o legislador constituinte estabeleceu como a regra o sigilo e como exceção a interceptação, porém somente no campo penal.

Indaga-se: a expressão “**último caso**” refere-se somente aos casos de **comunicação telefônica** ou engloba também os **dados**? E o que são dados? São dados da comunicação telefônica ou outros dados além dos da comunicação telefônica?

Pensamos, sem maiores delongas hermenêuticas, que o dispositivo constitucional está dividido em dois grupos, a saber: 1º grupo: sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas; 2º grupo: de dados e das comunicações telefônicas.

Assim, a expressão “último caso” açambarcaria dados e comunicações telefônicas, pois do contrário, o legislador deveria ter dito: “sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas” onde a expressão “último caso” teria como ponto de apoio somente a expressão isolada pela disjuntiva *e*.

Porém, não foi esta a opção do legislador constituinte. Quis e permitiu a quebra do sigilo de dados, sejam das comunicações telefônicas, sejam outros dados de comunicação.

A defendermos tese diferente estaríamos imaginando que o Constituinte somente se preocupou com a comunicação via telefone deixando de fora a comunicação de dados sem o uso de telefone. Ou seja, o criminoso da era da informática ou o criminoso via satélite ou da fibra óptica ou ainda o que utilizasse de infravermelho estaria protegido diante da norma constitucional. Nada mais errado.

É cediço que a interpretação literal de qualquer norma é a menos aconselhável e a pior possível.

Carlos Maximiliano assevera:

**“O processo gramatical, sobre ser o menos compatível com o progresso, é o mais antigo (único outrora). “O apego às palavras é um desses fenômenos que, no Direito como em tudo o mais, caracterizavam a falta de maturidade do desenvolvimento intelectual. (...) O primitivo hermeneuta fica adstrito aos domínios dos lexicógrafos e dos gramáticos (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 10ª edição, Ed. Forense 121/122)”**

Porém, não utilizamos somente este meio de interpretação para afirmarmos o que acima dissemos. Não. Atemo-nos ao fim primitivo e especial da norma que é condicionado pelo objetivo geral do Direito, mutável como a vida, que ele deve regular: O direito à vida, à segurança social, à paz e à tranquilidade das pessoas respeitando a *dignidade da pessoa humana, a cidadania* e, ainda, a liberdade *lato sensu*.

Desta forma, nos parece sensível que o direito fundamental assegurado no inciso XII do art. 5º (como todos os outros) não tem o caráter absoluto a ponto de restringir o alcance da expressão “último caso”, somente as comunicações telefônicas.

Não estamos mais vivendo o conceito primitivo de telefonia adotado pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62).

A interpretação progressiva, bem como o princípio da atualidade devem ser chamados pelo intérprete da norma. Ou seja, há que se adequar a norma constitucional à realidade tecnológica atual.

Vejam os que diz o Código Brasileiro de Telecomunicações quanto aos conceitos de telegrafia e telefonia:

*“LEI 4.117, DE 27/08/1962  
Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações.*

*CAPÍTULO II - Das Definições (artigos 4º a 9º)*

*Art. 4º - Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.*

*Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais.*

*Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.”  
(grifo nosso)*

O conceito era bem adequado à época em que a lei foi promulgada, porém hoje, perde razão de ser diante do avanço tecnológico.

Posto isto, há que se perceber que a intenção do legislador constituinte foi de restringir à esfera criminal os casos de interceptação telefônica. Assim, não há que se falar no cível de interceptação telefônica.

Porém, pode haver prova emprestada?

A questão é controvertida.

A doutrina entende por **prova emprestada** aquela que é admitida, produzida e valorada num processo e transportada documentalmentepara outro, visando neste a gerar os efeitos que lhe forem necessários diante do princípio do contraditório.

Pensamos que se admitirmos a prova emprestada, estaríamos por via oblíqua burlando o texto constitucional, que é expresso e claro: *para fins de investigação criminal e instrução processual penal.*

Assim, deve-se salientar que a regra é o sigilo e, excepcionalmente, a quebra deste sigilo através da interceptação e, por uma questão de hermenêutica, a interpretação da norma constitucional deve ser estrita.

