

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

GABRIELE DALGALLO BINDER

**LEI Nº. 9.296/96:
DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCEDIMENTO**

**CURITIBA
2016**

GABRIELE DALGALLO BINDER

LEI Nº. 9.296/96:
DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCEDIMENTO

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Marcelo Lebre.

CURITIBA
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIELE DALGALLO BINDER

LEI Nº. 9.296/96

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2016.

DEDICATÓRIA

À minha mãe, Susi, por me trazer ao mundo, pela sua paciência, ao longo dos meus vinte e seis anos, por seu carinho, por seu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, inicialmente, por ter colocado as pessoas certas no meu caminho e por ter me concedido a inspiração necessária para a pesquisa.

Por sua vez, muito obrigada ao meu orientador, Marcelo Lebre, pelo zelo a mim dedicado.

Aos meus pais, pelos constantes cuidados, preocupações e incentivos.

À minha amiga, Márcia Senka Tonkio, pela revisão da ortografia do trabalho.

Enfim, a esta instituição, corpo docente, direção e administração que oportunizam novos desafios e contribuem para a formação dos futuros magistrados do Estado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA	12
3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	14
3.1 PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS	17
3.2 DIREITO À PRIVACIDADE	20
3.3 SIGILOS	23
3.3.1 Sigilo de correspondência	24
3.3.2 Sigilo de dados	24
3.3.2.1 Sigilo de dados bancários e fiscais	25
3.3.2.2 Sigilo de dados telefônicos	27
3.3.3 Sigilo das comunicações telegráficas, telefônicas e telemáticas	28
4 INSTITUTOS CORRELATOS: CONCEITOS E DIFERENÇAS	32
5 PARTICULARIDADES DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	36
5.1 NATUREZA JURÍDICA	37
5.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS	37
5.2.1 Finalidade criminal	38
5.2.2 Indícios razoáveis de autoria ou de participação	38
5.2.3 Infração penal punida com pena de reclusão	39
5.2.4 A indispensabilidade da interceptação telefônica	42
5.2.5 Ordem da autoridade judiciária competente	42
5.2.5.1 Ordem escrita e fundamentada	45
5.2.5.2 Delimitação da situação objeto da investigação e do sujeito da interceptação	46
5.2.5.3 Conteúdo da decisão	47
6 PROCEDIMENTO	48
6.1 LEGITIMIDADE PARA REQUERER A MEDIDA	48
6.2 DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO	49
6.3 EXECUÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	52
6.4 APENSAMENTO	54
6.5 LEVANTAMENTO DO SEGREDO DE JUSTIÇA E O INCIDENTE DE	56

INUTILIZAÇÃO	
6.6 TRANSCRIÇÃO	57
6.7 LIGAÇÕES ANÔNIMAS	58
6.8 SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO	59
6.9 ENCONTRO FORTUITO	61
6.10 PROVA EMPRESTADA	66
7 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	74

RESUMO

A lei nº. 9.296/96 visou regulamentar o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, até então de eficácia limitada. É nesse contexto que a presente pesquisa buscará evidenciar nas previsões constitucionais, relacionadas aos direitos fundamentais, a interpretação e aplicação apropriada da Lei nº. 9.296/96. O cerne da pesquisa decorre, portanto, de três questões essenciais: a identificação dos direitos fundamentais ligados à utilização do meio de obtenção de prova, os requisitos legais e constitucionais para a utilização da interceptação e os desdobramentos procedimentais. Considere-se que o processo penal não pode utilizar o meio de obtenção de prova com vistas a engendrar óbices à concretude dos direitos fundamentais, cuja implementação a sociedade buscou a duras penas. Não obstante, o exercício da função pública, por si só, não coonestava uma prática arbitrária. Deste modo, deve-se afastar a crescente e deletéria ideia de flexibilizar, a todo custo, a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade. Nesse contexto, é sobremodo identificar a postura adequada do magistrado frente ao procedimento, haja vista a necessidade de reserva jurisdicional para o deferimento da interceptação telefônica, ao qual incumbirá ponderar os direitos que devem ser preservados e os que serão flexibilizados, sobretudo às proximidades dos veementes debates acerca do reconhecimento do direito ao esquecimento. Note-se que uma postura adequada evitará julgamentos sumaríssimos pela população e espetáculos sem proporcionalidade.

Palavras-chave: interceptação telefônica, encontro fortuito de provas, compartilhamento de provas, direito à privacidade, sigilo das comunicações telefônicas.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), baseada no Estado Democrático de Direito, na democracia e nos direitos fundamentais, dissemina eficácia, conteúdo axiológico e finalidade a todas as demais normas infraconstitucionais. Corolário lógico, os textos legais, as decisões administrativas e judiciais estão submetidas e encontram seu fundamento na Carta Política.

Não raras vezes, previsões garantistas foram excepcionadas pelo próprio texto constitucional. É o que se deduz da proteção ao sigilo, gênero do qual o segredo das comunicações telefônicas é espécie.

Saliente-se que o artigo 5º, inciso XII, da CRFB/88 passou a vigorar em dado contexto histórico, no qual a internet recentemente havia chegado ao Brasil e o avanço tecnológico se apresentava reticente.

Concomitante ao avanço tecnológico obtido com o passar dos anos aumentou também a criminalidade. Se antes os agentes do crime usavam satélite e fax, hoje suas ações foram facilitadas pelos celulares, mensagens instantâneas do facebook e whatsapp.

É bem verdade, porém, que o legislador originário não possuía subsídios para viajar no tempo e descrever no texto todas as hipóteses que, posteriormente, surgiriam. Não é crível supor, por outro lado, que a ordem jurídica ficará à mercê da ausência de previsão legal, a fim de buscar a punição dos que transgredirem a ordem jurídica.

Pois bem, a lei nº. 9.296/96 visou regulamentar o dispositivo constitucional supramencionado, até então de eficácia limitada.

É nesse contexto que a presente pesquisa buscará evidenciar nas previsões constitucionais, relacionadas aos direitos fundamentais, a interpretação e aplicação apropriada da Lei nº. 9.296/96.

