

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA E OS
LIMITES DE SUA LICITUDE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

RHEBEKA BOTELHO OUREM

Rio De Janeiro

2017/1

RHEBEKA BOTELHO OUREM

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA E OS
LIMITES DE SUA LICITUDE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms.: Nilo César M. Pompilio da Hora**

Rio de Janeiro

2017/1

O93i Ourem, Rhebeka Botelho
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE
PROVA E OS LIMITES DE SUA LICITUDE NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO / Rhebeka Botelho Ourem. -- Rio de
Janeiro, 2017.
66 f.

Orientador: Nilo Cesar M. Pompilio da Hora.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Interceptação Telefônica . 2. Processo Penal .
3. Faculdade Nacional de Direito. 4. Universidade
Federal do Rio de Janeiro . I. Hora, Nilo Cesar M.
Pompilio da, orient. II. Título.

CDD 341.2738

RHEBEKA BOTELHO OUREM

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA E OS
LIMITES DE SUA LICITUDE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms.: Nilo César M. Pompilio da Hora**

Data da Aprovação: __/__/__

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/1

RESUMO:

A presente monografia tem como objetivo analisar a medida de interceptação telefônica em juízo penal, regulada na Lei nº 9.296/96. É assegurada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, a inviolabilidade do sigilo, entre outros, das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. O trabalho pretende analisar os pressupostos legais e constitucionais para a autorização, bem como da decretação judicial do meio de obtenção de prova de caráter excepcional, condicionado a requisitos específicos, qual seja, a interceptação telefônica, examinando-se a possibilidade da realização de uma invasão na esfera da intimidade dos indivíduos, promovendo a violação aos direitos fundamentais da personalidade quanto à privacidade. Contudo, a medida é cada vez mais concedida no atual sistema punitivista, de nuance inquisitorial, afastando determinados direitos em favorecimento de outros. Pretende a pesquisa demonstrar o caráter *neo-inquisitorial* do cenário atual, difundido nos ideais judiciais, que promove o prolongamento interminável de prazos de forma arbitrária, suprimindo direitos. Para mais, tenciona demonstrar a verdadeira ausência de aparato procedimental, no sentido de garantir direitos, no âmbito das interceptações telefônicas, valendo-se de invasões à esfera privada, que por vezes ocorrem de maneira ilícita.

Palavras-chave: Processo Penal; Interceptação telefônica; Direitos Fundamentais; Meios de obtenção de prova.

ABSTRACT:

The present research paper means to analyze the telephone interception measure in the criminal court, regulated by the Law No.9.296/96. The 1988 Federal Constitution ensures, on its 5th article, the secrecy inviolability, among others, concerning telephone communication, except by court order, for purposes of criminal investigation or criminal procedural instruction. The essay intends to dissect Legal and constitutional assumptions for not only the authorization, but also the Judicial decree of this exceptional, conditioned to specific requirements, resource of obtaining evidence, the telephone interception. It also aims to discuss the possibility of hazard of eventual violation of individual's intimacy, which leads to offense to fundamental rights regarding privacy aspects. Nevertheless, the measure has been increasingly granted in the current punitive system of inquisitorial implication, withdrawing certain rights in favor of other ones. The dissertation aims to establish the *neo-inquisitorial* features of the current scenario, widespread in the judicial ideals, which promotes the endless lengthening of deadlines, thus hastily suppressing rights. Furthermore it is expected to infer the true lack of procedural structure, in order to guarantee rights, on the subject of telephone interceptions, diminishing privacy by performing incursions inside the private field, which may occur in an illicit manner.

Key Words: Criminal Proceeding; Telephone interception; Fundamental Rights; Means of obtaining evidence

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – A IMPORTÂNCIA DA PROVA PARA A EFICÁCIA DO PROCESSO CRIMINAL	10
1.1 Meio de Prova	11
1.2 A vedação à prova ilícita	14
CAPÍTULO 2 – A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL	17
2.1 Análise histórica	18
<i>2.1.1 Período anterior à CF/88</i>	19
<i>2.1.2 A Lei nº 9.296/96</i>	21
2.2 A natureza cautelar	23
2.3 Os critérios autorizadores	25
2.4 O momento da decretação	28
2.5 Teoria dos “frutos da árvore envenenada”	30
2.6 Teoria do Encontro Fortuito de Provas - A serendipidade nas interceptações telefônicas	31
<i>2.6.1 A necessidade de vinculação causal da prova</i>	32
2.7 Teoria da exclusão da ilicitude	36
2.8 Os prazos	37
<i>2.8.1 A renovação do prazo</i>	38

2.8.2 A interceptação ilícita por prospecção	43
---	-----------

CAPÍTULO 3 - A MANUTENÇÃO DO SIGILO NA INTERCEPTAÇÃO

TELEFÔNICA	45
-------------------------	-----------

3.1 O direito fundamental à privacidade	48
--	-----------

3.2 O crime de quebra de sigilo telefônico	50
---	-----------

3.3 Análise da quebra de sigilo telefônico no âmbito da <i>Operação LavaJato</i>	52
---	-----------

3.4 Consequências da vinculação midiática	57
--	-----------

CONCLUSÃO	60
------------------------	-----------

REFERÊNCIAS	64
--------------------------	-----------

INTRODUÇÃO:

A inviolabilidade das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas encontra-se prevista na Constituição Federal de 1988, sendo possível a interceptação da comunicação telefônica, por meio de autorização judicial, para os casos de investigação criminal ou instrução processual penal, nos parâmetros estabelecidos em lei própria, conforme versa o artigo 5º, inciso XII, do referido diploma.

Por tratar-se de previsão restritiva de direitos fundamentais, no caso à intimidade e à vida privada, existia a necessidade de estabelecer, em que critérios, a partir do ordenamento, se dariam as situações onde seria primordial realizar uma invasão nessa esfera de intimidade. Com isso, o legislador deu tratamento específico ao sigilo das comunicações telefônicas, não apenas sob o manto do direito à privacidade, de forma genérica, mas também como regra protetiva autônoma, no referido texto da Lei Maior.

Inicialmente, no período de 1988 a 1996, não era possível realizar interceptações telefônicas lícitamente, já que não existia lei que regulasse o dispositivo constitucional citado. Então, a partir da promulgação da Lei nº 9.296/96, tornou-se possível a realização de interceptações telefônicas para os casos em que houvesse indícios razoáveis de autoria ou participação em crime punível com pena de reclusão, e onde, também, não houvesse outro meio de prova, menos invasivo, capaz de definir a autoria e materialidade da infração.

Nesse sentido, entendendo-se que a temática das interceptações telefônicas consiste em meio de obtenção de prova, demonstra-se imprescindível a análise do conceito desta e a sua efetiva importância para a investigação criminal e instrução processual penal. Ressalte-se que o conceito de prova utilizada no processo penal não se resume a evidenciar um fato novo. Devem ser observadas as limitações constitucionais para a sua obtenção e subsequente incorporação ao processo, pois a prova obtida de forma ilícita não é amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina conceitua diversas outras formas de violações às comunicações sobre as quais se apresenta interessante pontuar, em um primeiro momento, a fim de delimitar em que consiste a interceptação telefônica.

Tenciona-se, também, analisar a natureza cautelar das interceptações telefônicas - que, conforme será visto, ocorre, também, de forma incidental no processo. Com isso, serão objeto de estudo os critérios autorizadores da medida, bem como as particularidades do momento de sua decretação.

Outrossim, o conteúdo se voltará para a discussão da validade do uso de prova fortuita obtida por interceptação telefônica. Diferentemente da aludida prova ilícita, a prova fortuita não é vedada, cabendo ao judiciário sua valoração, conforme o caso concreto. Sendo assim, por apresentar-se diversificado, o entendimento jurisprudencial acerca dessa temática não é consolidado, sendo relevante a sua discussão.

Para mais, outro ponto que se apresenta significativo diz respeito à ausência de delimitação de um prazo para a realização das interceptações telefônicas. No sentido que a própria legitimidade de uma prova que se estabelece nesses moldes se torna amplamente questionável e reforça o modelo inquisitorial do sistema penal. Evidencia-se, assim, não mais um meio secundário de investigação, mas um meio extraprocessual de obtenção de provas, frequentemente utilizado no sentido de direcionar a investigação criminal.

Após, diante da atualidade dessa temática, propõe-se ao estudo da questão do dever sigilo das interceptações telefônicas. Rezarizar-se-á a defesa do tema, pontuando-se o crime de quebra de sigredo de justiça e suas excepcionalidades na hipótese dessa medida. Dando continuidade, será feito o estudo da quebra de sigilo telefônico no âmbito da Operação LavaJato, bem como analisada em que consequências importou a vinculação midiática das interceptações naquela operação da polícia federal, que, de certa forma, vem alterando as dinâmica do processo penal atual em sede de direitos fundamentais.

Dessa forma, o trabalho pretende tratar da eficácia da interceptação telefônica, no sentido de não ultrapassar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. A crescente

flexibilização da dignidade da pessoa humana e do direito à privacidade leva a danos irreparáveis à esfera individual. Sendo assim, resta, novamente, a cargo do magistrado a ponderação acerca dos direitos que poderiam ser, de certa forma, flexibilizados e os que deverão permanecer sob tutela, em sede de interceptações.

Com isso, a temática controvertida e atual que se apresenta traz à tona questionamentos acerca dos limites que o direito alcança tendo em vista os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada. O que se observa, por vezes, é a ruptura com as garantias fundamentais e os princípios da dignidade da pessoa humana em prol da efetividade da persecução penal.

Assim sendo, objetiva-se, por meio do presente trabalho, prestar os devidos esclarecimentos à comunidade jurídica acadêmica, no sentido de propiciar informação adequada, tendo em vista que o instituto em análise é objeto de assuntos controvertidos e altamente relevantes ao atual processo penal brasileiro.

CAPÍTULO 1 – A IMPORTÂNCIA DA PROVA PARA A EFICÁCIA DO PROCESSO CRIMINAL

A persecução criminal, a fim de conhecer as circunstâncias e o modo como ocorreu determinado fato criminoso, tem por fundamento a busca por provas. A prova no campo jurídico é o instrumento que as partes possuem no processo para comprovar os fatos narrados, que irão servir de fundamento para o exercício dos direitos de ação e de defesa.

O juiz se apresenta como principal destinatário das provas, pois é quem fará o juízo de admissibilidade das mesmas, pautando-se pela busca da verdade real dos fatos, para, então, decidir o destino do réu com base no conjunto probatório do caso concreto.

Dessa forma, a prova constitui um dos principais elementos de toda persecução criminal, tanto na fase de investigação, quando na fase de instrução processual.

Conforme instrui Néstor Távora, a prova corresponde à demonstração dos fatos:

“A demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio.”¹

A prova na esfera criminal possui valor distinto daquele do âmbito civil, pois a sanção penal é caracterizada pela supressão de direitos, causando ao indivíduo o afastamento de seu convívio social, privando-o de sua liberdade. Por essa razão, deve-se prezar pela construção o mais real possível dos fatos, baseando-se as partes nesses valores, a fim de construir as suas teses.

Há três sentidos jurídicos para a prova: o ato de provar, que alude à fase instrutória, onde será verificada a verdade do fato alegado pela parte; o meio, que corresponde ao instrumento pelo qual a verdade será demonstrada (como é o caso das interceptações

¹ TÁVORA, Nestor. **Curso de Processo Penal**, 10ª edição. Salvador: Ed. Juspvom, 2015. p.560

telefônicas); e o resultado da ação de provar, que se funda no produto da análise dos instrumentos de prova e demonstra a verdade do fato.²

1.1. Meio de Prova

Anteriormente, na vigência no Código Penal de 1941, utilizava-se o sistema inquisitório, que tinha como um de seus preceitos a gestão da prova centralizada na figura do magistrado. O juiz acumulava, então, as funções de investigar, acusar, defender e julgar.

Nesse cenário, a prova não tinha o valor de verdade processual, pois não havia sequer a expectativa de uma figura imparcial no litígio. Portanto, as provas seriam pelo próprio juiz construídas e, não havendo necessidade de motivação das mesmas, restava a essa figura o convencimento pautado unicamente em seu próprio juízo de valor.

A partir da Constituição Federal de 1988, o juiz não mais detém a gestão exclusiva das provas. O processo penal passa a cumprir o sistema acusatório, onde cabe ao juiz a valoração dos elementos probatórios obtidos pela defesa e acusação. Ao julgador não cumpre mais o livre convencimento, mas sim o julgamento baseado em tudo o que foi aduzido no processo.

Nesse momento, revela-se interessante apontar a mudança de entendimento que trouxe a Lei nº 13.015/2015 (o novo Código Processual Civil) em seu art. 371:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Suprimiu-se o termo “livre” da expressão “livre convencimento”, restando somente a palavra “convencimento”. Tal supressão é de grande importância para a produção e valoração de elementos probatórios, pois denota a obrigação que o juiz passa a ter, no sentido de expor em seu julgamento, clara e precisamente, quais elementos o convenceram e a ponderação de valor realizada dentre as provas colhidas no âmbito do processo. Por óbvio, essa proposição

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 351

se aplica também ao processo penal, tendo em vista que confere maior legitimidade ao processo.

Retomando, a jurisprudência e a doutrina, atualmente, em sua maioria, entendem que o ordenamento jurídico adota o sistema misto, ou seja, inquisitivo e acusatório. Isso porque “a divisão do processo penal em duas fases possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual”.³

Todavia, apesar de dotado de caráter reducionista e idealista do atual sistema processual penal, instrui Aury Lopes Jr. que o modelo brasileiro seria “(*neo*)inquisitório”.