No mesmo pensar estão os Professores **Luiz Flávio Gomes** e **Vicente Greco Filho**. Diz o primeiro:

*“Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser “emprestada”*

*(ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. (...) essa prova criminal deve permanecer em "segredo de justiça". É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1º.*" (Interceptação Telefônica, Ed. RT, pág. 118/119)

O mestre **Vicente Greco Filho** justifica seu posicionamento alegando que:

*"Os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada."* (Interceptação Telefônica, ed. Saraiva, pág. 24)

Entretanto, a voz autorizada da Professora **Ada Pellegrini Grinover** aceita a prova emprestada colhida através da interceptação telefônica desde que o processo penal tenha sido desenvolvido entre as mesmas partes. Eis suas palavras:

*"O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável."* (As Nulidades no Processo Penal, 6ª Edição, Ed. RT, pág. 194).

Posto isto, entendemos que a razão está com a primeira corrente. Não podemos criar situações de legitimidade de uma prova que, expressamente, é vedada pelo legislador constituinte. Há que se perquirir a vontade do legislador: admitir, excepcionalmente, a quebra do sigilo da comunicação visando a colheita de prova com o escopo de se atingir a verdade real no processo, já que não há outro meio de fazê-lo (cf. art. 5º, XII da *CRFB* c/c art. 1º c/c art. 2º, II c/c art. 4º, *caput*, ambos da lei 9.296/96).

## **II. Conceito e natureza jurídica da interceptação telefônica**

**Interceptação telefônica** é a captação feita por terceira pessoa de comunicação entre dois (ou mais) interlocutores sem o conhecimento de qualquer deles.

Não podemos confundir **interceptação telefônica** com a **escuta telefônica** que é

a mesma captação feita por terceiro da comunicação entre dois (ou mais) interlocutores, porém com o conhecimento de um deles (ou alguns deles). À primeira vista, pode parecer estranho comunicação telefônica entre três ou mais pessoas, porém, hodiernamente, no Rio de Janeiro, há um serviço telefônico oferecido pela **TELERJ** chamado **REUNIÃO**. Este serviço consiste na possibilidade de 11 pessoas mais o solicitante do serviço (portanto, doze pessoas) poderem, em determinada data e hora, previamente agendadas, conversarem entre si como se estivessem no mesmo local, sentados na mesma mesa de reunião. Neste caso, economiza-se tempo, dinheiro de aluguel de carros (se for necessário), hospedagem em hotel, gastos com alimentação e *etc...* É uma reunião entre até doze pessoas, através do telefone e somente entre elas.

Portanto, nada impede que uma pessoa que não esteja fazendo parte desta reunião, via comunicação telefônica, possa interceptá-la para fins espúrios, ou seja, para fins não autorizados em lei como, por exemplo, espionagem industrial, seqüestro, concorrência desleal e *etc...*

Assim, no caso de haver interceptação da comunicação por pessoa não participante da reunião e sem o conhecimento das demais haverá interceptação telefônica. Porém, havendo conhecimento de algum participante da reunião, haverá escuta telefônica.

Destarte, de acordo com as definições acima podemos asseverar que a **escuta ambiental** (aquela realizada clandestinamente em um recinto por uma das pessoas que ali se encontra) não está disciplinada na Lei 9.296/96, bem como, a **gravação telefônica clandestina** (aquela realizada por um dos interlocutores da conversação). Porém, não obstante estarem fora da disciplina da mencionada lei, podem estar açambarcadas pelo inciso X do art. 5º em confronto com o inciso LVI do mesmo artigo, ambos da **CRFB**.

A Lei 9.296/96, em seu artigo 2º, estabeleceu, de forma inversa, as condições necessárias para a interceptação telefônica, esquecendo-se que a regra é o sigilo e a exceção a interceptação. Assim, por uma questão comezinha de hermenêutica jurídica, a lei deveria estabelecer em quais casos seriam admissíveis a interceptação telefônica e não o contrário. Porém ... não o fez.

A exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal (cf. art. 2º, I) deixa clara a presença do *fumus boni iuris* como primeiro pressuposto da medida cumulada com a inexistência de outros meios de prova disponíveis para a obtenção das informações necessárias, representando, assim, o *periculum in mora*. Neste último caso, evidencia-se a necessidade e a urgência da medida.

Posto isto, não temos dúvidas em afirmarmos que a natureza jurídica da medida de interceptação telefônica é **CAUTELAR**. Portanto, de índole normativa processual.

A medida cautelar poderá ser deferida para colheita de informações necessárias a viabilizar a propositura da ação penal e chamaremos de **medida cautelar preparatória** (art. 3º, I) ou deferida no curso da instrução criminal surgindo a **medida cautelar incidental** (art. 3º, II), porém em ambos os casos, *inaudita altera pars*.