Nessa toada, o cerne da pesquisa decorre de três questões essenciais: a identificação dos direitos fundamentais ligados à utilização do meio de obtenção de prova, os requisitos legais e constitucionais para a utilização da interceptação e os desdobramentos procedimentais.

Com isso, não é nossa pretensão a exaustão dos temas afetos à Lei, mas, sim, realizar considerações pertinentes, especialmente no que diz respeito à

evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Para que se atinja tal desiderato, pontue-se o atual cenário político, jurídico e moral que enfrentamos, o qual evidenciou a relevância da utilização da interceptação telefônica para a obtenção de meios de provas, na investigação criminal e no processo penal, objetivando dissecar ardilosos esquemas contrários à pacificação social, e em última análise, concretizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Seria temerário considerar, contudo, que o processo penal pode utilizar o meio de obtenção de prova com vistas a engendrar óbices à concretude dos direitos fundamentais, cuja implementação a sociedade buscou a duras penas. Não obstante, o exercício da função pública, por si só, não coonestava uma prática arbitrária.

Deste modo, deve-se afastar a crescente e deletéria ideia de flexibilizar, a todo custo, a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, pois, caso contrário, passaremos a nos valer de torturas, detector de mentiras e outros meios inexoravelmente repudiados no estado de evolução que atingimos.

Rememore-se que as ofensas causadas aos direitos fundamentais, em razão da utilização irresponsável dos meios ditados pela legislação em exame, provocam, não raras vezes, danos irreparáveis. Afinal, o conteúdo divulgado não pode ser apagado da mente daqueles que ouviram, a honra maculada não pode ser restabelecida, a imagem deturpada não pode ser recuperada.

Nesse contexto, é sobremodo identificar a postura adequada do magistrado frente ao procedimento, haja vista a necessidade de reserva jurisdicional para o deferimento da interceptação telefônica, ao qual incumbirá ponderar os direitos que devem ser preservados e os que serão flexibilizados, sobretudo às proximidades dos veementes debates acerca do reconhecimento do direito ao esquecimento. Note-se que uma postura adequada evitará julgamentos sumaríssimos pela população e espetáculos sem proporcionalidade.

Por sua vez, busca-se, ainda, por meio do presente trabalho, prestar os devidos esclarecimentos à comunidade acadêmica e social, no sentido de propiciar a informação adequada, pois rotineiramente os institutos são confundidos e os limites não são bem compreendidos.

Em conclusão e na linha de exposição apresentada, a possibilidade de interceptação telefônica será investigada pela ótica da ordem constitucional, objetivando a preservação da dignidade da pessoa humana, do sigilo, da intimidade e imagem, e ainda, afastando-se a utilização de qualquer prova ilícita.

Esses fundamentos constitucionais serão contrapostos à Lei nº. 9.296/06, e, assim procederemos a um cotejo entre as classificações, analisando os desdobramentos procedimentais.

Com zelo ao assunto, conquanto a doutrina e a jurisprudência apresentem várias divergências, buscar-se-á reunir as posições relativas ao prazo da interceptação telefônica, ao sigilo relativo ao advogado, ao compartilhamento de provas, ao encontro fortuito e outros assuntos relevantes ao debate.

2 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

O processo penal é a ferramenta capaz de promover a reconstrução histórica de determinados fatos, imputados a certo indivíduo por aquele investido de competência para provocar o amparo jurisdicional. (BADARÓ, 2014, p. 262; OLIVEIRA, 2009, 317), isto é, em se tratando de ação penal pública, a Constituição Federal, no artigo 129, inciso I, definiu como função institucional do Ministério Público a sua promoção privativa, cabendo ao ofendido, em regra, a ação penal privada.

Assim, as funções de acusar, defender e julgar não estão concentradas em uma única pessoa. “Contrapõe-se acusação e defesa, em igualdade de condições, sobrepondo-se a ambas um juiz, de maneira equidistante e imparcial” (LIMA, 2016, p. 41).

Na medida em que se atribui determinado fato criminoso a um indivíduo, surge a necessidade de comprovar a imputação ao magistrado, sob pena de arcar com as consequências oriundas da desídia. Daí porque o legislador definiu no art. 156 do Código de Processo Civil que a “prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (grifo nosso).

Nesse raciocínio, a gestão da prova recai, principalmente, sobre as partes. Na fase do inquérito policial, o juiz somente deverá intervir quando instigado e se for imperativa sua intervenção. Já na fase processual, entende-se que o magistrado detém certa iniciativa probatória (art.156, inciso II, CPP), mas de forma subsidiária (LIMA, 2016, p. 41; BADARÓ, 2014, p.49)

Porém, a reconstrução histórica não é uma tarefa fácil. Deve-se ter em mente, primeiro, que a construção probatória dificilmente produzirá uma verdade absoluta, embora dela deva se aproximar.

Não obstante a gravidade das questões penais fosse suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, “a busca da verdade real, em tempos ainda recentes, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos” (OLIVEIRA, 2009, p. 332).

Certamente, o maior mal causado pela busca da verdade real foi a disseminação de uma cultura inquisitiva, pois, utilizando-a como fundamento, imaginando-se estar esta ao alcance do Estado e ser a meta principal do processo

penal, legitimaram-se desvios das autoridades públicas e justificou-se a iniciativa probatória pelo juiz (OLIVEIRA, 2009, p. 332), rompendo-se com a sua imparcialidade.

Pode-se dizer, portanto, que felizmente superamos a dicotomia verdade formal e verdade material (BADARÓ, 2014, p. 263). Compartilhamos, por isso, da lição de Renato Brasileiro de Lima ao ensinar que o “princípio da verdade real é substituído pelo princípio da busca da verdade”(2016, p.41), “único critério aceitável como premissa para uma decisão justa” (BADARÓ, 2014, p. 262).

Nesse passo, é de todo oportuno trazer à baila a orientação de Pacceli, que obtempera, *verbo ad verbum*:

Por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (...), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional. Monopolizada a jurisdição, com a rejeição de qualquer forma de solução privada e unilateral dos conflitos (...), impõe-se a atuação do Direito, sempre que presente uma questão penal (...).

Assim, ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal (2009, p.318).