“É reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.”⁴

Em congruência, em um sistema processual criminal “(*neo*)inquisitório”⁵, os meios de produção de prova são de extrema relevância. Uma vez que, se a forma como a prova foi produzida violar o direito da acusado - ou de qualquer outra pessoa - o elemento probatório é considerado ilícito, bem como se a técnica ou o procedimento utilizados não seguirem as normas.

³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2015. p. 132

⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2015. p. 134

⁵ “Classificamos de *neoinquisitorial*, pois é uma inquisição reformada, na medida em que, ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório etc. Não se trata de pós-inquisitorial porque isso nos daria uma noção de superação do modelo anterior, o que não é de toda verdade. (...) Já no sistema acusatório (que se pretende), o juiz mantém uma posição – não meramente simbólica, mas efetiva – de alheamento (*terzietà*) em relação à arena das verdades onde as partes travam sua luta. Isso porque ele assume uma posição de espectador, sem iniciativa probatória. Forma sua convicção através dos elementos probatórios trazidos ao processo pelas partes (e não dos quais ele foi atrás).” LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2015. p. 134.

Os meios de prova são instrumentos que trazem elementos externos para dentro do processo; basicamente, o fato que se relaciona com o crime se ampara no procedimento legal para, após, ser inserido no processo e considerado prova. Podendo, dessa forma, posteriormente, ser utilizada pelo juiz como fundamentação de seu convencimento.

É cabível, então, diferenciar as fontes de prova - que correspondem ao objeto do qual se retira a prova, instrumentos idôneo a fornecer resultado, por exemplo, uma pessoa ou documento - dos meios de prova, que consistem nos instrumentos processuais ou investigativos, responsáveis por levar ao processo elemento útil para a decisão, por exemplo, o depoimento testemunhal.

Assim, quando chega ao conhecimento do juiz a existência de uma fonte de prova, este determina que seja produzido o meio de prova correspondente.⁶ Logo, meios de prova são instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo.

Da leitura do Código de Processo Penal, em seu Título VII “Da Prova”, do Livro I “Do Processo em Geral”, extraímos os meios de prova, utilizados como forma de influenciar o convencimento do magistrado, desde que a produção da prova não contrarie outro direito e seja moralmente legítimo.

Os meios de obtenção de prova, por sua vez, correspondem a instrumentos aptos a colher elementos ou fontes de prova, à exemplo a busca e apreensão e a interceptação telefônica.

Cabe o adendo de que o CPP não esgota as possibilidades de obtenção de provas, o que denota a possibilidade de criatividade das partes e do próprio magistrado, dentro dos limites do devido processo legal, conforme o princípio da Liberdade Probatória.⁷

⁶ Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 167

⁷ “O rol de provas apresentadas no CPP é exemplificativo, sendo possível produzir outros meios de prova que não estejam previstos legalmente, desde que não sejam defesos ao acusado, ao Ministério Público ou ao juiz.(...) Tourinho Filho conclui que a não taxatividade pode ser extraída do comando contido no art. 155 do CPP, relativamente à fase intrutória, bem como dos incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, IX do art. 6º do CPP, relativos ao inquérito policial.” NASCIMENTO, José Carlos do. **As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7180/as-provas-produzidas-por-meios-ilicitos-e-sua-admissibilidade-no-processo-penal/1>. Acessado em 30/05/2017.

1.2. Vedação à prova ilícita

As prova ilícitas, bem como as derivadas destas, correspondem àquelas que devem ser desentranhadas do processo, não podendo ser utilizadas pelo magistrado como motivação de seu convencimento. Nesse sentido, aduz-se o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Para que seja considerada prova dentro do processo criminal, não é possível que se limite a evidenciar um fato ou apenas influenciar o convencimento do juiz, a prova dependerá de certos requisitos legais. Não poderá a fonte dessa prova ser ilícita, ou o meio de produção ser ilegítimo, por exemplo. Por conseguinte, o ordenamento jurídico brasileiro não aceita a perquirição da verdade a qualquer custo, impondo, para tanto, limites constitucionais e legais à obtenção de prova.

Nesse sentido, esclarece Ada Grinover:

“A prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada em lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando ao contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.”⁸

Assim, a título exemplificativo de prova ilícita, cita-se a obtenção de provas, por interceptação telefônica, sem a devida autorização judicial, prevista no art. 10 da Lei nº 9.296/96. Ao passo que, prova ilegítima seria aquela onde há irregularidades ou ausência de determinadas formalidades procedimentais.

Então, a prova ilegal é o gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 131

“A prova ilícita, em regra, pressupõe uma violação no momento da colheita de prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este, nada impedindo, porém, excepcionalmente, a transgressão em juízo.”⁹

Por outro lado, a prova será considerada ilegítima quando sua obtenção agredir norma de direito processual. Nada impede, todavia, que a prova possa ser, simultaneamente, ilícita e ilegítima.

Para mais, o juiz não pode motivar sua decisão em provas ilícitas, ainda que a ilicitude desta só seja descoberta após inserção no processo. Deverá a prova ser desentranhada nesse caso.

É relevante mencionar que o prejuízo de uma prova ilícita ou ilegítima que se insere no processo não se encerra no seu desentranhamento dos autos, posto que já houve contaminação em todo o processo, desde a sua inserção. Ou seja, o procedimento não poderá ser novamente revestido de legalidade sem que, antes, toda e qualquer prova, obtida de forma ilícita ou ilegítima, seja afastada do processo, conforme a teoria do frutos da árvore envenenada – a ser tratada adiante, na presente pesquisa.

Por óbvio, a prova ilícita gera danos irreversíveis ao processo criminal, pois uma vez aduzida no processo, não será possível ignorar o conhecimento de determinado fato que somente pôde ser conhecido a partir daquela. Nesse sentido, o conhecimento de sua existência resultará na influência das partes, alterando-se a realidade cognitiva do caso concreto.

Por conseguinte, para que seja solucionada essa contaminação, o juiz deve declarar-se suspeito, remetendo os autos ao seu substituto legal, retirando-se do caso. Todavia, caberá ao magistrado tomar essa decisão, tendo em vista o prejuízo da sua imparcialidade.

Nesse sentido, conforme orienta Aury Lopes Jr., a permanência do juiz no processo importaria um imenso prejuízo, sendo os atos de desentranhar a prova e excluir o juiz, de

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Editora Podivm, 2016.

certa forma, indissociáveis.¹⁰ O que denota que a necessidade, por si só, de que seja o juiz a decidir sua permanência ou não no processo, já induz certa parcialidade deste no processo.

Por fim, ressalta-se que a admissibilidade da prova ilícita será somente em favor do réu, como será analisado mais a frente, nos estudos do princípio da proporcionalidade e de especialidade de provas.

¹⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p 573

CAPÍTULO 2 – A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

A interceptação telefônica é um dentre os diversos meios de obtenção de prova no processo penal. Consiste em instrumento de produção probatória, conforme prevê o art. 5º, XII, da CF/88, regulado pela Lei nº 9.296/96, sendo, atualmente, artifício investigatório que relativiza direitos individuais fundamentais, principalmente à intimidade e à vida privada (art. 5º, inciso X, CF/88).

Em uma primeira análise, é possível depreender do texto constitucional o possível conflito normativo, pois, ao tempo em que existe a vedação, há também a autorização com relação ao bem jurídico tutelado. Caberá, mais uma vez, ao magistrado a ponderação no caso concreto a fim de conceder judicialmente ou não a interceptação telefônica.

Conceitualmente, a interceptação telefônica corresponde a um instrumento para obtenção de prova em que se monitora o telefone de um investigado ou réu de forma sigilosa. Tecnicamente, desvia-se o áudio do diálogo para outra linha telefônica, previamente cadastrada junto à operadora de telefonia, que será responsável pelo desvio, que, por fim, destinará o áudio ao órgão investigador. Resumidamente, esses áudios ficarão, então, armazenados cronologicamente em bancos de dados específicos.

De forma oportuna, inicialmente, tenciona-se apontar a diferença entre interceptação telefônica e a quebra de sigilo telefônico. A quebra de sigilo telefônico é tão somente o acesso à relação das ligações efetuadas e recebidas por determinada linha telefônica, não permitindo saber o que foi conversado. Ao passo que a interceptação telefônica fornece acesso ao teor da conversa efetivamente. Ambas dependem de ordem judicial.

Seguindo, os áudios interceptados ficam sob responsabilidade do órgão institucional investigador e não há, atualmente, uma padronização na utilização dos programas e banco de dados que administram os áudios.

Consoante o art. 3º, da Lei nº 12.850/13, a técnica especial das interceptações telefônicas e telemáticas poderá, ainda, ser utilizada na investigação contra a atuação das organizações criminosas.

Tal fato denota a frequente necessidade jurídica das interceptações como técnica no combate a crimes complexos, como a corrupção. Contudo, a constante utilização deste procedimento gerou polêmicas ao longo do tempo nos meios jurídicos e acadêmicos, seja com relação à ausência de regulamentação, em um primeiro momento, seja com relação à necessidade de normas mais rígidas para seus procedimentos, ao excesso de seu uso, ou à qualidade da prova obtida.

2.1. Análise histórica:

O direito à intimidade assegura aos indivíduos o direito de manter em reserva fatos e aspectos de sua vida pessoal, a fim de proteger sua privacidade. Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas...”.

Todavia, o caráter absoluto de uma garantia poderia abrir espaços a empreitadas criminosas. Por essa razão, as legislações modernas tendem a restringir o direito à intimidade, entre outros, no sigilo telefônico.

Assim sendo, com o intuito de proteger direitos e garantias do cidadão e, ao mesmo tempo, promover a legitimidade do processo, a CF/88, ao consagrar os direitos fundamentais à inviolabilidade da intimidade e da vida privada do cidadão, ressaltou a possibilidade de restrição de direitos por ordem judicial em investigação criminal, nas hipóteses que a lei viesse a estabelecer, conforme instrução do art. 5º, inciso XII, do referido diploma:

Art. 5º. (...)

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.

Admite-se estabelecida, então, certa dificuldade de convivência harmônica entre os preceitos protetivos no processo – em tutela do indivíduo – e os aparatos repressivos do Estado, que ao tempo que protege direitos e garantias, legitima o procedimento que os retira.

Nesse contexto, vê-se fundamental o cumprimento estrito do princípio da legalidade, além da imposição de limites ao direito à prova. Nesse sentido, sustenta Grinover:

“O processo só pode se fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes. (...) E é exatamente no processo penal, onde se avulta a liberdade do indivíduo, que se toma mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social-direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdade públicas.”¹¹

Além disso, é interesse público que a atuação estatal se dê de forma equilibrada frente ao cometimento de ilícitos. Portanto, a reação do Estado deve ter por limites os direitos e garantias individuais, prevalecendo o caráter primordial das garantias em sede processual, bem como tuteladas as oportunidades de fazer valer suas respectivas pretensões em juízo.

Desta forma, a função jurisdicional passa necessariamente pelo princípio do devido processo legal, a fim de obter um processo justo. Onde as partes se sustentam a partir da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa, da inadmissibilidade de provas ilícitas, do juiz natural, da publicidade. Ou seja, de um processo penal de garantias mínimas.

2.1.1. Período anterior à Constituição Federal de 1988:

Previamente à promulgação da Carta Maior de 1988, a interceptação telefônica era regida pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei nº 4.117/62, que em seus artigos 56 e art. 57, II, “e”, instruíra:

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 130

Art. 56: Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exhiba autógrafa ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro.

§2º Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação.”

Art. 57: Não constitui violação de telecomunicação:

II- O conhecimento dado:

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

No entanto, os referidos dispositivos eram entendidos por parte da doutrina como inconstitucionais, à luz da Constituição vigente, de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, art. 153, §9º, que determinava: “é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”, excepcionando-se as hipóteses de estado de sítio e medidas emergenciais, muito frequentes à época.

Em contrapartida, aqueles que vislumbravam a possibilidade constitucional da interceptação, afirmavam que nenhum direito ou garantia tinha caráter absoluto, apesar da violação à norma constitucional expressa.

Dessa forma, há que se concordar que a herança normativa e jurisprudencial da interceptação telefônica é de abuso à privacidade alheia. Sendo frequente deparar-se, em jornais, àquela época, com a oferta de serviços de grampeamento de telefone.

Os tempos eram de repressão política. Todo tipo de abuso fora praticado no Brasil, por meio das interceptações telefônicas. Os integrantes do poder, por motivações óbvias, como a conquista ou manutenção do poder, ou a imposição de uma determinada ideologia, valiam-se desse procedimento, ilegalmente. O desrespeito à intimidade alheia também sempre pareceu conveniente para civis (espionagem industrial, operações políticas, casos de infidelidade conjugal, etc.), que puderam contar com o auxílio, inclusive, de policiais, que conquistaram o conhecimento necessário no tempo da repressão política.¹²

¹² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação Telefônica**: Lei nº 9296/96. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1997

Retomando, a legislação corrente (Lei nº 4.117/62) não fixava as formas nem os casos em que se permitiria a quebra de sigilo das comunicações telefônicas ou as interceptações telefônicas. Assim, a fim de resolver a lacuna, a CF/88, passou a fazer a exigência de regulação infraconstitucional para disciplinar as interceptações telefônicas, elencando os três requisitos (art. 5º, inciso XII): a existência de ordem judicial, finalidade de colheita de evidências para instruir a investigação, seja na fase pré-processual ou no processo penal, bem como a lei deveria disciplinar as hipóteses de cabimento, em que a interceptação seria permitida.

2.1.2. A Lei nº 9.296/96

Em cumprimento à exigência jurisprudencial oriunda da Suprema Corte, promulgou-se a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a fim de disciplinar a interceptação telefônica no Brasil. A referida Lei Federal regulamenta, portanto, a parte final do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal. O texto constitucional predito protege, expressamente, o sigilo das comunicações telefônicas e abre exceção para a sua quebra, atendidos os requisitos elencados no próprio dispositivo constitucional.