A identificação da natureza jurídica da medida é importante para trabalharmos com as questões que irão surgir envolvendo direito intertemporal. Ou seja, as provas colhidas, por decisão judicial, antes da entrada em vigor da norma e as que, já na vigência da norma, também por determinação judicial, foram colhidas para apurar fatos ocorridos antes de sua vigência (cf. *infra*, item IX).

### III. Causas impeditivas da interceptação telefônica

O artigo 2º da lei das interceptações telefônicas estabeleceu a regra em vez de dispor da exceção, pois é esta que deve estar prevista em lei.

O legislador preferiu dizer quando não se admite, em vez de dizer quando seria admissível, fazendo o intérprete olhar o dispositivo pelo avesso.

As duas primeiras hipóteses foram vistas acima: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (art. 2º, I e II), ressaltando o caráter de medida cautelar.

A terceira está descrita no inciso III do mesmo artigo. Diz ele: *o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção*.

Quando a lei se refere a *fato investigado* claro está que a interceptação telefônica somente poderá ser feita para apurar fato pretérito e não futuro. Ou seja, não poderá (ou não deverá) ser concedida medida cautelar de interceptação telefônica para se investigar a vida de uma determinada pessoa, se a mesma vai ou não cometer um ilícito penal, mesmo tratando-se de pessoa com antecedentes criminais. Não. O fato já tem que ter sido praticado e sendo objeto de investigação criminal em inquérito policial ou peças de informação.

O dispositivo legal acima, ao se referir à infração penal punida no máximo com pena de detenção, exclui todas as contravenções penais por força do art. 5º da Lei das Contravenções Penais. Admitindo-se, portanto, somente nos crimes punidos com pena de reclusão.

Porém, neste caso, há que se interpretar sistematicamente o dispositivo legal e entender qual a sua verdadeira aplicabilidade.

Pensamos que não são todos os crimes punidos com pena de reclusão que admitirão a excepcional medida cautelar.

Hoje temos infrações penais de menor potencial ofensivo, disciplinadas pela lei 9.099/95 (cf. art. 61) com institutos visando a despenalização. O que significa dizer que não há crime punido com pena máxima de reclusão igual ou inferior a um ano.

A doutrina cria outra espécie de infração penal com base na citada Lei dos Juizados Especiais Criminais: a de **médio potencial ofensivo**. São aquelas cujo o mínimo cominado em abstrato for igual ou inferior a um ano admitindo, assim, a **suspensão condicional do processo**.

Desta forma, perguntamos: qual o interesse em se admitir a interceptação telefônica (medida de caráter excepcional) em uma infração penal que, uma vez descoberta, será oferecida denúncia com pedido de suspensão condicional do processo?

Pensamos, nenhum.

Assim, nossa afirmação é de que somente poderá haver interceptação telefônica nos crimes punidos com pena de reclusão de **maior potencial ofensivo**.

O intérprete deve neste momento fazer uma interpretação sistemática e teleológica e verificar o que quis o legislador nesta redação defeituosa do inciso III. Com certeza não quis permitir a interceptação telefônica para apurar um furto simples que admitirá (sob seu aspecto objetivo) a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais.

A lei, ao exigir a descrição clara da situação objeto da investigação, é porque considera (como já afirmamos acima) que o fato criminoso já ocorrera (cf. parágrafo único do art. 3º). Porém, pode surgir uma dúvida: como fica o conhecimento fortuito de outros fatos ocasionados pela interceptação lícita?

Exemplo:

Durante a investigação de um homicídio doloso qualificado é concedida a interceptação telefônica nos termos precisos da lei objeto de comentários.

Ocorre que durante a interceptação descobre-se a prática de um roubo praticado pelo investigado.

Seria lícita a obtenção desta prova?

Não temos dúvida em afirmar que sim. Pois, do contrário, seria entendermos que do **lícito** adveio o **ilícito**. Não. Não podemos assim entender.

A interceptação foi realizada nos estritos limites da lei; o que dela advier deve ser considerado como consequência do respeito à ordem jurídica, e a aceitação é em prol da sua manutenção.

Mas se o crime descoberto fortuitamente por si só não admitir a interceptação telefônica? Ou seja, tratar-se de um crime apenado com detenção?

Defendemos a mesma idéia acima exposta. Porém, fazemos uma consideração.

O § 2º do art. 6º da lei de interceptação telefônica impõe à autoridade policial a diligência de lavrar um auto circunstanciado contendo o resumo das operações realizadas e encaminhar ao Juiz para que adote as providências do art. 8º da mesma lei.