Para a busca da aproximação da realidade com os fatos ocorridos, o ordenamento jurídico disponibiliza meios para provar e meios para obter uma prova. Entre eles, cita-se a interceptação telefônica, classificada no último grupo e também denominada como um meio de investigação, obtenção (LIMA, 2016, p. 579) ou pesquisa de prova (BADARÓ, 2014, p. 268).

O meio de obtenção de prova é identificado, em regra, por ser dissimulado e sigiloso. E por simples razão: “Se o investigado souber que estará com as linhas telefônicas interceptadas, nada de relevante será falado” (BADARÓ, 2014, p. 269). Por meio dele, são coletadas informações, indícios ou provas de um crime.

Essa classificação (meio de prova ou meio de obtenção de prova) é importante para definir a consequência de eventual irregularidade ocorrida no momento de produção. Ora, um vício quanto ao meio de prova acarretará na sua nulidade, por tratar-se de atividade endoprocessual. Por outro lado, a irregularidade no que tange à produção de um meio de obtenção de prova, culminará no

desentranhamento (art. 157, caput, CPP), em razão da transgressão das regras procedimentais, em deferência à garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas (LIMA, 2016, p. 580).

Conquanto estejam disponíveis ferramentas para a demonstração dos fatos e para a formação da convicção do órgão julgador, limites constitucionais devem ser observados.

Com efeito, “as regras que regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas são direcionadas ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal”(MENDES, 2015, p. 547).

Destarte, sendo a interceptação telefônica um meio de obtenção de prova e resultando em evidente restrição aos direitos fundamentais tão caros ao indivíduo, além das regras procedimentais, outros aspectos essenciais devem ser ponderados e eles estão na Lei Maior.

Nesse aspecto, pontue-se que embora seja perceptível a inexistência de um sentimento constitucional na nossa sociedade, a Constituição Federal é mais que um mero documento, revestindo o que devemos e queremos ser.

Assim, consigne-se que nossa evolução cultural e social não acontecerá atropelando a ordem jurídica, principalmente a constitucional (MELLO, 2016).

Nesse sentido, passa-se a uma breve digressão sobre os aspectos contidos na Carta Maior, relevantes para o tema principal da pesquisa.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O conteúdo e o significado da dignidade é tema polêmico gerando farta discussão doutrinária e jurisprudencial. Pode-se mencionar, *a priori*, que “é qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano”, cuja destruição de um implicaria na destruição do outro (SARLET, p.27, 2006).

Analisando-se, *a posteriori*, tem-se que muito embora o constituinte originário tenha elegido a dignidade da pessoa humana ao patamar de princípio e valor fundamental, não há como expor um conceito estático, nem delimitar seu conteúdo, pois apresentará variações de acordo com o ordenamento jurídico, com as experiências do intérprete, com a religião, filosofia, política, entre outros.

Tal advertência é também lembrada por Ingo Sarlet (p. 31-41, 2006), o qual acrescenta não ser possível um conceito fixo, pois não se harmonizaria com o

pluralismo e diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas, de modo que a conceituação se encontra em permanente processo de construção e desenvolvimento, reclamando constante concretização e delimitação por todos os órgãos estatais.

Ainda assim, da sua doutrina, pedimos vênia para transcrever seu conceito (2006, p. 60):

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Esmiuçando o conceito apresentado e encarando a dignidade em uma noção aberta, plástica e plural, a grosso modo, identificam-se alguns traços elementares, apresentados por Barroso(2015), a saber: 1) a dignidade humana identifica o valor intrínseco de todos os seres humanos; 2) a dignidade estabelece a autonomia de cada indivíduo; 3) a dignidade é limitada pelos valores comunitários.

Os aspectos elencados merecem atenção.

A dignidade, no que tange a seu valor intrínseco, deve ser entendida como algo que não possui mensuração econômica, está ligado à natureza do ser, combinada por seus traços inerentes, como a inteligência e a capacidade de comunicação, colocando o ser humano em uma posição especial, quando comparado a outras espécies. Por ser assim, a sua obtenção não depende de nenhum evento e também não pode ser vendido, cedido ou perdido.

Assim, é valor próprio que identifica o ser humano como tal. Exatamente por isso, até aqueles que cometem os atos mais indignos são iguais em dignidade (art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos) (SARLET, 2006, p.40).

Ingo Sarlet, lembrando Kant (2006, p. 33), acertadamente destaca que no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço é possível, em vez dela, qualquer outra equivalente. Mas, quando uma coisa está acima de todo o preço, não permitindo o equivalente, então ela tem dignidade.

De outro lado, a dignidade autonomia rege-se pela autodeterminação, fundamentando o livre-arbítrio dos indivíduos, de modo a permitir-lhes a delimitação

das suas próprias regras, de acordo com seu desejo, seus valores e seus interesses. Como exemplo disso, mencione-se a escolha da religião, dos relacionamentos pessoais e das orientações políticas.

Essa liberdade, contudo, é considerada em um plano abstrato, “como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto”, de modo que o absolutamente incapaz possui a mesma dignidade que outro ser humano capaz (SARLET, 2006, p. 45).

Enfim, não há como descartar a dignidade como valor comunitário. Para Barroso(2005), neste aspecto ela realça “o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa” buscando sua realização em três escopos: proteção dos direitos e da dignidade de terceiros, do próprio indivíduo e dos valores sociais compartilhados.

Nessa esteira, a dignidade na dimensão comunitária (ou social) justifica-se na medida em que essa mesma dignidade é de cada pessoa e de todas as pessoas e, por isso, nestas condições, elas convivem em determinada sociedade ou grupo (SARLET, 2006, p.52).

Perante o exposto, em última análise, a ratificar a exposição até aqui apresentada, é de todo oportuna a lição delineada por Sarlet(2006, p. 59)

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direito e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrios e injustiças.

Fixadas tais premissas conceituais, insta anotar que a dignidade, além de princípio, funciona como valor fundamental, apresentando justificações morais e consolidando juridicamente os direitos fundamentais. Com muita propriedade, o então Ministro do STF explana que os princípios constitucionais desempenham diferentes funções e quando aplicados geram normas para casos específicos. Em sendo assim, é possível identificar um princípio como dois círculos concêntricos.