Em um primeiro momento, atenta-se para as várias modalidades de captação eletrônica de conversas. Nesse sentido, é possível sintetizar a classificação elaborada pela doutrina da seguinte forma:

“i) Interceptações telefônicas em sentido estrito: consiste na captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores (é o chamado grampeamento);

ii) escuta telefônica: ocorre quando um terceiro capta a conversa, com o consentimento de apenas um dos interlocutores (muito usado por familiares de vítima sequestrada, que autorizam a polícia a ouvir sua conversa com o sequestrador);

iii) interceptação ambiental: é a captação de conversa entre presentes, efetuada por terceiro, dentro do ambiente em que se situam os interlocutores, sem o conhecimento por parte destes;

iv) escuta ambiental: é a interceptação de conversa entre presentes, realizada por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns;

v) gravações clandestinas: é a praticada pelo próprio interlocutor ao registrar sua conversa (telefônica ou não), sem o conhecimento da outra parte – não é necessária, portanto, a autorização judicial.”¹³

¹³ CAPEZ. Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2015. p. 35.

A lei nº 9.296/96, no entanto, trata somente das escutas telefônicas e das interceptações telefônicas em sentido estrito, caracterizadas como processos de captação de conversa alheia. Assim, quando devidamente autorizadas, constituem provas lícitas e admissíveis na instrução criminal ou no curso do processo penal.¹⁴

A referida lei, em seu art. 10º, incrimina a prática de interceptação de comunicação telefônica, realizada sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, cominando em pena de reclusão, de dois a quatro anos e multa¹⁵. Todavia, as gravações clandestinas e gravações entre presentes não se enquadram na disciplina do art. 5º, inciso XII, da CF, restando, por essa razão, fora do alcance da Lei nº 9.296/96.

As referidas modalidades configuram, segundo a doutrina, violação tão somente ao direito à intimidade:

A gravação em si, quando realizada por um dos interlocutores que queira documentar a conversa tida com terceiro, não configura nenhum ilícito, ainda que o interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência. Mas a divulgação da conversa pode caracterizar outra afronta à intimidade, qual seja, a violação de segredo.¹⁶

Consoante será tratado em tópico posterior, a Suprema Corte tem entendido que a gravação telefônica realizada por um dos interlocutores, a fim de comprovar sua inocência, constitui prova lícita, sendo dispensável a autorização judicial. Além disso, o entendimento assenta-se no sentido da não violação do direito à intimidade. Ressalte-se que não são aceitas, como artifício incriminatório, gravações realizadas pela autoridade policial, que contenham declarações de indivíduos acusados, indiciados ou suspeitos, pois está implícita a surpresa do declarante. É o entendimento no Informativo nº 102/STF a seguir aduzido:

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica**, 1ª Edição. Ed. Revistas dos Tribunais, 1997, p. 105.

¹⁵ Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 146

“Considera-se prova lícita a gravação telefônica feita por um dos interlocutores da conversa, sem o conhecimento do outro. Afastou-se o argumento de afronta ao art. 5º, XII da CF (‘XII - é inviolável o sigilo (...) das comunicações telefônicas, salvo (...) por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer...’), uma vez que esta garantia constitucional refere-se à interceptação de conversa telefônica feita por terceiros, o que não ocorre na hipótese.”¹⁷

De todo modo, o direito brasileiro deu importante passo disciplinando a matéria das interceptações telefônicas. Seguindo, assim, a tendência mundial de atualização legislativa face à existência de novas tecnologias.

2.2. A natureza cautelar

As medidas assecuratórias do processo penal são o conjunto de medidas cautelares reais, que buscam a tutela do processo, assegurando-se a prova naquele momento.¹⁸

Sendo assim, reputa-se lícita a interceptação telefônica, desde que realizada dentro dos parâmetros estabelecidos no ordenamento jurídico. A natureza jurídica da interceptação telefônica vai depender da fase da persecução criminal em que será instalada, podendo ser utilizada em sede de investigação criminal ou em instrução processual.

O provimento que autoriza a interceptação possui natureza cautelar, tendo em vista que visa a fixação dos fatos na forma que se apresentam no momento da conversa. Pretende-se, então, evitar que a situação existente ao tempo do crime venha a se modificar durante a tramitação do processo principal, conservando, para fins processuais, o conteúdo da comunicação telefônica. Tal procedimento tem a natureza de cautela conservativa de direito.

¹⁷ HC 75.338-RJ, Rel. Min NELSON JOBIM, dec. 11/03/98. Informativo do STF, n.º 102, Mar 98.)

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2015. p 1259.

Seja medida cautelar ou incidente processual, o deferimento será *inaudita altera pars*, pois o investigado não pode ter ciência que está sendo alvo de interceptação, sob pena de conseqüente ineficácia do instrumento probatório.

Caberá ao magistrado a análise complexa da existência de fundamentos - como a prova da existência do fato e os indícios suficientes de autoria - que justifiquem o sacrifício da intimidade do investigado. O juiz deverá, portanto, verificar a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requisitos para a concessão da medida cautelar.

Com relação ao *fumus bonis júris*, havendo indícios, haverá crime, a autoridade concessora da medida deve dispor de elementos seguros da existência de um crime grave, a fim de justificar a supressão de direitos, com a invasão da privacidade do indivíduo.

Já com relação ao *pericullum in mora*, deve-se considerar o risco ou prejuízo da não realização da medida para a investigação ou instrução processual. Assim, há o receio de que a demora da decisão judicial importe em dano de grave ou difícil reparação ao bem tutelado, conforme instrui Aury Lopes Jr.¹⁹

Posteriormente, concluídas as diligências, o sigilo será afastado. A defesa terá, então, em sede de contraditório, acesso a todas as provas produzidas e, havendo nulidade durante as investigações, poderá ser impetrado habeas corpus a fim de impugnar a medida judicial.

Observa-se, nesse momento, que surge a possibilidade de fracasso das investigações, pois a negativa da medida poderia resultar na perda de oportunidade de obtenção da prova.

¹⁹ “O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto.

O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.

Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado. É necessário abandonar a doutrina civilista de CALAMANDREI para buscar conceitos próprios e que satisfaçam plenamente as necessidades do processo penal, recordando, sempre, que as medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo, para tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva.” LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2015. p 1083.

Todavia, de forma alguma, poderia ser tal negativa valorada pelo juiz, em sede de impugnação ou não da medida judicial, haja vista que o princípio da proporcionalidade, em favor dos direitos fundamentais do indivíduo, deve sempre reger o ato.

2.3 Os critérios autorizadores

Para mais, cabe, nesse momento, citar os critérios autorizadores da interceptação telefônica, os quais, segundo o artigo 2º, da Lei nº 9.296/96, de forma negativa, colacionam as hipóteses em que não será admitida a interceptação.

Art. 2º Não será admitida a 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.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Assim, são critérios de autorização a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de a prova ser feita através de outros meios disponíveis, e, por fim, que o fato investigado constitua infração penal, punível com reclusão. Todos esses critérios deverão ser vislumbrados concomitantemente, ou seja, deverão estar presentes, além da autorização judicial obrigatoriamente fundamentar sua existência, conforme orienta o parágrafo único do artigo em destaque.

Com relação à razoabilidade dos “indícios de autoria ou participação em infração penal”, cabe ressaltar que a autoridade judicial concedente deve avaliar e ponderar as alegações apresentadas pela autoridade requerente. Exige-se, para tanto, que exista fato determinado definido como crime e que necessite ser apurado e provado. Por essa razão,

torna-se indispensável à existência de vinculação do indivíduo a fato criminoso específico, punido com reclusão.²⁰

A título de exemplificação, remete-se ao julgamento proferido pelo STF, onde, segundo o requerente, a existência de matérias jornalísticas configurava indícios suficientes de autoria de crime, em justificativa a requisição de quebra de sigilo telefônico:

“AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO. MATÉRIAS JORNALÍSTICAS. DUPLICIDADE DA NOTÍCIA-CRIME.

2. Para autorizar-se a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, medida excepcional, é necessário que haja indícios suficientes da prática de um delito. A pretensão do agravante se ampara em meras matérias jornalísticas, não suficientes para caracterizar-se como indícios. O que ele pretende é a devassa da vida do Senhor Deputado Federal para fins políticos. É necessário que a acusação tenha plausibilidade e verossimilhança para ensejar a quebra dos sigilos bancários, fiscal e telefônico. 3. Declaração constante de matéria jornalística não pode ser acolhida como fundamento para a instauração de um procedimento criminal.

4. A matéria jornalística publicada foi encaminhada ao Ministério Público. A apresentação da mesma neste Tribunal tem a finalidade de causar repercussão na campanha eleitoral, o que não é admissível. Agravo provido e pedido não conhecido.

(Pet 2805 AgR, Relator (a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 27-02-2004 PP-00020 EMENT VOL-02141-03 PP-00655).”²¹

Com essa decisão, restou evidente que algo como uma matéria jornalística não corresponderia a indícios suficientes para a concessão de interceptação telefônica, uma vez que deve essa medida ser considerada excepcional.

Por sua vez, com relação à “ausência de outros meios de prova disponíveis”, refere-se ao fato que, diante da existência de meios de prova menos lesivos, esses deverão ser utilizados preferencialmente, antes que se recorra à interceptação telefônica.

²⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**: considerações sobre a Lei nº 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2005.

²¹ Página 9 da Judicial I - TRF do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) de 6 de Janeiro de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/106826709/trf-3-judicial-i-06-01-2016-pg-9>. Acesso em 28/05/2017.

Finalmente, com relação o terceiro requisito, de que o crime investigado seja punível com pena de reclusão para que se conceda a autorização judicial, grande parte da doutrina concorda que há muitos crimes puníveis com pena de reclusão. O que evidencia a verdadeira necessidade de restrição do dispositivo, visto que o caráter excepcional da figura da interceptação remete à restrição de suas possibilidades.

Entende-se, portanto, que, frente ao impasse causado por resquícios de um modelo inquisitorial, seria razoável aplicar o princípio da proporcionalidade. De modo que, como forma de sopesar os bens jurídicos envolvidos no crime, mesmo que punível com reclusão, deveria se limitar a situações concretas onde o crime cometido fosse especialmente grave.²²

Nesse sentido,

“(...) poder-se ia utilizar como parâmetro pratico e sobre a definição da gravidade da infração que justificaria a interceptação, por exemplo, o rol da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), a Lei da Prisão Temporária e, eventualmente, as legislações estrangeiras nas quais se relacionam os crimes que podem ensejá-la.”²³

Para mais, cumpre aludir à Resolução nº 217 de 2016, do CNJ, que alterou a Resolução nº 59 de 2008. Um dos objetivos do ato normativo foi a incorporação de novas exigências para a autorização judicial das interceptações telefônicas, assunto tratado no presente item.

Sendo assim, os novos itens obrigatórios para a autorização, contidos no art. 10 da referida resolução, seguem a diretriz da obrigação de fundamentar a necessidade da medida cautelar, com o relatório circunstanciado da investigação, diligências mínimas de campo, indícios razoáveis de autoria ou participação em crime apenado com reclusão e motivos de não se poder obter a prova por outro meio.

²² GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**: considerações sobre a Lei nº 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2005, p. 23.

²³ GRECO FILHO, Vicente. Ob. Cit. p.24.

2.4 O momento de decretação

Em continuidade ao exposto, a interceptação telefônica, para fins de investigação criminal, poderá ser decretada independentemente de prévia instauração de inquérito policial. Da mesma forma, pode ser determinada para a instrução criminal, nesse caso, somente depois de instaurado o processo penal, ou seja, poderá ocorrer no curso da instrução processual penal.

Portanto, apesar da decretação da interceptação telefônica ser mais comum durante a fase investigatória, é perfeitamente possível o deferimento da medida durante a instrução processual penal. Isso ocorre tendo em vista que podem surgir, no curso do processo, circunstâncias novas, desconhecidas, que recomendem a realização imediata da interceptação telefônica.

Para mais, menciona-se que o dispositivo constitucional, bem como a Lei nº 9.296/96 dispõem que a interceptação telefônica só pode ser autorizada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Nesse sentido, não é possível que a medida seja determinada em sede de processo de natureza cível (comercial, trabalhista, administrativa), apesar de existirem precedentes de Tribunais Estaduais em sentido contrário.

No entanto, uma vez decretada a realização de uma interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nada impede que os elementos probatórios obtidos sejam utilizados em outro processo, a título de prova emprestada, desde que verificada sua licitude.

Poderá, ainda, ser declarada sua ilicitude em momento posterior, como é o caso do HC 60229, de 2007:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 32 DA LEI Nº 9.605/98 E ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DA ILICITUDE DAS PROVAS QUE EMBASARAM A AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO TEMA PELO E. TRIBUNAL A QUO. ORDEM CONCEDIDA. Muito embora a autorização para a interceptação de comunicações telefônicas tenha sido deferida pela Justiça Federal, é perfeitamente possível a análise de sua licitude ou não pelo e. Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo se, conforme deflui da leitura da exordial acusatória, os dados obtidos a partir daí serviram, entre outros elementos, de base para a instauração de ação penal perante a Justiça Estadual, ainda que como prova emprestada. Habeas corpus concedido para que o e. Tribunal a quo aprecie o tema como entender de direito.

(STJ - HC: 60229 SP 2006/0118033-2, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 25/09/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12.11.2007 p. 243)”²⁴

Fato relevante a ser citado nesse momento remete à inexistência de autonomia da Comissão Parlamentar de Inquérito para autorizar interceptações telefônicas.

De acordo com o art. 53, § 3º, da CF²⁵, a CPI tem poderes próprios de juízes. Todavia, de acordo com o STF, a CPI não pode autorizar interceptação telefônica, pois, apesar de a CPI ter poderes próprios de juízes, estes não são idênticos.