Neste caso, se houver conexão entre o fato descoberto fortuitamente e o investigado, aplicar-se-ão as regras de conexão previstas nos arts. 76 e segs. do CPP. Entretanto, não havendo conexão, aplica-se a regra do art. 40 da Lei Processual Penal, ou seja, o juiz remete ao Ministério Público, desde que trata-se de crime de ação penal pública.

Assim, aceitamos como lícita a prova colhida de fato descoberto fortuitamente com as considerações acima expostas.

#### **IV. Legitimidade para requerer a medida**

O legislador da 9.296/96 conferiu legitimidade à autoridade policial e ao Ministério Público para requererem a medida cautelar de interceptação telefônica e estabeleceu a possibilidade do Juiz concedê-la de ofício, porém nada mencionou

quanto à legitimidade do querelante (titular exclusivo da ação penal de iniciativa privada) de requerer a medida.

Pensamos que o legislador, embora nada tenha mencionado, não impediu o querelante de requerer a medida, pois aonde há a mesma razão fundamental deve se aplicar a mesma regra de direito, princípio comezinho de hermenêutica.

Não devemos pensar que os crimes de ação penal de iniciativa privada são delitos, em regra, apenados com detenção (cf. arts. 138, 139, 140, 163 c/c 167 todos do CP) e, neste caso, excluídos por determinação legal (cf. art. 2º, III da Lei em comento). Não. O raciocínio, embora correto, encontra exceção nos arts. 213 e segs. do CP, ou seja, nos crimes contra os costumes em que a natureza da pena é de reclusão.

Assim, pensamos ser admissível ao querelante requerer a medida de interceptação em um crime apenado com reclusão, desde que presentes os demais requisitos exigidos pela lei. Pois, seria um contra-senso admitirmos a interceptação em um crime de estupro quando a ação penal fosse pública, e não admitirmos quando a ação penal fosse de iniciativa privada.

As regras de hermenêutica repudiam este raciocínio.

Questão ainda que atormenta a doutrina é a legitimidade conferida ao Juiz de conceder de ofício a medida, entendendo alguns autores ser inconstitucional o agir de ofício do Juiz.

*“É inconstitucional a interceptação telefônica “de ofício”, em consequência, porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual. (...) Tomar a iniciativa da prova “compromete psicologicamente o Juiz em sua imparcialidade”. O Juiz não pode ter idéias preconcebidas sobre o que vai decidir” (Luiz Flávio Gomes - Interceptação Telefônica - Ed. Revista dos Tribunais - págs. 201/202 e 205).*

*Data venia* do renomado jurista, ousamos divergir.

Há que se perquirir a vontade do legislador e fazermos uma interpretação sistemática.

A lei ao admitir ao Juiz agir de ofício está em perfeita harmonia com o sistema e o princípio adotado entre nós: sistema do livre convencimento e o princípio da verdade real.

No Direito Processual moderno, o Juiz foi restituído a sua própria consciência. Diz a Exposição de Motivos do Código:

*“Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade.”*  
(EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS - Item VII).

Assim, devemos ressaltar que o Juiz **não** deve conceder de ofício a medida **cautelar preparatória**, pois esta deverá ser requerida pelo Ministério Público (*dominus litis*) ou mediante representação da autoridade policial, pois, pelo sistema acusatório adotado entre nós, o Juiz foi afastado da persecução penal. Porém, nada obsta que a medida **cautelar incidental** (adotada no curso do processo) possa ser deferida pelo Juiz de ofício em nome do princípio da verdade real e de acordo com o sistema do livre convencimento. Pois, se sustentarmos tese contrária, o Juiz também não mais poderia decretar medida cautelar pessoal de ofício (prisão preventiva) ou medida cautelar real (busca e apreensão).

Assim, fazemos distinção: no curso do inquérito policial não pode (e não deve) o Juiz decretar a medida de ofício; porém, no curso do processo, nada obsta que o faça, em nome dos postulados acima mencionados.

**Marcellus Polastri Lima**, em recente brilhante obra, com a clareza e objetividade que lhe são peculiares, atesta:

*“... na fase inquisitiva preparatória, não pode haver ingerência judicial, a não ser em razão de medidas cautelares e controle de legalidade, sendo que o destinatário das investigações criminais, em caso de ação penal pública, conforme a norma constitucional insculpida no art. 129, I, da Lei Maior, é sempre o Ministério Público.”* (Ministério Público e Persecução Criminal, Ed. Lumen Juris - pág. 53).