Nesse passo, preleciona, *ad litteram*:

O círculo interno, próximo do centro, contém o conteúdo essencial do princípio e é uma fonte direta de direitos e deveres. Por exemplo, o conteúdo essencial da dignidade humana implica na proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista nenhuma regra específica impedindo tal conduta. É claro que quando já existem regras mais específicas – indicando que os constituintes ou os legisladores detalharam o princípio de modo mais concreto – não há necessidade de se recorrer ao princípio mais abstrato da dignidade humana. Porém, em outro exemplo, nos países onde o direito à privacidade não está expresso na constituição – como nos Estados Unidos – ou o direito geral contra a autoincriminação não está explicitado – como no Brasil – eles podem ser extraídos do significado essencial da dignidade. Esse é o primeiro papel de um princípio como a dignidade humana: funcionar como uma fonte de direitos – e consequentemente, de deveres –, incluindo os direitos não expressamente enumerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras.

Não se pode esquecer o papel interpretativo desempenhado pela dignidade da pessoa humana. Por constituir parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a privacidade, necessariamente irá informar a interpretação desses direitos, contribuindo para definir o seu sentido nos casos concretos (BARROSO, 2015).

Em razão do expandido, é contraditório pensar a dignidade como um direito autônomo, por ser ela o “alicerce de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte do seu conteúdo essencial”. O contrário nos levaria a ponderá-la com outros direitos fundamentais, enfraquecendo-a (BARROSO, 2015).

Assumindo o enfoque apresentado, a eleição da dignidade da pessoa humana como fundamento da nossa República conduz à proibição de provas ilícitas, a proteção à privacidade e o direito ao sigilo, tratados doravante.

3.1 PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

O art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal garante a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Com essa disciplina adotada pela nossa Carta Política, seguiu-se a tendência do direito comparado, no que tange à proteção dos direitos individuais no processo. O artigo 32 da Constituição portuguesa, por exemplo, estabelece que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física

ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações" (MENDES, 2015, p. 547)

Mas, o que seria uma prova obtida por meio ilícito?

Muito embora nossa Lei Maior mencione a proibição, não há no ordenamento jurídico um conceito de provas ilícitas ou as consequências da sua utilização (LIMA, 2016, p. 609).

Por isso, a doutrina nacional baseou-se nos ensinamentos apresentados por Ada Pellegrini Grinover, utilizando-se de lições do italiano Pietro Nuvolone, para conceituar prova ilícita e distinguir prova ilegal e ilegítima (LIMA, 2016, p. 609; BADARÓ, 2014, p. 283).

A doutrina orienta que "a prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual" (LIMA, 2016, p. 609).

Assim, a prova ilegal é o gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita (LIMA, 2016, p. 609; BADARÓ, 2014, p. 283; MORAES, 2016, p. 190).

A prova é ilícita quando obtida por meio da violação de regra de direito material, seja penal ou constitucional (LIMA, 2016, p. 609; BADARÓ, 2014, p. 283; MORAES, 2016, p. 190). A título exemplificativo, na legislação infraconstitucional e na Constituição Federal encontramos várias inviolabilidades que visam resguardar os direitos fundamentais da pessoa, entre os quais, com íntima relação com a pesquisa, pode-se mencionar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CF, art. 5º, X) e a inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CF, art. 5º inciso III) (LIMA, 2016, p. 609).

Na linha da exposição apresentada por Renato Brasileiro de Lima, outra característica da prova ilícita é que, em regra, "pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este, nada impedindo, porém, excepcionalmente, a transgressão em juízo" (LIMA, 2016, p. 609).

Por outro lado, a prova é considerada ilegítima quando a sua obtenção agrediu uma norma de direito processual (LIMA, 2016, p. 609; BADARÓ, 2014, p. 283; MORAES, 2016, p. 190).

A despeito da classificação não há como negar a existência de zonas de intersecção entre uma e outra, podendo a prova ser simultaneamente ilícita e ilegítima (BADARÓ, 2014, p. 285).

Ademais, a distinção não foi adotada pelo artigo 157 do Código de Processo Penal, sofrendo críticas pela doutrina, por gerar confusão quanto às sanções processuais aplicáveis. O artigo preconiza que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A doutrina diverge quanto às consequências da previsão legal, no entanto, adotamos a posição apresentada por parcela doutrinária, entre os quais, Renato Brasileiro de Lima, para o qual o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, menciona normas legais, logo, diz respeito às normas que infringem direito material. Quanto às que vão de encontro às normas de direito processual, deve-se manter a disciplina da teoria das nulidades, impondo-se sua renovação, conforme determina o artigo 573, *caput*, do mesmo diploma processual (LIMA, 2016, p. 611).

Para arrematar, importante consignar que a vedação à admissão da prova ilegal justifica-se porque “em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço” (LIMA, 2016, p. 608), conforme já alertamos no início desse trabalho.

Logo, o Estado não pode se valer de métodos violadores de direito e admitir em um processo criminal que se destina à apuração de um ilícito penal uma prova que transgride a ordem jurídica, sob pena de comprometer todo o sistema punitivo.

Em abono dessa disposição doutrinária, mister se faz trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, esposado no RHC 90.376/RJ:

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.- A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”.

Contudo, Alexandre de Moraes alerta que a doutrina tradicional passou a atenuar a proibição da utilização da prova ilícita, com base no princípio da

proporcionalidade, quando o direito tutelado se apresentar mais importante que o transgredido (2016, p. 192). Não é o que prevalece, porém, no entendimento da Corte Suprema, por exemplo, no julgamento do HC 80.949, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30-10-2001, Primeira Turma, *DJ* de 14-12-2001, entre outros.

É de se ressaltar a admissibilidade da prova ilícita somente em favor do réu, em deferência à ampla defesa (OLIVEIRA, 2009, p. 319; MENDES, 2015, p. 549), entendimento esposado também na súmula 50 da Mesa de Processo Penal dirigida por Ada Pellegrini Grinover: podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa (LIMA, 2016, p. 610).

Destarte, “a garantia da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita, como corolário do devido processo legal, é direcionada, em princípio, à acusação (Estado), que detém o ônus da prova”. Mendes alerta que o STF não tem dado muita atenção a essa distinção, argumentando que os particulares também estão vinculados aos direitos fundamentais (MENDES, 2015, p. 548/550).