Assim, nos casos em que a Constituição exige ordem judicial, o ato está reservado, com exclusividade, ao Poder Judiciário, conforme o princípio da Reserva de Jurisdição²⁶. Então, conclui-se que a CPI não pode *autorizar* as interceptações telefônicas, pois esta se encontra dentro da reserva de jurisdição; mas pode *determinar* a quebra de sigilo telefônico, pois estaria dentro dos poderes próprios do juiz.

²⁴ STJ – HABEAS CORPUS: HC 60229 SP 2006/0118033-2 – Inteiro Teor. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7774/habeas-corpus-hc-60229-sp-2006-0118033-2/inteiro-teor-100017113>. Acesso em 28/05/2017.

²⁵ Art. 58. (...)

§3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

²⁶ “A ideia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os guardiões da liberdade e das penas de natureza criminal e daí a consagração do princípio *nulla poena sine iudicio*. CANOTILHO, J. J. Gomes.” **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição, Almedina, 2003. p.664.

2.5 Teoria dos “frutos da árvore envenenada”

A teoria dos frutos da árvore envenenada corresponde à ideia de que a prova ilícita contamina as novas provas que dela derivam. Ou seja, quando determinada prova “y” decorre diretamente de prova “x”, e não há outra possibilidade de ser produzida sem que seja por “x”, a ilicitude desta última contamina a prova “y”. É a ilicitude por derivação.

Oportunamente, cabe alusão ao art. 157, do CPP:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Por oportuno, cita-se, ainda, o acórdão do Ministro Sepúlveda Pertence, emanado do Habeas Corpus 69.912/RS:

“Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal [...] à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contamina no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nos quais se fundou a condenação do paciente.”²⁷

Portanto, a rejeição da prova ilícita por derivação, assentada na doutrina americana sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada, deriva da relação de dependência e contaminação imediata das provas posteriores, em razão da existência de provas autônomas e descobertas inevitáveis.

²⁷ STF - SEGUNDO HABEAS CORPUS : HC 69912 RS. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706691/segundo-habeas-corpus-hc-69912-rs>. Acesso em: 28/05/2017

2.6 Teoria do encontro fortuito de provas - a serendipidade nas interceptações telefônicas

A teoria do encontro fortuito de provas nas interceptações telefônicas, ou a serendipidade das interceptações telefônicas, corresponde à situação em que é descoberto um fato inédito, por coincidência, que seja relevante ao caso concreto. É o conhecido “encontro fortuito de fatos novos”, segundo a doutrina.

A Lei nº 9.296/96 determina a necessidade de autorização do juiz para a obtenção da prova de interceptação telefônica. Nesse sentido, observado o fenômeno da serendipidade, deve-se, inicialmente, questionar a validade de tal prova.

Para que se verifique a situação em epígrafe deverá também a diligência, a partir da qual se obteve informação sobre o fato novo, estar autorizada judicialmente. A validade dessa prova inesperada, portanto, está condicionada à forma como foi realizada a diligência.

Avançando, segundo Luiz Flávio Gomes, há duas circunstâncias que limitam o encontro fortuito. Em primeiro, por razão técnica, quando, na hora na execução da interceptação, não havia condições técnicas para distinguir sobre o que correspondia ao objeto da investigação e o que não correspondia. Em segundo, quando se concretiza a medida sem autorização judicial prévia, resultando em restrição a direito fundamental.

Nesse sentido, o autor conclui que seria válida a prova somente se o fato delitivo se descobre conexo com o investigado, e desde que de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Logo, não sendo o fato conexo, ou se versar sobre outra pessoa, a prova não é válida. Todavia, apesar dessa situação importar na nulidade da prova, a partir dela, seria possível, de acordo com o autor, iniciar uma nova investigação independente da primeira, não sendo o caso de prova ilícita ou ilícita por derivação.²⁸ Tal posicionamento será, entretanto, relativizado no item a seguir.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica**. 1ª Edição, São Paulo. Ed. Revistas dos Tribunais, 1997.

2.6.1 A necessidade de vinculação causal da prova

Conforme esclarece Aury Lopes Jr., no caso em que a partir da interceptação telefônica, judicialmente autorizada, para a apuração de determinado crime, surgem provas da prática de outro delito diverso daquele investigado, deve-se questionar se seria válido o desvio causal para que tal prova sirva para a apuração de ambos os delitos.²⁹

O que se nota é a inobservância da vinculação causal que a prova deve guardar diante de uma medida que faz restrição de direitos fundamentais, como é o caso da interceptação telefônica.

Assim, o ato judicial que autoriza a obtenção de informações telefônicas, com sacrifício do direito fundamental respectivo, é plenamente vinculado e limitado. Foi aquele contexto fático-jurídico que conferiu a legitimidade necessária à medida em específico. “Ou seja, a excepcionalidade e lesividade de tais medidas exigem uma eficácia limitada de seus efeitos e, mais ainda, uma vinculação àquele processo”.³⁰

Com isso, a autorização judicial para a obtenção da prova vincula sua utilização somente naquele processo em específico, sendo ao mesmo tempo vinculada ao pedido, e vinculante em relação ao material colhido.

Agir de modo diverso implicaria “o abuso de poder da polícia no cumprimento das medidas judicialmente determinadas e limitadas, pois isso conduz à ilegalidade do excesso cometido”.³¹

Nessa esteira, a prova que especialmente limita direitos fundamentais, exige e impõe a reserva de jurisdição como garantia e limite ao exercício de poder. Desviar o foco da

²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2015. p. 795.

³⁰ LOPES JR., Aury. Ob. cit. p. 795.

³¹ LOPES JR., Aury. Ob. cit. p. 796.

investigação de um ilícito para abranger qualquer outro que eventualmente tenha praticado o réu aproxima-se da ótica do substancialismo inquisitorial, resultando em uma concepção autoritária e incompatível com os limites de um processo penal democrático e acusatório.³²

Em congruência, é igualmente inadmissível a hipótese de que seja determinada a restrição de privacidade do réu por meio da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, e tal prova venha a ser utilizada contra terceiros, como já estudado na teoria dos frutos da árvore envenenada. A autorização judicial não alcança o sigilo de terceiros, pois viola a *especialidade* e vinculação da prova.

“Assim, o chamado princípio da especialidade da prova situa-se numa linha de tensão com a chamada *transferência de provas*, cuja discussão costuma aparecer no campo do Direito Penal econômico, em que órgãos estatais, como Receita Federal, COAF, BACEN etc., fazem intercâmbio de documentos e provas.

A vinculação causal da prova (especialidade) é decorrência natural da adoção de um processo penal minimamente evoluído, como forma de recusa ao substancialismo inquisitorial e às investigações abertas e indeterminadas.”³³

Então, pondera-se, conforme os ensinamentos de Aury Lopes Jr., que, “ao utilizar prova obtida com desvio causal, ainda que a título de “conhecimento fortuito”, estaremos utilizando uma prova ilícita derivada”³⁴, o que importa em um paradoxo insuperável: a prova é ilícita (despida de valor probatório) em um processo, mas valeria como notícia-crime em outro.

Portanto, de acordo com o princípio da legalidade, a investigação deve iniciar a partir de prova lícita, sob pena de restarem contaminados todos os atos praticados na continuação. Assim, a prova está vinculada aos motivos expressos no ato judicial que autorizou sacrificar o direito fundamental; então, somente em casos em que exista vinculação com aquele que está sob investigação será possível tomar como prova uma escuta obtida fortuitamente.

Contudo, é comum encontrarmos na prática da justiça criminal um verdadeiro intercâmbio de provas entre processos. As interceptações telefônicas que configuram

³² LOPES JR., Aury. Ob. cit. p. 797.

³³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2015 p. 796.

³⁴ LOPES JR., Aury. Ob. Cit. p. 799.

conhecimentos fortuitos e desconexos em relação ao objeto original da decisão autorizadora das escutas costumam ser juntas a outros feitos, em sede de prova emprestada, sendo então, valoradas por um juízo que não as autorizou e que irá julgar fato diverso.³⁵

Releva citar, nesse sentido, voto do ministro Félix Fischer no julgamento do HC 69.552:

“Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma , porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas , pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três , tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita.”³⁶

Não obstante, ainda, cabe citar decisão do STF, em Agravo de Instrumento 626214/MG, que ponderou que é admissível o uso de prova fortuitamente obtida através de interceptação telefônica para os casos em que o crime descoberto seja punido com detenção. Aduz-se o trecho em questão a seguir:

“O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais teria afrontado, ainda, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado no HC 83.515, verbis: “5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletadas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da Lei 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido.” Pois bem. Relativamente ao requisito do prequestionamento, ele está satisfeito, tendo em vista que o acórdão recorrido extraordinariamente tratou da matéria constitucional discutida no recurso, dando interpretação ao disposto no art. 5º, XII (inviolabilidade das comunicações telefônicas) e LVI (proibição do uso de prova ilícita), da Constituição da República. A ofensa à Constituição se revela direta, tendo em vista que se cuida de extensão dada à inviolabilidade do sigilo das comunicações pelo acórdão recorrido (art. 5º, XII, Constituição da República) e ao conceito de prova ilícita (art. 5º, LVI, da Constituição). Ou seja, embora a Lei 9.296/96 tenha sido aplicada em seu teor literal (impossibilidade da interceptação telefônica por delitos apenados com detenção), na verdade, o alvo da interceptação

³⁵ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **A inconstitucional utilização dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas como prova emprestada.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ded693405194bd81>. Acesso em 28/05/2017.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Processo: HC 69552 PR 2006/0241993-5. Quinta Turma. Relator: Félix Fischer. Paraná, 14 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 28/05/2017.

foram crimes punidos com reclusão, encontrando-se, no decorrer da diligência, prova da prática de outros crimes, conexos aos primeiros, mas punidos com detenção. Como bem esclareceu o agravante, o Extraordinário não foi interposto para superar o alegado dissídio jurisprudencial, mas sim para impugnar o descumprimento dos princípios constitucionais em jogo. A jurisprudência colacionada serviu, apenas, para demonstrar a existência do dito descumprimento (fls. 23). Do exposto, dou provimento ao agravo. (...) Com efeito, no precedente invocado pelo Agravante (HC 83.515, rel. min. NELSON JOBIM, plenário, DJ 4/3/2005), o Ministro NELSON JOBIM assentou seu entendimento no sentido de “ser plenamente constitucional a utilização de material de interceptação telefônica para embasar a denúncia dos crimes apenados com pena de reclusão e os crimes que, embora sejam punidos com detenção, sejam conexos àqueles. Eu também, em meu voto, destaquei que “A interceptação telefônica, no caso dos presentes autos, foi decretada para que se investigassem crimes apenados com reclusão, tendo sido constatada, incidentalmente, a ocorrência de outros delitos, estes punidos com detenção. (...) O exame dessa questão também deve ser feito à luz do princípio da razoabilidade (...). No caso em exame, não era possível, a princípio, ter certeza sobre a eventual descoberta de crimes apenados com detenção, no decorrer das investigações (...). Assim, entendo que, embora não decretada para este fim específico, a interceptação serve como prova dos crimes punidos com detenção, em vista da licitude da medida (...). O Ministro MARÇO AURÉLIO, único a divergir, acompanhou o Relator neste ponto referente à possibilidade de se utilizar a prova colhida na interceptação como base para oferecer denúncia por crimes apenados com detenção, fortuitamente descobertos. Assim esclareceu seu entendimento: “Há a problemática alusiva ao crime de detenção. O que incumbe perquirir para se definir se a prova é legítima, lícita, ou não? A base, em si, da autorização, no sentido de interceptar-se as ligações. Pergunta-se: no caso, essa base, quanto ao articulado, mostrou-se enquadrável em crime apenado com detenção? A resposta é desenganadamente negativa. Se há quebra da comunicação telefônica, e essa quebra revela uma prática delituosa apenada com detenção, não se pode, simplesmente, varrer a prática delituosa para debaixo do tapete, fechar os olhos e desconhecer o que aflorou, de forma legítima. Até aqui, então, acompanho o voto do relator. (...)” Por todo o exposto, nos termos do art. 28, § 3º, da Lei 8.038/90, e do art. 557, § 1-A, do Código de Processo Civil, provejo o agravo e, por estar suficientemente instruído, converto-o em recurso extraordinário a que dou provimento, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reexamine a denúncia oferecida pelo Ministério Público, devendo considerar legítima a prova dos crimes apenados com detenção, obtida fortuitamente no curso das interceptações telefônicas conduzidas nos autos de origem.

(STF - AI: 626214 MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 26/03/2010, Data de Publicação: DJe-094 DIVULG 25/05/2010 PUBLIC 26/05/2010)³⁷

Ou seja, a interceptação, medida que interrompe direitos fundamentais, e que, expressamente, prevê que será limitada a crimes puníveis com reclusão, será admitida - observado o fenômeno da serendipidade - em ilícitos onde a pena máxima seja a de detenção, para fins de abertura de nova investigação criminal.

³⁷ STF – Agravo de Instrumento AI 626214/MG. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9275456/agravo-de-instrumento-ai-626214-mg-stf>. Acesso em 15/06/2017

Nessa esteira, traz-se à tona o questionamento acerca dos limites que o direito alcança, ante a ruptura momentânea com as garantias fundamentais e os princípios da dignidade da pessoa humana em prol da efetividade da persecução penal, ainda que distante do modelo acusatório. Conclui-se que a interceptação utilizada nesse sentido pode se tornar, portanto, um instrumento antidemocrático.

2.7 Teoria da exclusão da ilicitude

É o caso em que a prova ilícita poderia ser admitida e valorada, tendo em vista que se revela em favor do réu.

O processo criminal lida com a supressão do direito fundamental da liberdade, da dignidade e a honra do indivíduo, portanto, processar um inocente seria uma transgressão à tutela aos bens jurídicos fundamentais.