## **V. Natureza jurídica da decisão que concede ou não a interceptação telefônica e recurso cabível**

A natureza da decisão que concede a interceptação telefônica deve ser vista sob dois prismas: o primeiro, é em que momento ela é concedida, e o segundo, o princípio que a informa.

Tratando-se de medida **cautelar preparatória**, portanto, concedida na fase do inquérito policial ou da investigação criminal, o teor da decisão, não obstante provir

do órgão judiciário, é **decisão judicial administrativa**. Não se trata de ato jurisdicional e sim judicial.

Porém, tratando-se de medida **cautelar incidental**, portanto, concedida na fase da instrução criminal, trata-se de **decisão interlocutória**.

A medida cautelar preparatória ou incidental deve ser concedida sob segredo de justiça, ou seja, informada pelo princípio da **publicidade interna restrita**. *Inaudita altera pars*.

Posto isto, percebe-se que, tratando-se de decisão judicial (fase do inquérito policial) não cabe recurso (nem ação autônoma de impugnação) por parte da autoridade policial, pois não há previsão em nenhuma parte da legislação processual de recurso de Delegado de Polícia contra ato de Juiz (salvo como parte propriamente dita em uma relação jurídica processual) porém, legitimidade tem o Ministério Público para impugnar a decisão que concede ou não a interceptação telefônica, seja na fase do inquérito policial, seja no curso da instrução processual penal.

Pensamos que a medida judicial cabível é o mandado de segurança, pois há a necessidade de defender o direito líquido e certo do Ministério Público de *persecução penal*, nos exatos limites previstos no art. 129, incs. I, VII e VIII da **CRFB**.

A impetração do mandado de segurança é recomendável não só por entendermos que a hipótese se amolda aos seus requisitos, mas também, para evitarmos o inconveniente da ausência de contra-razões recursais, caso o intérprete entenda que a medida judicial cabível seja o recurso de apelação com fulcro no art. 593, II do CPP. Pois, neste caso, seria um contra-senso chamarmos o investigado ou acusado para contra-arrazoar um recurso de uma decisão que foi prolatada *inaudita altera pars*, pois, se houver concessão da segurança, o segredo de justiça continua mantido em relação ao investigado ou acusado.

Outra questão que poderá surgir é a da possibilidade do **assistente de acusação** poder ou não requerer a medida de interceptação.

Pensamos (não obstante as discussões acerca da revogação ou não do assistente frente ao art. 129, I, da CRFB) que a hipótese se encaixa perfeitamente no art. 271 do CPP quando diz: ... *propor meios de prova* ... . Ora, se pode propor meios de provas, por que não propor a interceptação telefônica, que é um meio de prova reconhecido pela própria lei? (cf. art. 2º, II).

Assim, mesmo no (aparente) silêncio da lei, entendemos possível ao assistente de acusação requerer a medida, pois a omissão do legislador não poderá levar o intérprete a deixar de aplicar a analogia ou os princípios gerais do direito, sempre nos exatos limites estabelecidos nos arts. 4º da **LICC** e 126 do **CPC**.

## **VI. Prazo da interceptação**

Tratando-se de medida cautelar e, portanto, de medida de caráter excepcional, pois já se disse alhures que a regra é o sigilo e a exceção é a interceptação, o legislador estabeleceu um prazo para que a medida tenha duração: 15 dias, renovável por igual

tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova (cf. art. 5º da Lei em comento).

Primeiro, entendemos que a contagem deste prazo deve ser feita nos termos do art. 10 do CP e não do § 1º do art. 798 do CPP. Pois, é mais vantajoso para o investigado ou acusado incluir o dia do começo.

Segundo, a expressão usada pelo legislador (*renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*) não pode levar o intérprete a pensar que só há renovação uma única vez, mas sim, que a expressão **uma vez** se refere a comprovada indispensabilidade do meio de prova, ou seja, desde que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Portanto, tratando-se de medida cautelar, poderá ser adotada tantas vezes quantas forem necessárias.

## VII. Degravação da interceptação telefônica

A expressão Degravação não encontra significado no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, porém a doutrina entende como sendo a **transcrição** da gravação telefônica, ou seja, a documentação do meio de prova.

A Degravação, portanto, é necessária para que, posteriormente, o acusado, ao exercer o contraditório diferido (cf. *infra*, item VIII), possa tentar demonstrar que aquela voz não é sua e submetê-la à perícia de espectrograma (autenticidade de voz feita por computador).