Encerrando este item, cabe mencionar que a rejeição da prova ilícita por derivação, assentada na doutrina americana sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada, depende da relação de dependência e contaminação imediata das provas posteriores, em razão da existência de provas autônomas e descobertas inevitáveis (MENDES, 2015, p. 548).

3.2. DIREITO À PRIVACIDADE

Nosso ordenamento acolhe uma cláusula geral de amparo da personalidade, cuja proteção engloba todos os aparatos necessários a uma vida digna, em última análise, à proteção da própria dignidade da pessoa humana, fundamento da nossa República.

A proteção ao direito fundamental também foi prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos: “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”.

Embora não exista um consenso doutrinário e alguns autores não distingam a privacidade da intimidade (MENDES, 2015, p.280; MASSON, 2015, p. 219) compartilhamos do ensinamento apresentado por Novelino(2015, p. 389), para o

qual a lei fundamental protege a privacidade, como um gênero, e suas espécies, a saber: intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, X, da CF/88).

No que tange à definição, em que pese abrangente, nos limitamos a descrevê-la como decorrência lógica da autonomia da vontade e do livre arbítrio, por meio dos quais se confere ao “indivíduo a possibilidade de conduzir sua própria vida da maneira que julgar mais conveniente, sem intromissão da curiosidade alheia” (NOVELINO, 2015, p. 389).

Em relação ao âmbito de proteção, buscando referências alemãs, encontramos na teoria das esferas a adoção de graus de amparo à privacidade conforme a área da personalidade afetada. De acordo com a teoria “quanto mais próxima das experiências definidoras da identidade do indivíduo, maior deverá ser a proteção dada à esfera”. (NOVELINO, 2015, p. 389/390)

Nesse diapasão, conjugam-se três esferas: a esfera da publicidade, a esfera privada e a esfera íntima.

A esfera da publicidade consubstancia-se nos atos praticados em local público com o desejo de assim torná-los. Em outras palavras: o ato deve ser praticado em local não reservado e deve existir o desejo de renúncia, tal como acontece em um *reality show* ou nos eventos públicos, por exemplo, em um comício. Essa esfera compreende, também, fatos e dados disponíveis ao público (NOVELINO, 2015, p. 390).

“A esfera privada abrange as relações do indivíduo com o meio social nas quais não há interesse público na divulgação. Abrange, por exemplo, informações fiscais ou bancárias” (NOVELINO, 2015, p. 390; MASSON, 2015, p. 219).

Por sua vez, o núcleo mais restrito do direito à privacidade está adstrito à esfera íntima. Nessa esfera, inclui-se o “modo de ser de cada pessoa, o mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios (autoestima, autoconfiança) e à sexualidade. Compreende informações confidenciais e segredos pessoais(...)” (NOVELINO, 2015, p. 390), ou seja, uma gama de escolhas que se pode manter ocultas até mesmo das pessoas mais próximas. (MASSON, 2015, p. 218).

Como exemplo de violação desta esfera pode-se elencar o acesso não consentido às informações presentes no diário de alguém ou às suas comunicações telefônicas (MASSON, 2015, p. 218).

Outras duas perspectivas são protegidas pelo dispositivo constitucional: o direito à honra e o direito à imagem.

A doutrina nos lembra de que a honra, entendida como um bem imaterial, pode ser compreendida em dois aspectos. O primeiro consiste no aspecto subjetivo, isto é, na estima e dignidade que o indivíduo sente de si próprio. Por outro lado, o aspecto objetivo engloba sua reputação, o seu bom nome e a sua boa fama perante a sociedade (MASSON, 2015, p. 219; NOVELINO, 2015, p. 390).

De outro lado, o direito à imagem é uma garantia autônoma em relação à honra e protege a representação gráfica do aspecto visual da pessoa ou os traços característicos da sua fisionomia, como, por exemplo, fotos, caricaturas, desenhos, pinturas, esculturas etc., cuja veiculação não pode acontecer sem o consentimento do indivíduo, ainda que para enaltecê-lo (MASSON, 2015, p. 219).

Importante anotar que o direito à privacidade é assegurado a qualquer pessoa, seja ela uma pessoa comum ou uma pessoa pública, tal como artistas, esportistas e políticos. A diferença estará no peso a ser atribuído à privacidade (NOVELINO, 2015, 391), pois a pessoa pública detém menor pretensão de retraimento da mídia (MENDES, 2015, p. 285). Ora, uma vez que vivendo do crédito público é natural que em torno dela se avolume um interesse público, “verificando-se a tendência de tomar como justificável a intrusão sobre a vida privada de alguém quando houver relevância pública na notícia que expõe o indivíduo” (MENDES, 2015, p.285).

Para tanto, deve-se ter em mente que interesse público é diferente de interesse do público. O conceito de relevância pública relaciona-se às notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo em sociedade, tal como as notícias necessárias para evitar que o público seja enganado por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade (MENDES, 2015, p. 285).

Nesse passo, impende destacar o ensinamento doutrinário:

(...) não basta a veracidade da notícia sobre um indivíduo para que se legitime a divulgação. Cobra-se, além disso, que a divulgação não se destine meramente a atender à curiosidade ociosa do público, mas que vise a se constituir em elemento útil a que o indivíduo que vai receber o informe se oriente melhor na sociedade em que vive. Haverá sempre, ainda, que aquilatar o interesse público com o desgaste material e emocional para o retratado, num juízo de proporcionalidade estrita, para se definir a validade da exposição (MENDES, 2015, p. 285).

É muito comum o surgimento de aparente conflito entre a privacidade e a liberdade de informação. O equilíbrio estará na qualidade da notícia a ser divulgada, a fim de estabelecer se a ela constitui assunto do legítimo interesse do público, aferindo-se, ainda, em cada caso, se o interesse público sobreleva a dor íntima que a divulgação provocará (MENDES, 2015, p. 285).