Assim, a ponderação entre o direito da liberdade de um inocente prevalece sobre o sacrifício do direito na obtenção da prova. Tal situação é típica das interceptações telefônicas. É o caso, por exemplo, em que o réu, injustamente acusado, viola o direito à intimidade e das comunicações de alguém a fim de obter prova de sua inocência.

Para mais, atenta-se para o fato de que o réu em situação similar estaria acobertado pela excludente de legítima defesa ou estado de necessidade. Portanto, seria sustentável a inexigibilidade de conduta diversa, com exclusão, também da culpabilidade, o que afastaria a ilicitude da conduta e da prova, legitimando seu uso no processo.

Nesse sentido, aduz-se o entendimento do ministro Moreira Alves no HC 74.678:

“Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna)

(HC 74.678, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15/08/1997)”

Assim, ainda, que a produção probatória se dê de forma ilícita, se esta trouxer elementos de convicção de inocência, ou até da incerteza quanto a culpa do réu, não se deve flexibilizar a admissibilidade de tal prova. Deverá prevalecer a liberdade, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, verifica-se, então, a necessidade da prova a fim de que não seja um inocente punido. Portanto, observando-se que nenhum outro meio de prova poderia manter a qualidade de inocente do acusado, inexistirá restrição da admissibilidade da prova.

Por outro lado, essa mesma prova – utilizada em benefício do réu inocente – não poderia ser utilizada em processo penal distinto, visando punir terceiros. Isso porque tal prova seria, em verdade, ilícita, excepcionalmente sendo admitida para evitar a condenação de um inocente.

Conforme nos ensina Aury Lopes Jr., não existe uma convalidação da prova ilícita em lícita, pois se deve verificar o princípio da proporcionalidade ao ser aplicada a prova ilícita, a fim de proteger uma pessoa injustamente imputada. E tal aplicação somente poderia se voltar para esse processo, estando vinculada, portanto, a ele. A prova não se torna lícita para todos os efeitos, mas tão somente para a aplicação naquele caso em específico.³⁸

2.8 Os prazos

Em congruência com o já exposto, a decisão que defere a medida de interceptação telefônica como meio de obtenção de prova deverá estar devidamente fundamentada, sob pena de nulidade, conforme instrução contida no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.³⁹

³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2015. p. 811.

³⁹ Art. 93.

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

Em adição, a lei de interceptações telefônicas estabelece, em seu artigo 5º:

Art. 5º A decisão será 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.

O dispositivo prevê, então, o limite máximo de quinze dias, prorrogáveis por igual período de tempo – podendo o juiz determinar período que tenha prazo menor do que quinze dias.

Com relação à contagem do prazo, ressalta-se que esta se inicia com a efetivação da medida. Portanto, ainda que a interceptação seja levada a efeito somente três meses após a autorização judicial, não haverá nulidade.⁴⁰ Com vistas à exemplificação, colaciona-se o HC 135771/PE:

“Em relação às interceptações telefônicas, o prazo de 15 (quinze) dias, previsto na Lei nº 9.296/96, é contado a partir da efetivação da medida constritiva, ou seja, do dia em que se iniciou a escuta telefônica e não da data da decisão judicial (...)

HC 135771/PE 2009/0087436-3, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 04/08/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/08/2011.”⁴¹

2.8.1 A renovação do prazo

Na hipótese de necessidade de renovação do prazo da interceptação, esta deverá ocorrer antes do decurso do prazo fixado na decisão originária, mediante decisão judicial motivada, sob pena de anulação da medida.

⁴⁰ GOMES, Luis Flávio. **Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24.07.96.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 218

⁴¹ STJ - HABEAS CORPUS : HC 135771 PE 2009/0087436-3 - Inteiro Teor. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21099236/habeas-corporus-hc-135771-pe-2009-0087436-3-stj/inteiro-teor-21099237>. Acesso em 08/06/2017.

Sendo assim, reputa-se essencial para a renovação de autorização anterior, uma nova fundamentação. Nesse sentido colaciona-se o HC 152.092/RJ:

“5. Eventual nulidade da interceptação telefônica por breve período (7 dias), por falta de autorização judicial, não há de macular todo o conjunto probatório colhido anteriormente ou posteriormente de forma absolutamente legal; todavia, a prova obtida nesse período deve ser desentranhada dos autos e desconsiderada pelo Juízo.

6. Especificamente sobre o fato objeto da escuta realizada em período não acobertado pela autorização judicial, sua ocorrência poderá ser demonstrada por outros meios, se existentes, desde que não decorrentes diretamente da prova tida por ilícita; assim, eventual incidência das teorias da prova ou da fonte independente ou da descoberta inevitável, deverá ser apreciada pelo Juízo de primeiro grau, após análise ampla do conjunto probatório, vedado que o Tribunal a quo, em Habeas Corpus, ação de cognição restrita, decida, a priori, pela validade da prova captada de forma ilegal.

7. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 8. Ordem parcialmente concedida, apenas e tão-somente para determinar o desentranhamento dos autos e a desconsideração pelo Juízo do áudio e transcrições referentes ao período de 05.01.2006 a 11.01.2006, por ausência de decisão judicial autorizadora da medida.

(STJ - HC: 152092 RJ 2009/0212414-8, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 08/06/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2010).”⁴²

No habeas corpus em referência, decidiu o STJ pela nulidade das interceptações telefônicas coletadas, restando evidente, portanto, o fato de que a autorização judicial deverá ser primordialmente fundamentada diante da situação de renovação.

Entretanto, apesar da expressa delimitação temporal, uma parte da doutrina acredita que não seria possível afirmar de forma inequívoca se a renovação é permitida somente uma única vez. Acredita-se, que o prazo seria renovável tantas vezes quanto for necessário à investigação, devido a uma suposta lacuna na interpretação gramatical no dispositivo da lei, dando-se a entender que a prorrogação do prazo se daria no período de tempo tanto o quanto fosse necessário às investigações.⁴³

⁴² STJ – HABEAS CORPUS: HC 152092 RJ 2009/0212414-8 – Inteiro Teor. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029185/habeas-corpus-hc-152092-rj-2009-0212414-8/inteiro-teor-15029186>. Acesso em 28/05/2017

⁴³ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei nº 9296/96 de 24 de julho de 1996**, 2ª Edição, São Paulo. Ed. Saraiva, 2005. p. 51.

Nessa mesma esteira, a autora Ada Pellegrini, concorda que a lei não é clara quanto à possibilidade de haver mais de uma prorrogação temporal, ficando a cargo do juiz do caso a decisão quanto à essencialidade da medida na persecução criminal. Aduz, no entanto que somente serão permitidas as prorrogações da interceptação se permanecerem presentes os pressupostos de admissibilidade favoráveis à medida.⁴⁴

A jurisprudência, da mesma forma, já adotou posição favorável ao entendimento de que o prazo seria prorrogável por quanto tempo fosse, demonstrada a necessidade da medida. Nesse sentido, cita-se o julgamento do STJ no Habeas Corpus 152092/RJ, na apuração de prática de crime de associação para o tráfico internacional de drogas e lavagem de dinheiro:

“HABEAS CORPUS PREVENTIVO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA PROVA POR AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE DO PERÍODO DE DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (1 ANO E 7 MESES) OU DO EXCESSIVO NÚMERO DE TERMINAIS OUVIDOS (50). INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA JUDICIALMENTE DE FORMA FUNDAMENTADA. PRORROGAÇÕES INDISPENSÁVEIS DIANTE DA EXTENSÃO, INTENSIDADE E COMPLEXIDADE DAS CONDUTAS DELITIVAS INVESTIGADAS E DO NÍVEL DE SOFISTICAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COM RAMIFICAÇÕES NA AMÉRICA DO SUL, NA EUROPA E NOS ESTADOS UNIDOS. DESNECESSIDADE DA DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DAS MÍDIAS E DE PERITOS ESPECIALIZADOS PARA TAL FIM. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PEQUENO PERÍODO (7 DIAS), EM QUE REALIZADA A ESCUTA SEM AMPARO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, AINDA QUE POR ERRO DA OPERADORA DE TELEFONIA. PROVA ILÍCITA. INDISPENSABILIDADE DO DESENTRANHAMENTO DO ÁUDIO E DA DEGRAVAÇÃO CORRESPONDENTE DOS AUTOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL PELO TRIBUNAL A QUO, EM HABEAS CORPUS, SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO, NO PONTO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS PARA DETERMINAR O DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS E A DESCONSIDERAÇÃO PELO JUÍZO DO ÁUDIO E TRANSCRIÇÕES REFERENTES AO PERÍODO DE 05.01.2006 A 11.01.2006, POR AUSÊNCIA DE DECISÃO AUTORIZADORA DA MEDIDA.

1. A investigação que embasou a denúncia cuidava de apurar as suspeitosas atividades de articulada e poderosa organização criminosa especializada no comércio ilícito de substâncias entorpecentes (especialmente cocaína), com ramificações na Bolívia, no Uruguai, na Europa e nos Estados Unidos, esses últimos países receptores da droga, bem como na ocultação dos lucros auferidos com a atividade criminosa mediante a aquisição de postos de gasolina e investimentos em indústria petroquímica.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**, 8ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

2. Nesse contexto, não se divisa ausência de razoabilidade no tempo de duração das interceptações ou na quantidade de terminais interceptados, porquanto a dita numerosa quadrilha - veja-se que somente os ora pacientes possuíam 11 linhas telefônicas - e as intrincadas relações estabelecidas necessitavam de minucioso acompanhamento e apuração. 3. Ademais, a legislação infraconstitucional (Lei 9.296/96) não faz qualquer limitação quanto ao número de terminais que podem ser interceptados, ou ao prazo de renovação da medida; tudo irá depender do tipo de investigação a ser feita - quanto mais complexo o esquema criminoso, maior é a necessidade da quebra do sigilo telefônico, de mais pessoas e por mais tempo, com vistas à apuração da verdade que interessa ao processo penal.”

Igualmente, releva aduzir que há jurisprudência do STF também favorável à dilatação, praticamente indeterminada, do prazo, podendo ocorrer renovações quantas vezes forem necessárias, desde que fundamentada a necessidade de cada prorrogação.

“11. Eis a clássica jurisprudência do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça acerca dessa temática, in litteris: (...) A jurisprudência do supremo tribunal federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações. Precedentes: hc 83.515/rs, rel. Min. Nelson Jobim, pleno, maioria, d j de 04.03.2005; e hc 84.301/sp, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2 t, unanimidade, dj 24.03.2006. (...) (stf, rhc 88371/sp, 2t., j. 14. 11.2006) (itálico dessa magistrada) a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos. O prazo de duração da interceptação deve ser avaliado pelo juiz da causa, considerando os relatórios apresentados pela polícia. Precedentes do stj e do stf (stf, HC 60809/rj, 5 t.,J. 17.05.2007)”⁴⁵

Apesar do cenário de aceitação de renovações ilimitadas, o STJ já demonstrou entendimento diverso, a exemplo do Habeas Corpus 76686/PR, em referência a seguir:

“Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de

⁴⁵ Diário de Justiça do Estado de Goiás (DJGO) de 23 de julho de 2015 – Seção III – pg. 1125. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/96383003/djgo-secao-iii-23-07-2015-pg-1125>. Acesso em 10/06/2017.

defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito

(STJ - HC: 76686 PR 2007/0026405-6, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 09/09/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 10/11/2008)”⁴⁶

Além disso, a 6º Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso extraordinário, no Habeas Corpus 49146/SE, decidiu, por maioria, em conceder a ordem para reconhecer a ilicitude das interceptações telefônicas prorrogadas sucessivamente.⁴⁷

Analogamente, Geraldo Prado, quando do exame de decisão proferida pelo STF ao recurso em Habeas Corpus 81326/DF, com relação à nulidade quanto à duração das interceptações telefônicas, posicionou-se pela não aceitação de prorrogações. Assim, o autor firmou entendimento no sentido de que a suspensão de direitos fundamentais, no Estado democrático de direito, só teria sentido diante de estado excepcional, em situação de emergência transitória, respeitando-se o art. 136, §1º, inciso I e §2º da CF/88. A medida não seria razoável, mesmo em se tratando de delitos praticados por organizações criminosas ou contra ordem tributária.⁴⁸

Assim, para a decretação da renovação da medida, entende-se que a melhor posição é no sentido de que se faz necessário um novo fundamento, ou seja, o primeiro fundamento, tão somente, seria insuficiente para subsidiar a prorrogação da interceptação.

Além do que, apesar de não ser esse o entendimento uníssono, deve-se sempre atentar para o caráter excepcional das interceptações telefônicas ao realizar renovações intermináveis. Isso porque, frequentemente, sob pena de ofensa ao princípio da razoabilidade, sobrepõe-se

⁴⁶ JUSBRASIL. Busca HC 76686 PR. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2076785/habeas-corpus-hc-76686-pr-2007-0026405-6>. Acesso em 10/06/2017.

⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 49146/SE. Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 15/04/201. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16443695/recurso-extraordinario-habeas-corpus-re-no-hc-49146>. Acesso em 10/06/2017.

⁴⁸ PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris, 2006.

aos direitos fundamentais, a ideologia punitivista do processo penal, suprimindo, assim, direitos em prol da obtenção de provas. Torna-se, então, a invasão, que deveria ser excepcional, regra com relação a determinados indivíduos, eternamente sob investigação.

2.8.2 A interceptação ilícita por prospecção

Conforme estudado, não existe na Lei nº 9.296/96 a previsão de renovações sucessivas – limitando-se a trinta dias o prazo máximo – portanto, não há como admiti-las indefinidamente. No entanto, o fato de não haver orientação, em consequência, acaba por gerar o conflito de normas e inspirações ideológicas⁴⁹.