Assim, a autoridade policial lavra um auto circunstanciado documentando a operação técnica realizada, documento este que, encaminhado ao Juiz, permite-lhe aplicar, se for o caso, a hipótese prevista no art. 40 do CPP quanto aos fatos fortuitamente descobertos.

A colheita da comunicação telefônica ou de seus dados sofrerá o crivo do contraditório, motivo pelo qual deve ser documentada para que possa ser objeto de análise pelos sujeitos processuais.

## VIII. O Princípio do contraditório diferido ou postergado

A Lei, ao estatuir o princípio da publicidade interna restrita (cf. art. 1º, *in fine*) exigiu, *a contrario sensu*, que se adotasse o princípio do contraditório diferido, ou seja, retardado, demorado, pois não há como se adotar uma medida cautelar desta natureza sem privar (naquele momento) o réu do conhecimento da medida que será adotada em seu desfavor.

Assim, não podemos pensar que, pelo fato da medida ser adotada *inaudita altera pars*, não haverá o contraditório. Não. O contraditório é dogma constitucional e não pode deixar de ser adotado no curso de um processo regularmente instaurado.

O Devido Processo Legal exige a presença do contraditório após a colheita do material probatório, necessária à elucidação do fato, contraditório este sem o qual o processo será manifestamente nulo.

Destarte, pensamos que a melhor fase para submeter a prova colhida ao crivo do contraditório é após a apensação dos autos apartados ao processo criminal, na fase prevista nos arts. 407 e 502 do CPP.

A menção da lei ao art. 538 do CPP (cf. art. 8º, parágrafo único) é equivocada, pois este trata do rito processual dos crimes apenados com detenção e nestas hipóteses não se admite a interceptação telefônica.

### IX. Direito Intertemporal

É cediço em doutrina que a norma processual não tem efeito retroativo, mas sim, que aplica-se desde logo, ou seja, imediatamente.

Frederico Marques, com a inteligência que lhe é peculiar, ressalta em seus *Elementos* que:

*“O erro dos que falam em lei processual retroativa está em que focalizam a aplicabilidade da norma, não em função do processo, e, sim, relativamente ao crime que deste é objeto. (...) A norma processual regula e disciplina os atos e as atividades processuais, e não o direito de punir. Promulgada uma lei de processo, claro está que não pode atingir a relação jurídico material em que se consubstancia o ius puniendi, visto que seu objeto é diverso. Também refogem a sua obrigatoriedade atos processuais anteriormente realizados. Só os atos que daí por diante forem praticados entrarão na órbita da lei nova.” (Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, 1997, pág. 55)*

Assim, a natureza jurídica da interceptação telefônica, como medida cautelar, resolve as questões de direito intertemporal, pois, tratando-se de matéria de índole processual, é de aplicar-se desde logo, sem prejuízo dos atos praticados na vigência da lei anterior. Ou seja, trata-se da aplicação do princípio da imediatidade (cf. art. 2º do CPP).

Os crimes cometidos **antes** da entrada em vigor da norma, mas que, porém, tiveram a decretação da medida cautelar **durante** a vigência da mesma (da lei 9.296/96) estarão sendo apurados dentro de um devido processo legal sem a incidência do disposto no inciso LVI do art. 5º da CRFB.

Já os crimes cometidos **antes** da entrada em vigor da norma e que, no mesmo período, tiveram a decretação da medida cautelar de interceptação telefônica estarão sendo apurados ao arrepio do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, ou seja, farão surgir as provas ilícitas que contaminara todo o processo.

Destarte, não importa se o fato - crime ocorreu **antes** da entrada em vigor da norma, mas sim, se a decisão judicial foi prolatada durante a vigência da Lei 9.296/96, pois, do contrário, a prova será ilícita.

Posto isto, o que importa é saber se a decisão judicial foi proferida no curso da vigência da lei, seja o fato - crime anterior ou posterior à entrada em vigor da norma.

Não se leva em conta a data do crime, mas sim, a época em que foi deferida a interceptação telefônica (porque neste ponto a norma é processual).

O Supremo Tribunal Federal já sufragou este entendimento no Acórdão nº 69.912, de 16/12/93, cujo Relator foi o Ministro **Sepúlveda Pertence**.

Estas são as pequenas considerações que tínhamos para tecer acerca da Lei 9.296/96 e, desde já, afirmamos que este estudo está sujeito a alterações por parte de seu autor.

---

(\*) **Paulo Rangel** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito Cândido Mendes e do Curso CEPAD. Mestrando da Universidade Gama Filho.

---