Gilmar Mendes, citando os ensinamentos clássicos de Willian Prosser, nos lembra de que há quatro meios básicos de afrontar a privacidade. O primeiro, na hipótese de “intromissão na reclusão ou na solidão do indivíduo”, enquanto que a segunda na “exposição pública de fatos privados”. Asseverou-se a transgressão, ainda, quando o indivíduo é exposto a uma situação, gerando no público uma falsa percepção, em razão da retratação de forma censurável ou inexata ou no caso de apropriação do nome e da imagem da pessoa para fins não autorizados, especialmente os comerciais (MENDES, 2015, p. 282).

Por outro lado, partindo-se da premissa de que nenhum direito é absoluto, Novellino assinala ser legítima a restrição à privacidade, no que tange à divulgação de fatos que envolvam atividades criminosas, estando incluídas na função de prevenção geral, ou de fatos noticiáveis, como enchentes, terremotos, acidentes e catástrofes (2015, p. 391). Ademais, Mendes aponta que se alguém está em um local público, em regra, se sujeita a ser visto e a aparecer em alguma foto ou filmagem deste lugar. Embora a questão não seja tão simples assim (imagine o caso de alguém que faz topless no local apropriado e tem fotos divulgadas) “haveria, aí, um consentimento tácito na exposição. A pessoa não poderá objetar a aparecer, sem proeminência, numa reportagem, se se encontra em lugar aberto ao público e é retratada como parte da cena como um todo” (2015,p. 284) .

3.3 SIGILOS

Não há um consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre a sede de proteção do sigilo. Para o STF e para o STJ a proteção estaria localizada no direito à privacidade, mas outros ensaios doutrinários e jurisprudenciais assinalam que a proteção estaria acobertada pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição (MENDES, 2015, p. 286). Vale lembrar que existem algumas ADIs no STF discutindo o tema: ADI 2390, ADI 2286 e ADI 2397.

Em última análise, o sigilo é uma decorrência lógica da dignidade da pessoa humana e da proteção da privacidade. O artigo 5^a, inciso XII, da CF, apresenta, portanto, uma regra especial e por manter relação direta com o tema principal da pesquisa merece algumas considerações.

Nesse diapasão, visando afastar interferências indevidas na vida do indivíduo, o constituinte originário incluiu no rol de direitos e deveres individuais o artigo 5º, inciso XII da Constituição, abaixo transcrito literalmente:

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.

Sigilo é segredo. Para verificar a abrangência da proteção, deve-se distinguir sigilo de correspondência, de dados e de comunicações, cada qual com suas minúcias.

3.3.1. Sigilo de correspondência

A tutela envolve o resguardo da privacidade e da liberdade de expressão, no que se refere às cartas e os impressos em geral, assim como o conteúdo de e-mails (MASSON, 2015, p. 222).

De acordo com Renato Brasileiro, no que tange ao sigilo da correspondência, a Constituição tutela toda comunicação de pessoa a pessoa, por intermédio de carta, via postal ou telegráfica (Lei nº 6.538/78). Nessa toada, a “apreensão pelo Juiz competente, na agência dos Correios, de encomenda, na verdade tigre de pelúcia com cocaína, não atenta contra a Constituição da República, art. 5º, VII”, porquanto, para os fins dos valores tutelados, encomenda não é correspondência (2014, p. 134).

3.3.2. Sigilo de dados

Os dados que são capazes de invadir a privacidade do indivíduo estão resguardados sob sigilo. Estes são os chamados “dados sensíveis” e referem-se às

informações telefônicas, bancárias e fiscais da pessoa, bem como à sua orientação sexual, crença religiosa, e o valor de sua remuneração (MASSON, 2015, p. 223).

Por outro lado, os dados oriundos de informações públicas ou que sofrem livre circulação não estão protegidos pelo sigilo, tais como o nome do indivíduo, estado civil, filiação, número do CPF, endereço residencial, endereço eletrônico, entre outros (MASSON, 2015, p.223).

Anote-se, ademais, que a simples titularidade e o endereço do computador(IP-internet Protocol) do qual partiu um e-mail, não estão resguardados pelo sigilo (LIMA, 2014, p.141). Nesse sentido, decidiu o STJ no HC83338 e no REsp 879181.

No que tange ao sigilo de dados, detalhamentos acerca dos dados bancários, fiscais e telefônicos são pertinentes.

3.3.2.1.Sigilo de dados bancários e fiscais

Os dados bancários abrangem as movimentações financeiras do indivíduo.

Por seu turno, os dados fiscais podem ser definidos como “as informações obtidas pelos agentes da Fazenda Pública, no exercício do ofício, referentes à posição econômica, financeira ou dos negócios e atividades do contribuinte e terceiros” (MASSON, 2015, p. 225).

Nessa toada, pode-se afirmar que o sigilo de dados bancários e fiscais é um dever imposto às instituições financeiras e à Administração Pública, respectivamente, vedando-se a divulgação de aplicações, depósito, saques, etc.

A imposição também é retratada no artigo 1º da LC 105/2001, ao dispor que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. No que tange à Fazenda Pública, temos o artigo 198 do CTN:

Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Em que pese a proteção constitucional o STF, no informativo 815, decidiu que as autoridades fiscais podem requerer diretamente das instituições financeiras informações sobre as movimentações bancárias dos contribuintes. De acordo com o

Pretório Excelso, a autorização para a conduta está disposta no artigo 6º da Lei Complementar 105/2001, considerada constitucional, uma vez que a previsão significa apenas transferência de dados e não quebra do sigilo.

Outrossim, a doutrina de Natália Masson(2015, p.215) nos alerta sobre outros assuntos pacíficos na jurisprudência do STF:

- 1) a transgressão do sigilo é medida excepcional;
- 2) a quebra do sigilo somente pode ser determinada pela autoridade judicial competente e pelas comissões parlamentares;
- 3) o TCU não possui poderes para determinar a quebra de sigilo, sequer dos dados disponíveis no Banco Central do Brasil;

De acordo com o que entendeu o STF, por mais importantes que sejam as funções institucionais do TCU ele não está inserido no rol das entidades autorizadas a ordenar a quebra de sigilo bancário (Lei n. 4.595/1964, art. 38 e LC n. 105/2001, art. 13) STF MS 22934/DF, DJe de 9/5/2012” (MASSON, 2015, p. 699).