Esse conflito deverá ser solucionado sempre em favor da liberdade, pois a restrição desta, a partir do instituto das interceptações telefônicas, pressupõe, minimamente, o constante reexame da limitação aos direitos da privacidade, também fundamentais. O seja, “as disposições que restringem a liberdade devem ser interpretadas restritivamente” (Maximiliano).

Nenhum direito fundamental pode ser restringido indefinidamente, é imperioso que exista um termo final. Da mesma forma, não poderia a interceptação telefônica ter duração indeterminada, já que corresponde à medida restritiva de direitos fundamentais.

Assim, quando uma interceptação se alonga exageradamente no tempo, sem que exista fundamentação exaustiva a fim de justificar as renovações, tem-se a interceptação por prospecção.

A interceptação, é sabido, tem o intuito de comprovar a autoria ou materialidade de um delito que já possua indícios probatórios de sua existência. Portanto, ao perceber que a interceptação transformou-se em interceptação por prospecção, fica evidenciada a sua ilicitude.

⁴⁹ GOMES, Luis Flávio. **Interceptação telefônica: prazo de duração, renovação e excesso.** Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1057850/interceptacao-telefonica-prazo-de-duracao-renovacao-e-excesso>. Acesso em 05/06/2017.

Para mais, conforme dito anteriormente, somente quando decretado estado de defesa, pode, o Presidente da República, limitar o direito ao sigilo de comunicação telegráfica e telefônica ao prazo de sessenta dias.⁵⁰ Uma vez cessado o estado de necessidade, com o retorno ao estado de normalidade, a medida de interceptação se converte em interceptação por prospecção, devendo ser sancionada a partir de declaração de ilicitude.

Sobre o assunto, alcança-se que, se, durante o estado de defesa, o limite é de sessenta dias, em estado de normalidade esse prazo não deveria ser maior do que os quinze dias, prorrogáveis por mais quinze. Pode ser até que exista validade no excesso, segundo algumas jurisprudências citadas nesse tópico, mas, definitivamente, não existirá razoabilidade.

Em sede de violação de direitos fundamentais de privacidade, a justiça jamais deve ceder diante dos interesses comerciais. A violação indeterminada, ainda que fundamentada judicialmente, remete ao estado excepcional, de restrição de direitos fundamentais, em prejuízo das garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

⁵⁰ CFRB -Art. 136. (...)

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

CAPÍTULO 3 - A MANUTENÇÃO DO SIGILO NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

O conteúdo até aqui apresentado destina-se à análise da controvertida questão do sigilo nas interceptações telefônicas. Para isso, em um primeiro momento, cabe situar em que consiste a quebra de sigilo de justiça nesse caso.

O art. 10 da Lei nº 9.296/96 determina que:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigilo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Com isso, observa-se a possibilidade de dois crimes. O primeiro corresponde à parte inicial do artigo, qual seja a realização de interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, sem a devida autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. É um crime comum, podendo, portanto, ser praticado por qualquer pessoa, e também só existe se praticado sem a devida ordem judicial, é o caso em que a polícia realiza a interceptação sem a devida autorização. Além disso, a interceptação só pode ser realizada com a finalidade de investigar crimes, caso seja realizada com intuito diverso, haverá o crime da primeira parte do dispositivo em comento.

O segundo crime corresponde, então, ao momento seguinte do artigo, ou seja, a quebra do sigilo de justiça e, também, se está diante de crime comum. Apenas poderá ser praticado por quem possui o dever de sigilo, correspondendo, assim a crime próprio. A interceptação nesse caso é realizada com autorização judicial, entretanto, visando objetivos diferentes daqueles autorizados na lei.

Todavia há dissensão na doutrina quanto ao sujeito ativo do delito. Parte desta acredita que o crime seja próprio, só podendo ser cometido por agente que possua o dever de zelar pelo sigilo. E que, além disso, não corresponderia a crime funcional, restrito à função do agente, podendo ser praticado por quem também não possui cargo público, ou seja, por membro do Ministério Público, policial, juiz. Ao passo que para outra parte da doutrina, o crime

necessariamente é funcional, pois se trata de delito de infração de dever. O que, dessa forma, exclui a aplicabilidade do delito ao advogado e ao particular, por exemplo, pois estes não teriam o dever jurídico de preservar o segredo de justiça.⁵¹

À título de esclarecimento, há ainda, que se comentar o art. 154-A, do Código Penal:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita

No crime do art. 10 da Lei nº 9.296/96, o indivíduo estaria interceptando a comunicação que está em andamento, ou então violando o sigilo que está sob segredo de justiça. Ao passo que no crime do art. 154-A, do CP, o indivíduo simplesmente obtém dados que já estavam no computador. Nesse caso, presentes os elementos típicos, a comunicação informática ou telemática é acessada após o teor da mensagem ter chegado ao conhecimento do receptor.⁵² Todavia, o caso do art. 154-A não abrange o delito de quebra de sigilo em interceptações telefônicas, correspondendo, portanto, somente a uma ressalva ao tema em destaque.

É possível, inclusive, vislumbrar o dano moral em decorrência de interceptação telefônica ilícita. Tal fato pode ocorrer quando um indivíduo se utiliza de uma interceptação telefônica de um processo criminal e a expõe para a sociedade, podendo a conversa interceptada causar dano moral ao alvo da interceptação. Nesse sentido, aduz-se o seguinte acórdão, onde foi reconhecido o dano moral ante a veiculação de áudios provenientes de interceptações telefônicas ilegais:

“PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPUTAÇÕES. VEICULAÇÃO DE ÁUDIOS PROVENIENTES DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS ILEGAIS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO. SÚMULA 54/STJ. SENTENÇA MANTIDA. 1. A

⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual do Processo Penal**. São Paulo, Editora Saraiva, 2015. p. 67.

⁵² FRAGOSO, Christiano Falk. **Os crimes de interceptação indevida de comunicação telefônica, informática ou telemática e de quebra de segredo de justiça**. In. SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). **Interceptação Telefônica: Os 20 anos da Lei nº 9.296/96, 1ª Edição**. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016. p. 115

veiculação de áudios provenientes de interceptações telefônicas ilegais que expõem a vida privada da autora na rede mundial de computadores, constitui dano moral, e, portanto, gera o dever indenizar. 2. Na fixação de indenização por danos morais a condenação deve ser proporcional à ofensa e ter caráter compensatório e inibidor. 3. O termo inicial de incidência dos juros de mora é a data do evento danoso, em consonância com o enunciado da Súmula 54 do STJ, quando se tratar de responsabilidade extracontratual. 4. Apelações conhecidas, mas não providas. Maioria.

(TJ-DF - APC: 20120111980519, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Data de Julgamento: 18/11/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 30/11/2015 . Pág.: 187)”

Para mais, é importante aludir à Resolução nº 217 de 2016, do CNJ, que alterou a Resolução nº 59 de 2008. O ato normativo, em seu art. 17⁵³, procedeu à alteração com relação ao sigilo dos processos criminais em andamento.

Sendo assim, devido às recentes e constantes violações do sigilo de processos criminais em andamento, principalmente quando há interceptação telefônica implementada, a resolução do CNJ traz uma determinação direcionada ao juiz responsável pelo deferimento da medida. Passa a cumprir a este, requisitar a imediata apuração de todos os vazamentos, objetivando descobrir e responsabilizar quem deu origem aos mesmos. Sejam estes integrantes do Poder Judiciário ou membros de outras instituições, dentre as quais a polícia, o Ministério Público e a advocacia. Neste artigo, há previsão do magistrado, inclusive, ser responsabilizado, caso não determine a apuração.

⁵³ Art. 17. Não será permitido ao Magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos sigilosos contidos em processos ou inquéritos regulamentados por esta Resolução, ou que tramitem em segredo de Justiça, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente.

§ 1º No caso de violação de sigilo de que trata o caput deste artigo, por integrantes do Poder Judiciário ou por membros de outras instituições, dentre as quais a polícia, o Ministério Público e a advocacia, o Magistrado responsável pelo deferimento da medida requisitará a imediata apuração dos fatos pelas autoridades competentes, sob pena de responsabilização.

§ 2º Decorrido prazo razoável, o Magistrado solicitará informações sobre o andamento das investigações.

3.1 O direito fundamental à privacidade

Em um primeiro momento, é razoável a discussão acerca dos direitos fundamentais que se fazem suspensos quando da interceptação telefônica, com vistas à direcionar a discussão atinente ao prejuízo que a divulgação de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas causaria.

A dignidade da pessoa humana assumiu posição de destaque na CF/88, passando a ser vista como o “valor-guia” do ordenamento jurídico. Assim sendo, o valor da dignidade denota caráter de princípio fundamental, a partir do qual os demais princípios se derivam.

A Constituição brasileira a menciona em seu Artigo 1º, como um dos fundamentos da República:

Art. 1º 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:

III - a dignidade da pessoa humana;

O propósito de sua incorporação ao ordenamento jurídico é o de proteger a condição humana em todos os seus aspectos e manifestações. Assim, os direitos fundamentais, em conjunto com os direitos humanos, buscam contemplar atributos da personalidade humana que merecem a tutela jurídica em benefício do valor da dignidade humana.⁵⁴

Nessa esteira, em função da tutela da dignidade da pessoa humana, a Lei maior protege os direitos à privacidade e à intimidade que todo cidadão possui.

O texto constitucional, então, assegurou a tutela da privacidade, em seu art. 5º, inciso X. A proteção constitucional com relação à esfera privada do indivíduo é constituída pelos direitos à intimidade e à própria imagem.⁵⁵

⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**, 3ª Edição, São Paulo. Editora Atlas S.A., 2014, p. 13.

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 22ª Edição, São Paulo. Atlas, 2007. p. 48.

A definição de privacidade ultrapassa o conceito do direito no que se refere à intimidade e à vida privada. Isso porque se caracteriza por ser a liberdade individual para somente expor-se quando e se assim o desejar. O fornecimento de ações, imagens, informações pessoais, pensamentos, ideologias, identidade, quando de forma obrigatória ou dissimulada deve ser encarado como meio de restrição ao direito em análise, vez que devem estar sempre sob o comando daquele que os detém.

Em razão da extensão da liberdade que se possui frente aos próprios atos, as consequências do reconhecimento dessa liberdade ultrapassam o âmbito da vida privada, trata-se de direito público, oponível a toda e qualquer pessoa.⁵⁶ Portanto, os direitos da personalidade correspondem a um obstáculo à investida do Estado de tentar se imiscuir na vida privada do cidadão.

Nesse sentido, as comunicações sempre se apresentaram como tema de dispositivos constitucionais, ao longo da história jurídica do Brasil, variando sua intensidade de tutela normativa, de acordo com o desenvolvimento social.

Entretanto, o direito à intimidade pode ser relativizado, principalmente diante do conceito de supremacia do interesse público. Conforme preceituou decisão a ser analisada neste capítulo, à título de exemplificação.

Assim, apesar da proteção expressa à privacidade, no âmbito constitucional, a mesma não possui caráter absoluto, prevendo o próprio texto constitucional as hipóteses em que essa poderá ser suspensa, em sede de interceptações telefônicas.

Nesse sentido, esse tópico possui a finalidade de ponderar que, diante dos limites que respeitam a esfera da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, sob pena de responsabilização criminal, as interceptações telefônicas não poderiam ser levadas a público, tendo em vista o seu caráter sigiloso, ficando, portanto, sob sigilo de justiça.

⁵⁶ VIANNA, Cynthia Semiramis Machado. **Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/5441-5433-1-PB.htm>. Acesso em 30/05/2017.

3.2 O crime de quebra de sigilo telefônico

A Lei nº 9.296/96 expressamente prevê o sigilo se justiça em seus arts. 1º e 8º, *in verbis*:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Os dispositivos em comento, objetivamente, sugerem que às interceptações telefônicas é conferido expresso dever de “segredo de justiça”, devendo-se, portanto, o caráter sigiloso das diligências.

Assim, para que seja configurado o crime, não é necessário que o conteúdo da comunicação seja, de fato, íntimo. O crime pretende tutelar a inviolabilidade do sigilo das comunicações, que é posta em situação de vulnerabilidade independente do assunto da comunicação.⁵⁷

Em continuidade, com relação à hipótese em que o crime de interceptação é realizado sem a devida autorização judicial, há entendimento minoritário na doutrina, no sentido de que a autorização judicial possa ser obtida após a interceptação em si, deixando, portanto, de existir infração, conforme preceitua Vicente Greco Filho. No entanto, dessa forma, seria possível vislumbrar acontecimento de fraude à lei, pois, segundo Christiano Fragoso:

⁵⁷ FRAGOSO, Christiano Falk. **Os crimes de interceptação indevida de comunicação telefônica, informática ou telemática e de quebra de sigredo de justiça**. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Interceptação Telefônica: Os 20 anos da Lei nº 9.296/96*, 1ª Edição. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016. p. 115

“a Polícia passaria a conseguir legitimar interceptações telefônicas realizadas sem autorização judicial, bastando que um juiz desse uma autorização posterior, o que ampliaria desmedidamente o arbítrio na realização de interceptações telefônicas.”⁵⁸

Além disso, com relação à modalidade em que o crime se configura se a interceptação é realizada com objetivos não autorizados em lei, este ocorre quando a medida se dá fora da hipótese expressa no art. 1º da Lei nº 9.296/96.⁵⁹

Para mais, se antes ou durante a realização da interceptação, ocorre revelação indevida de que existe o procedimento cautelar, fica a administração da Justiça vulnerável, pois essa revelação poderia impedir ou dificultar a obtenção da prova. Ao tempo que, se durante ou depois das investigações, é indevidamente revelado o conteúdo das comunicações, vulnera-se não só a administração da justiça, mas também a inviolabilidade do sigilo das comunicações.

“A interceptação não significa franquia para uso e divulgação ilimitados do teor das comunicações sigilosas; ao contrário, a violação de sigilo representada pelo deferimento de interceptações de comunicações sigilosas é circunscrita à utilização no processo criminal em que foi deferida”⁶⁰

Dessa forma, é inegável que se torna abalada a reputação do Poder Judiciário, pois é seu dever “zelar pelo sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas”.⁶¹ Assim, na medida em que este se omite em impedir que informações confidenciais sejam levadas à público, divulgadas em noticiários e jornais, torna-se enfraquecida a legitimidade do uso das interceptações telefônicas, bem como a confiança no Poder Judiciário.

⁵⁸ FRAGOSO, Christiano Falk. Ob. Cit. p. 117.

⁵⁹ Art. 1º. (...) para prova em investigação criminal ou em instrução processual penal.

⁶⁰ FRAGOSO, Christiano Falk. Ob. Cit. p. 119.

⁶¹ Lei nº 9.296/96, art. 8º

3.3 Análise da quebra de sigilo telefônico no âmbito da *Operação LavaJato*

Recentemente, na Operação Lavajato, capitaneada pela Polícia Federal, a questão da possibilidade de divulgação de áudios interceptados trouxe o questionamento quanto à licitude da veiculação midiática desse meio de obtenção de prova. Como visto anteriormente, a violação ao sigilo das comunicações, inevitavelmente, é uma situação que consiste na suspensão do direito à privacidade.

No caso em comento, investiga-se o envolvimento de políticos em operações criminosas envolvendo grandes empresas, como a Petrobras S/A. A conjuntura é de clamor social pelo fim da corrupção, o que tem, possivelmente, levado a atos desmedidos da justiça, que acabam por sentenciar moralmente alguns dos investigados.

No âmbito das investigações da Operação Lavajato, foi deferida quebra de sigilo telefônico, face ao pedido do Ministério Público, respaldando-se na supremacia da Administração Pública, como é possível analisar no trecho da decisão, de março de 2016, a seguir:

“Não havendo mais necessidade do sigilo, levanto a medida a fim de propiciar a ampla defesa e publicidade. (...)”

Não muda esse quadro o fato da prova ser resultante de interceptação telefônica. Sigilo absoluto sobre esta deve ser mantido em relação a diálogos de conteúdo pessoal inadvertidamente interceptados, preservando-se a intimidade, mas jamais, à luz do art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal, sobre diálogos relevantes para investigação de supostos crimes contra a Administração Pública. Nos termos da Constituição, não há qualquer defesa de intimidade ou interesse social que justifiquem a manutenção do segredo em relação a elementos probatórios relacionados à investigação de crimes contra a Administração Pública. (...)”

Concomitantemente, diante da notícia divulgada na presente data de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria aceito convite para ocupar o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, deve o feito, com os conexos, ser remetido, após a posse, aparentemente marcada para a próxima terça-feira (dia 22), quando efetivamente adquire o foro privilegiado, ao Egrégio Supremo Tribunal Federal.”⁶²

⁶² PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E/OU TELEFÔNICA Nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Acesso em: 15/06/2017.

Dessa forma, observa-se que, com base no interesse público (art. 5º, LX, e art. 93, IX, da CF/88), o magistrado fundamentou sua decisão em prol da publicidade, além de ter levado em conta convicção pessoal, como é o caso de o fato de ter o investigado, o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, aceitado o cargo, que a ele conferiria o foro privilegiado, reputar-se relevante à justificativa da decisão em comento.

Ademais, sustentou-se a decisão que conferiu publicidade aos áudios interceptados no princípio da ampla defesa aos investigados, no princípio da publicidade dos atos processuais, no interesse público na apuração de crimes contra a Administração Pública, na democracia – visto que os governados deveriam saber o que faziam os governantes, bem como na tese de que a intimidade ou interesse social não prevaleceriam sobre a publicidade dos atos.⁶³

Tais fundamentações denotam a parcialidade do magistrado ao deferir a interceptação telefônica em epígrafe, que momentos após fora levada a conhecimento público, sendo amplamente veiculada em diversos meios de comunicação.

Nesse sentido, apenas o conceito de supremacia do interesse público serviria de fundamento para respaldar referida decisão, o que não ocorreu. Isso porque se vislumbra a hipótese de que o interesse público não, necessariamente, se aplique no caso em tela.

Explica-se, então, que o magistrado, inicialmente, baseou sua decisão no fato de que a seria saudável a submissão dos áudios “ao escrutínio público”, o que denota parcialidade nesta, já que a legislação em nenhum momento aponta para esta possibilidade como justificativa para que se divulgue o conteúdo de interceptações telefônicas. Além disso, o ex-presidente, objeto das investigações, ainda que possa ser nomeadamente classificado como pessoa pública, não pratica atos em nome da Administração pública, visto que não mais atua como governante, sendo, então, incabível tal explicação.

⁶³ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; HORA, Nilo Cesar M. Pompilio. **Sigilo das Interceptações Telefônicas: Uma análise do caso Lavajato.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/8r10702t/6m9652s5FVbupmgK.pdf>. Acesso em 12/06/2017. p 90.

Poderia, nessa situação, incidir não só o art. 10, da Lei nº 9.296/96, como também o art. 17 da Resolução nº 217 de fevereiro de 2016, ambos já citados na introdução do capítulo que se apresenta. Vislumbrando-se, então, a possibilidade de responsabilização criminal, com relação ao primeiro dispositivo, e responsabilização disciplinar, com relação ao art. 17, da aludida resolução, ambos em decorrência do ato de divulgação do conteúdo de medida de interceptação, à qual caberia sigredo de justiça.

Diante disso o Ministro Teori Zavascki, inclusive, afirmou que seria inadequada a invocação do interesse público para a divulgação de conversas de autoridades públicas como se estas “estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade”.⁶⁴ Por essa razão, então, determinando a suspensão do pedido de quebra de sigilo telefônico, posto que impertinente, bem como respectiva remessa ao STF, para fins de decisão a respeito das investigações.

Assim, em sede de ofício-resposta ao Ministro, quanto à suspensão do pedido, refutou o magistrado responsável pelo deferimento da quebra de sigilo que, apesar da possibilidade de incorreção do entendimento anterior, em virtude de constrangimento desnecessário, sua decisão não fora nesse sentido, desculpando-se pela medida, em seguida. Para mais, aduziu justificativa para a decisão no fato de possuírem as conversas interceptadas relevância jurídico-criminal, além de terem sido constitucionalmente adequadas, não vislumbrando, assim, ilegalidade em sua decisão.

Com relação à divulgação dos áudios interceptados, replicou conforme trecho em sequência:

“O levantamento do sigilo não teve por objetivo gerar fato político-partidário, polêmicas ou conflitos, algo estranho à função jurisdicional, mas, atendendo ao requerimento do MPF, dar publicidade ao processo e especialmente a condutas relevantes do ponto de vista jurídico e criminal do investigado do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva que podem eventualmente caracterizar obstrução à Justiça ou tentativas de obstrução à Justiça (art. 2º, §1º, da Lei nº 12.850/2013).

⁶⁴ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; HORA, Nilo Cesar M. Pompilio. **Sigilo das Interceptações Telefônicas:** Uma análise do caso Lavajato. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/8r10702t/6m9652s5FVbupmgK.pdf>. Acesso em 12/06/2017. p. 90

O propósito não foi político-partidário, mas sim, além do cumprimento das normas constitucionais da publicidade dos processos e da atividade da Administração Públicas (art. 5º, LX, art. 37, caput, e art. 93, IX, da Constituição Federal), prevenir obstruções ao funcionamento da Justiça e à integridade do sistema judicial frente a interferências indevidas.”⁶⁵

Em primeiro lugar, o sigilo às comunicações é inviolável, conforme prevê o comentado art. 5º, inciso XII, da CF/88, bem como os arts. 1º e 8º da Lei nº 9.296/96. Nesse sentido, jamais poderia a quebra de sigilo ter sido deferida em sede de prova que possui a prerrogativa de restrição à direitos fundamentais, de privacidade e intimidade. Além disso, a legislação nada diz respeito ao fato de ocupantes de cargo público não possuírem as aludidas prerrogativas, portanto, não há excepcionalidades com relação a indivíduos disporem de seus direitos porque determinadas tais posições públicas.

Para mais, há entendimento consolidado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde foi decidido que no art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁶, ainda que não se citem as conversas telefônicas, estas se incluem na seara de proteção à vida privada, conforme aduzido a seguir:

“114. Como esta Corte expressou anteriormente, ainda que as conversações telefônicas não se encontrem expressamente previstas no artigo 11 da Convenção, trata-se de uma forma de comunicação incluída no âmbito de proteção da vida privada. O artigo 11 protege as conversas realizadas através das linhas telefônicas instaladas nas residências particulares ou nos escritórios, seja seu conteúdo relacionado a assuntos privados do interlocutor, seja com o negócio ou a atividade profissional que desenvolva. Desse modo, o artigo 11 aplica-se às conversas telefônicas independentemente do conteúdo destas, inclusive, pode compreender tanto as operações técnicas dirigidas a registrar esse conteúdo, mediante sua gravação e escuta, como qualquer outro elemento do processo comunicativo.”⁶⁷

⁶⁵ Ofício nº 700001743752. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/3/art20160330-03.pdf>. Acesso em: 12/06/2017.

⁶⁶ **Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade**

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

⁶⁷ GOMES, Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. **Brasil é condenado novamente pela CIDH: Caso Escher (Violação à privacidade) (PARTE V)**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1822930/brasil-e-condenado-novamente-pela-cidh-caso-escher-violacao-a-privacidade-parte-v>. Acesso em: 12/06/2017.

A CIDH, inclusive, condenou o Brasil, no caso *Escher x Brasil*, diante da divulgação de conversa interceptada, de forma insatisfatoriamente justificadas, nos meios de comunicação, violando-se, portanto, direitos à vida privada, à honra e à reputação. Destarte, observa-se a reiterada violação ao art. 11 da CADH, aos direitos fundamentais, no caso que se apresenta.⁶⁸

Nesse sentido, interessa ao presente estudo o fato de que a quebra de sigilo telefônico produz efeitos irreversíveis à honra e dignidade da pessoa humana, quanto mais se levada à público. No caso em epígrafe, leva-se em conta ainda que o prejuízo se apresente ainda maior à honra do sujeito em questão, considerando-se a sua condição de pessoa pública, restando o fato - de ter a sua intimidade violada - relevante às relações sociais do indivíduo, afetando-as permanentemente frente a toda a sociedade.

Em análise da resposta cedida, observa-se, - além das justificativas anteriormente aduzidas - que o magistrado teria, também, direcionado a responsabilidade pela publicidade dos áudios interceptados ao Ministério Público Federal, tendo em vista ter sido o, então, ato, a requerimento deste.

No entanto, não poderia o juiz afastar-se da autorização, tanto para a realização da interceptação telefônica, quanto para divulgação desta, visto que essa fora defendida em sua decisão. Assim, nada obsta que possa o magistrado ter submetido o áudio com vistas a obter respaldo popular de sua atitude.

Enfim, observa-se a efetiva banalização do instituto das interceptações telefônicas no âmbito dessa operação. Isso porque esta tem sido feita com base, praticamente, em um único meio de prova, ultrapassando-se, assim, as garantias constitucionais por meio de instituto regido pelo princípio da subsidiariedade. Por óbvio que o cenário denota, então, a fragilidade da operação.

⁶⁸ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; HORA, Nilo Cesar M. Pompilio. **Sigilo das Interceptações Telefônicas:** Uma análise do caso Lavajato. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/8r10702t/6m9652s5FVbupmgK.pdf>. Acesso em 12/06/2017. p. 99.

A garantia de aplicação das liberdades civis, respeito aos direitos humanos e às garantias fundamentais são basilares ao Estado Democrático de Direito, que proporcionam a isonomia no âmbito penal, portanto, jamais poderão ser essas regras flexibilizadas em prol do sucesso da operação, que é o que se observa diante da ampla investigação e combate à corrupção.

3.4 Consequências da vinculação midiática

A medida das interceptações telefônicas vem, ao longo dos anos, se popularizando no processo penal. Tal conjuntura traz a tona o fato de o sigilo das comunicações perder cada vez mais suas características de excepcionalidade. Por outro lado, poderia, também, trazer à tona a possibilidade de que as capacidades investigativas estejam por demais dependendo deste meio invasivo de instrução probatória.

O que se observa é um dispositivo de controle social que se pretende individualizado, mas que, no entanto, se apresenta como, em tese, essencial quando do controle de categorias coletivas, funcionando como instrumento de identificação e análise de um subgrupo delinquente, o qual se pretende erradicar.⁶⁹

Tal afirmativa perfeitamente se encaixa no contexto das grandes operações, como a Lavajato, que se dizem capazes de erradicar a corrupção a partir da investigação de amplos grupos. A interceptação telefônica vem se apresentando como regra nessas circunstâncias, propondo a diminuição dos índices de criminalidade. O que se apresenta, no entanto, no contexto de um Estado enfraquecido, como instrumento de legitimação e busca de apoio social/popular deste.⁷⁰

⁶⁹ PRATES, Fernanda. Práticas de interceptação e os riscos do modelo de “megajustiça”. In. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). **Interceptação Telefônica: Os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. 1ª Edição. Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2016. p. 179.

⁷⁰ PRATES, Fernanda. Ob. Cit. p. 187.

Assim, considerando todo o ordenamento jurídico, questiona-se: em um Estado Democrático de Direito, uma medida tão invasiva quanto à interceptação telefônica, justifica-se?

O que se pretende fundamentar é que: certamente. Em um Estado Democrático de Direito, consolidado nas bases da dignidade da pessoa humana, é unânime o desejo de se viver em uma sociedade justa, segura, livre de ilícitos, dentre os quais a corrupção.