4)O Ministério Público não possui poder para determinar a quebra do sigilo. Sobre o assunto, recentemente noticiou-se no informativo 581 do STJ, caso no qual aquele Tribunal entendeu que não existiu quebra do sigilo bancário por parte do Ministério Público no acesso a recibos e comprovantes de depósitos bancários entregues espontaneamente pela ex-companheira, os quais foram voluntariamente deixados sob a responsabilidade dela, pelo próprio investigado (STJ. 5ª Turma. RHC 34.799-PA. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 17.03.2016).

Além desse julgado, o STJ decidiu que não há vedações ao Ministério Público na requisição de informações bancárias de ente da administração pública. Altamente ilustrativa a ementa da decisão proferida, no HC 308.493/CE, pela Corte da Cidadania:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. REQUISIÇÃO PELO MP DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS DE ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Não são nulas as provas obtidas por meio de requisição do Ministério Público de informações bancárias de titularidade de prefeitura municipal para fins de apurar supostos crimes praticados por agentes públicos contra a Administração Pública. É pacífico na doutrina pátria e na jurisprudência dos Tribunais Superiores que o sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade/privacidade, consagrado no art. 5º, X e XII, da CF. No entanto, as contas públicas, ante os princípios da publicidade e da moralidade (art. 37 da CF), não possuem, em regra, proteção do direito à intimidade/privacidade e, em consequência, não são protegidas pelo sigilo bancário. Na verdade, a intimidade e a vida privada de que trata a Lei Maior referem-se à pessoa humana, aos indivíduos que compõem a sociedade e às pessoas jurídicas de direito privado, inaplicáveis tais conceitos aos entes

públicos. Ademais, entendeu o STF que as “Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal” (MS 33.340-DF, Primeira Turma, DJe de 3/8/2015). Decisão monocrática citada: STJ, RCD no HC 301.719-CE, DJe 13/3/2015.

3.3.2.2 Sigilo de dados telefônicos

Relaciona-se com o histórico das chamadas pretéritas (LIMA, 2014, p.141).Assim, quebrar o sigilo telefônico significa solicitar à empresa de telefonia o extrato contendo todas as ligações, nos quais conterà ainda os números, duração, data e horário da chamada, mas não ao conteúdo da conversa (MASSON, 2015, p. 225).

Desta forma, percebe-se que do ponto de vista probatório, a quebra dos dados telefônicos não é tão rica quanto à interceptação telefônica, mas, ainda assim, sua utilização é relevante. Basta imaginar a constatação de ligações realizadas pelo agente, possibilitando a identificação de comparsas e até mesmo a possibilidade de desvendar a localização da estação radiobase (ERB) onde estava operando o aparelho, estabelecendo uma localização aproximada do autor ou da vítima, o que indicará se o acusado estava no local da execução do crime (LIMA, 2014, p. 141).

A título de encerramento do tópico, o STJ já decidiu que a verificação das últimas chamadas efetuadas e recebidas pelos celulares apreendidos em poder do réu não configura quebra do sigilo telefônico, considerando a inexistência de requisição à empresa de telefonia e o desconhecimento do conteúdo das conversas (HC 66368-PA STJ). Noutro pórtico, no que se refere à extração de dados e conversas registradas no whatsapp, outro foi o entendimento. Confira-se:

Sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no whatsapp presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante. Assim, é ilícita a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidos diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.STJ 6ª Turma.RHC 51.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016.(Info 583)

A quebra do sigilo telefônico pode ser determinada pela autoridade judicial competente e pelas comissões parlamentares. Para Lima, o Ministério Público pode, *per si*, requisitar as referidas informações (2014, p. 142).

3.3.4 Sigilo das comunicações telegráficas, telefônicas e telemáticas

Por meio da garantia citada proibiu-se o conhecimento ilícito do conteúdo das correspondências e comunicações em geral por parte de terceiros (MORAES, 2015, p.61). A quebra da confidencialidade da comunicação significa frustrar o direito do emissor de escolher o destinatário do conteúdo da sua comunicação (MENDES, 2015, p. 293).

O sigilo telegráfico refere-se às comunicações realizadas por telegramas, o que está totalmente em desuso (MASSON, 2015, p. 226). Por sua vez, o sigilo da comunicação telefônica abrange a captação e gravação da conversa no momento em que está ela se realizando (MASSON, 2015. P. 226).

Apesar de o texto constitucional não mencionar a proteção das comunicações telemáticas, compartilhamos da posição doutrinária que considera a mutação constitucional e a interpretação progressiva, para proteger também as comunicações à distância proporcionadas por meios informáticos na rede de telecomunicações (MASSON, 2015, p. 226; LIMA, 2016, p. 733).

Na realidade, “os avanços tecnológicos, no que diz respeito à privacidade, alcançaram uma dimensão tão distante da moldura jurídica com a qual trabalhamos que, em certa medida, talvez já nem seja mais correto falar-se em insuficiência da legislação”, mas da própria base constitucional com a qual procuramos assegurar, muitas vezes em vão, efetiva proteção aos direitos fundamentais (MENDES, 2015, p. 565/567).

Mas, com o avanço da tecnologia, é necessário que as proteções constitucionais tomem novos contornos, não sendo razoável exigir que em meados de 1990, fosse possível imaginar os rumos tecnológicos. A esse propósito, acrescente-se o esclarecedor ensinamento doutrinário:

(...), não é porque eventual inovação no campo tecnológico não esteja suficientemente contemplada na legislação em vigor que a garantia constitucional ameaçada fica sem proteção, cabendo ao intérprete, ao lidar com essa realidade, assegurar que o direito fundamental em si, com as garantias a ele inerentes, não seja menosprezado a ponto de negar-lhe

efetividade. Talvez seja esse o caminho ao lidarmos com a proteção do direito à privacidade, quando fragilizado por tecnologias que se transmudam da ficção à realidade em velocidade sem precedentes. Com essas considerações, poderíamos avançar em relação ao tema não mais nos preocupando tanto em contemplar, em textos legais, de modo específico, cada nova tecnologia que surge, mas, sim, na reformulação do modelo de regulação, de forma a estabelecer requisitos mínimos como, por exemplo, crimes passíveis de investigação por tecnologias invasivas, imprescindibilidade de autorização judicial, duração da investigação, forma de registro dos dados obtidos, restrições na divulgação dos dados capturados e sistema de acompanhamento do efetivo cumprimento dos requisitos estabelecidos. Enfim, seja qual for o cenário tecnológico que nos cerca, não se pode perder de vista que a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente da proteção judicial efetiva, é que nos permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. O prestígio desses direitos configura também elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica, impedindo, dessa forma, que o homem seja convertido em mero objeto do processo. (MENDES, 2015, p. 567, 568)

Firmados os conceitos essenciais, pontue-se que nenhum direito é absoluto, logo, qualquer um dos direitos fundamentais e, sobretudo, dos sigilos, pode sofrer algum tipo de reserva.