Todavia, partindo-se do pressuposto de que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, conforme o art. 144, CF/88⁷¹, na medida em que cabe ao Estado adotar medidas para garantir o cumprimento do seu dever, em consonância com a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

No entanto, por se tratar de medida agressiva, aduz-se o caráter cautelar desta, visto que causa a invasão na vida privada do indivíduo. O que remete ao fato de que, podendo o assunto ser provado por intermédio da prova testemunhal, documental ou pericial, por exemplo, afasta-se a possibilidade de deferimento da interceptação telefônica.

Contudo, a construção de uma democracia não pode ter por prerrogativa a lógica da “espetacularização” como tradição autoritária, a fim de estabelecer-se; pois os direitos e garantias fundamentais acabam sendo colocados em segundo plano em nome da sobreposição de direitos, ditos em nome da coletividade. No entanto, o que ocorre é o desejo de se atender a opinião pública, subtraindo-se direitos e restando a defesa e o contraditório inviabilizados. Assim, aduz-se entendimento de Rubens Casara:

“No processo penal do espetáculo, as consequências danosas à sociedade produzidas pelo processo, não raro, são piores do que as do fato reprovável que se quer punir. (...) Diante desse quadro, impõe-se ressignificar o processo penal como

⁷¹ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

um instrumento de garantia contra a opressão e, portanto, como um instrumento contramajoritário, necessário à concretização dos direitos fundamentais.⁷²

Assim, descartar a legalidade do processo, a fim de combater delitos graves, em resposta aos anseios sociais não se apresenta como melhor forma de lidar com essa medida, para obtenção de provas na persecução criminal. É primordial que o processo penal promova garantias, tendo-se como imprescindível que os atores jurídicos não se apresentem sob a ótica populista, de detentores da verdade processual, favorecendo-se, assim, o Estado Democrático de Direito, em benefício da liberdade e dos princípios fundamentais.

⁷² CASARA, Rubens. A interceptação telefônica na era da espetacularização do processo penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). **Interceptação Telefônica: Os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. 1ª Edição. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2016. p. 443.

CONCLUSÃO:

Com efeito, a Constituição expressamente dispôs sobre o sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, inc. XII), e, ainda, estabeleceu que, em situações específicas a serem disciplinadas em lei ordinária, seria possível haver a quebra desse sigilo, ou seja, ocorrer a interceptação telefônica legalmente executada.

Superando-se a distinção necessária entre quebra de sigilo telefônico e interceptação telefônica, correspondendo a primeira tão somente ao amplo acesso à relação das ligações de determinada linha telefônica, enquanto que a interceptação telefônica possibilita o conhecimento do teor da conversa. O objeto desse trabalho delimitou-se à interceptação telefônica e seus limites quanto à licitude.

Por meio da reflexão acerca do modelo processual penal que se apresenta no Brasil, foi possível perceber que a realidade é de desrespeito aos direitos fundamentais do indivíduo. Ao tempo que o sistema se diz acusatório e baseado em garantias, na prática aponta para decisões judiciais de base inquisitorial que se afastam do ideal de garantismo processual penal.

No modelo inquisitorial, entre outras características, as funções de julgar a causa e de exercer a acusação pertencem ao juiz, atuando como parte e, assim, abandonando sua posição de imparcialidade. Compete ao juiz a produção de provas, intervindo nessas como melhor lhe aprouver, além de não ser o seu convencimento formado por provas. Diz-se que o modelo atual é neoinquisitório, pois se percebe na produção probatória que o juiz defere interceptações telefônicas não fundamentadas, maculando sua imparcialidade, além de estender a medida por prazos intermináveis, em inobservância aos direitos fundamentais. Ainda que, por vezes, seu convencimento seja baseado no contraditório e princípios processuais, a presença de prova obtida de forma ilícita já irá, por si só, também, prejudicar o processo.

A interceptação telefônica, inevitavelmente, remonta a um histórico ditatorial no Brasil. A supressão de direitos fundamentais como meio de obtenção de prova no processo penal, onde ocorre, praticamente, uma confissão sobre crime cometido, em que o interlocutor sequer

sabe que está confessando, deveria parecer, no mínimo inconstitucional, ou até incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Entretanto, há limites quanto aos procedimentos na interceptação telefônica e, quando da sua ilicitude, como é o exemplo em que temos uma escuta telefônica que tem como alvo certo indivíduo, e essa escuta capta vários outros crimes ou potenciais crimes, conseqüentemente, tornando outros indivíduos alvos de investigações policiais. A esse caso aplica-se a teoria da exclusão da ilicitude, não sendo lícito o meio de prova obtido.

Outra consequência que uma interceptação ilícita pode causar é o dano moral ao expor a vida de alguém para outras pessoas dentro do processo penal.

Tem-se, portanto, a questão de vícios no processo, que acarretam na ilicitude de provas, acabando por contaminar todas as demais provas advindas deste processo. No entanto, frequentemente, vê-se o aproveitamento dessas provas em novos processos, a partir destas instaurados. Ora, o processo que se instaura a partir de prova ilícita, que continha vício, obviamente não deveria ter continuidade, como se pôde concluir.

Por outro lado, impera a análise casuística, visto que nenhum direito ou garantia possui caráter absoluto. Assim, é possível que, diante da proibição de prova ilícita, por exemplo, um inocente seja impedido de buscar sua absolvição. Dessa forma, diante do conflito de valores, deverá ser analisado, com base no princípio da proporcionalidade, o caso concreto, prevalecendo os direitos à liberdade e à dignidade humana.

Nos últimos anos, fenômenos como o crescimento da mancha criminal (ou a investigação mais aprofundada sobre essa), o terrorismo, o crime organizado, de certa forma fortaleceram a tendência punitivista. Em consequência, tem-se um direito penal e processual penal com poucas e, por vezes, nenhuma garantia.

Percebe-se a reação à essa condição, por parte do Estado, em combater a criminalidade através da repressão, sobrepondo alguns crimes a outros, impedindo a reflexão que se faz necessária da realidade social.

A mídia, por sua vez, no seu papel de veicular as notícias, acaba por influenciar a sociedade e fortalecer os ideais punitivistas, também, somente para determinados crimes e agentes. Ao tempo que o conhecimento dos direitos humanos e fundamentais do indivíduo, por exemplo, seriam muito mais interessantes à sociedade, no sentido de proporcionar o verdadeiro sistema penal acusatório, que se pretende na Constituição.

Assim, a postura adotada nos tribunais é repressiva e punitivista, o que só poderia se refletir no próprio sistema processual penal. O poder executivo, ainda mais, não só é influenciado por esse posicionamento, como o defende.

Entretanto, não podem os meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica, se configurarem como instrumento para que as autoridades públicas extingam a criminalidade, violando os direitos fundamentais. O número de medidas deferidas para quebra de sigilo telefônico mostra-se cada vez maior, o que denota seu caráter cada vez menos subsidiário.

Para mais, o descumprimento ao prazo legalmente estipulado é um problema atual e configura violação de direitos fundamentais de privacidade. A justiça deve ceder somente até certo ponto, nunca diante de interesses comerciais, como se pode observar que tem ocorrido no atual cenário. Dessa forma, ainda que o excesso seja acarretado pelas demandas atuais de justiça, quase que a todo custo, a razoabilidade deve ser observada para que o procedimento seja minimamente válido. Uma vez cessada a necessidade da interceptação, a medida se transforma em interceptação por prospecção, à qual cabe sanção ao magistrado, com declaração de ilicitude.

A interceptação telefônica é frequentemente usada como artifício no combate a crimes complexos, como a corrupção. Contudo, essa frequência trouxe à baila polêmicas no meio jurídico e acadêmico, seja com relação à ausência de regulamentação, em um primeiro momento, seja com relação às lacunas no procedimento desse meio de obtenção de prova, à licitude da prova obtida e ao excesso de seu uso, em sobreposição à direitos fundamentais constitucionais.

Portanto, cumprir o interesse social de justiça, cerceando o mínimo os direitos individuais, parece possível por meio de um conjunto normativo de regras capazes de delimitar a atuação do Judiciário. O erro deste no assunto das interceptações telefônicas pode acarretar a violação irremediável de um direito fundamental, em prejuízo da ordem democrática, ao tempo que pode também propiciar a impunidade e a desordem social. Nesse sentido, caberá ao julgador a ponderação de bens jurídicos à luz do caso concreto.

Todavia, não se pode olvidar a real necessidade de que o Judiciário incorpore visão adequada, de atenção aos ideais constitucionais e garantias fundamentais, ante ao atual estado de verdadeiro descarte de direitos, onde se evidencia um conceito deturpado de justiça, e mais se preza por punição e vingança.

Do contrário, é provável que possam as teses jurisprudenciais, seja favoráveis à interceptação de mídias que a lei não autoriza, por exemplo, seja com relação à aplicação de novas interpretações, baseadas no clamor social de combate à corrupção, virem a diminuir direitos fundamentais do indivíduo.

Portanto, esse instrumento processual deve sempre ser utilizado com viés garantista, pois é um meio que, como já falado, se utilizado sem limites, se torna ferramenta que remonta ao Estado totalitário.

Novamente, reforça-se que é imprescindível a rigorosa disciplina na legalidade procedimental, observando-se para isso os limites na dignidade da pessoa humana e na proteção à intimidade frente à liberdade probatória. O equilíbrio na atuação estatal é interesse de toda a sociedade no sentido de busca da paz social e da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS:

- ALVES, André. **Estudos do novo CPC**. Disponível em: <https://estudosnovocpc.com.br/2015/07/13/artigo-369-ao-383/>. Acessado em 10/06/2017.
- BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovani Celso. **Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática (A visão do delegado de polícia)**. 1ª Edição. São Paulo, Ed. Letras Jurídicas, 2016.
- CABRAL, Camila. **Interceptação telefônica: Análise da Lei nº 9.296/96 segundo o entendimento dos Tribunais Superiores**. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,interceptacao-telefonica-analise-da-lei-no-929696-segundo-o-entendimento-dos-tribunais-superiores,55665.html>. Acessado em: 02/06/2017
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2015. p. 35.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Reserva de Jurisdição e Direito de Liberdade**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3da0cfe2-7901-4e75-892c-af0e2cb34afa&groupId=10136. Acesso em 10/06/2017.
- CATARINA, Justiça Federal do Estado de Santa. **Florianópolis: rejeitada denúncia contra acusados da Operação Influenza**. Disponível em: <https://jf-sc.jusbrasil.com.br/noticias/1358261/florianopolis-rejeitada-denuncia-contra-acusados-da-operacao-influenza>. Acesso em: 10/06/2017.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do Garantismo Penal**. 6ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica: prazo de duração, renovação e excesso**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1057850/interceptacao-telefonica-prazo-de-duracao-renovacao-e-excesso>. Acesso em 10/06/2017
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Rául. **Interceptações Telefônicas**, 1ª Edição, São Paulo. Ed. Revistas dos Tribunais, 1997.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. 11ª Edição. Niterói, Ed. Ímpetus, 2014.
- GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**, 1ª Edição, São Paulo. Ed. Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 131
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/108/151>. Acessado em: 09/06/2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Editora Podivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

MACIEL, Luiz Flávio Gomes Silvio. **Interceptação Telefônica** – Comentários à Lei 9.296 de 24.07.1996. 3ª Edição. São Paulo, Editora RT, 2014.

MIURA, Douglas. **Escuta telefônica pode ser usada em medida disciplinar, diz STF**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-jun-19/grampo_tambem_serve_procedimento_disciplinar. Acesso em 10/06/2017.

MORAES, Marcos Vinicius da Costa. **Interceptações Telefônicas: Reflexões e Polêmicas**, 1ª Edição, São Paulo. Editora Justitia, 2008.

NASCIMENTO, José Carlos do. **As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7180/as-provas-produzidas-por-meios-ilicitos-e-sua-admissibilidade-no-processo-penal/1>. Acesso em 30/05/2017.

ORTEGA, Flávia. **Apostila – Interceptação Telefônica**. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/334967723/apostila-interceptacao-telefonica>. Acesso em: 01/06/2017

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 7ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2007

PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editoria Lúmen Júris, 2006

PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Processo Penal e Garantias: Estudos em homenagem ao professor Fausi Hassan Choukr**, 2ª Edição. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8ª Edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2004.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A prova lícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

RUTHES, Igor Fernando. **Interceptação Telefônica** – A Legalidade das Prorrogações das Escutas Telefônicas no Âmbito da Investigação Criminal. 1ª Edição. Editora Juruá, 2016.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **A inconstitucional utilização dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas como prova emprestada**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ded693405194bd81>. Acesso em 05/05/2017.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). **Interceptação Telefônica: Os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. 1ª Edição. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2016.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; HORA, Nilo Cesar M. Pompilio. **Sigilo das Interceptações**

Telefônicas: Uma análise do caso Lavajato. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/8r10702t/6m9652s5FVbupmgK.pdf>. Acesso em 12/06/2017.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**, 3ª Edição, São Paulo. Editora Atlas S.A., 2014.

SILVA, Cesar Dario Mariano da. **Provas ilícitas - princípio da proporcionalidade: interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão**. São Paulo, Editora Atlas, 2010.

STF, Informativo. **HC 75.338-RJ, rel. Min. Nelson Jobim, 11.3.98**. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo102.htm#Gravação Telefônica e Prova Lícita](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo102.htm#Gravação%20Telefônica%20e%20Prova%20Lícita). Acessado em 10/06/2017.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

TASSARA JR., Waldemar Antonio. **Interceptação Telefônica a luz do ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Lei 9296/96**. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7129. Acessado em 16 de novembro de 2016.

VIANNA, Cynthia Semiramis Machado. **Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana**.

Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/5441-5433-1-PB.htm>. Acesso em 30/05/2017