Isso porque os direitos não podem ser usados como uma desculpa para a prática de atos ilícitos, muito menos para diminuir ou afastar a responsabilidade por atos criminosos (MORAES, 2015,p.30).

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas no seu artigo 29 admite:

Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Assim, é necessário analisar a extensão e a legitimidade da restrição. No tocante ao sigilo da comunicação telefônica, há permissão constitucional para a sua limitação.

Antes, uma ressalva: a interpretação rigorosa e descuidada do dispositivo apresentado, especialmente em razão da expressão “salvo, no último caso”, pode levar ao entendimento de que a Constituição Federal autorizou somente a violação ao sigilo das comunicações telefônicas, impedindo absolutamente a transgressão dos demais, o que não corresponde com a realidade, mormente quando já se

mencionou o caráter relativo de qualquer direito. Então, impende destacar que a quebra de dados, em qualquer das modalidades, exige decisão judicial devidamente fundamentada, em regra, sob pena do reconhecimento da ilicitude do elemento de prova. (LIMA, 2016, p.719)

De acordo com a Constituição Federal a decretação da interceptação telefônica depende da presença de três requisitos:

1) ordem judicial, logo, a comissão parlamentar não está autorizada.

2) finalidade específica: investigação criminal ou instrução processual penal, o que significa dizer que, em regra, a interceptação não poderá ser decretada em processos civis, administrativos, disciplinares ou político administrativos.

3) previsão em lei.

Pois bem. Desde a vigência da Constituição de 1988, reclamou-se a regulamentação da interceptação telefônica, porquanto o texto constitucional estabeleceu uma reserva legal qualificada, uma vez que condicionou a quebra à ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

Destarte, salvo a ordem judicial, os demais requisitos não estavam presentes enquanto o legislador não atuasse resolvendo o modo que a interceptação aconteceria.

Tanto é verdade, que o STF considerou todas as interceptações telefônicas realizadas antes do advento da Lei n. 9.296/96 inválidas, ainda que realizadas mediante ordem judicial. Com efeitos, rememore-se a posição adotada no HC 72.588/PB e o HC 69.912/RS, respectivamente:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. (...)

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. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINÁ-LA E VIABILIZÁ-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.

Finalmente, em 25.07.1996, entrou em vigor a Lei n. 9296/96, ainda que de utilização residual, é de grande valia ao direito brasileiro, gerando inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais que merecem aprofundamento.

4 INSTITUTOS CORRELATOS: CONCEITOS E DIFERENÇAS

As comunicações presenciais e à distância proporcionam conjunto vasto de provas. Como exemplo disso, temos: a interceptação telefônica, a interceptação ambiental, a escuta telefônica, a escuta ambiental, a gravação clandestina, gravação ambiental e comunicação ambiental.

Mas, afinal, qual desses institutos deve observar a Lei nº. 9.296/96? Disso decorre a importância das conceituações e diferenças.

A interceptação pode ser telefônica ou ambiental. A primeira, chamada de interceptação em sentido estrito, envolve três pessoas: duas delas trocando informações, enquanto uma terceira, alheia, realiza a captação da conversa, tudo sem o conhecimento dos comunicadores. Essa que caracterizará o crime do art. 10, se realizada fora dos casos legais (GRECO FILHO, 2005, p. 6).

Embora a interceptação seja levada a efeito com a gravação, não é esse o traço característico do instituto. Aliás, o próprio art. 6º, §1º da Lei n. 9.296/96 preconiza que a gravação será realizada se possível. Vejamos: “No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição”.

Acerca da interceptação ambiental, é de todo oportuno gizar as palavras de Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 137):

é a captação sub-reptícia de uma comunicação no próprio ambiente dela, por um terceiro, sem conhecimento dos comunicadores. Não difere, substancialmente, da interceptação em sentido estrito, pois, em ambas as hipóteses, ocorre violação do direito à intimidade, porém, no caso da interceptação ambiental, a comunicação não é telefônica. A título de exemplo, suponha-se que, no curso de investigação relativa ao crime de tráfico de drogas, a autoridade policial realize a filmagem de indivíduos comercializando drogas em uma determinada praça, sem que os traficantes tenham ciência de que esse registro está sendo efetuado.

A interceptação telefônica ou ambiental assemelha-se e difere-se da escuta telefônica, pois ainda que três pessoas estejam envolvidas, a terceira alheia à conversa, realiza a captação com o consentimento e conhecimento de um dos comunicadores.

Nesta mesma ideia insere-se a escuta ambiental, no entanto, em vez da captação ser da comunicação telefônica, ela ocorre da conversa presencial. O exemplo a seguir é elucidativo: “imagine-se a hipótese de cidadão vítima de

concussão que, com o auxílio da autoridade policial, efetue o registro audiovisual do exato momento em que funcionário público exige vantagem indevida para si em razão de sua função”(LIMA, 2014, p. 137).

Por sua vez, na hipótese da comunicação ser gravada pelo próprio indivíduo, sem o conhecimento do outro, estamos diante de uma gravação telefônica, também denominada como gravação clandestina, nome recebido em razão do desconhecimento por um dos comunicadores, ou seja, no sentido de escondido e não na acepção de ilicitude. Se, nesse contexto, a conversa acontece no mesmo ambiente, sem interferência de equipamentos eletrônicos, estamos diante de uma gravação ambiental. Podemos exemplificar citando uma conversa entre uma mulher e o ex-marido, por meio da qual ele realiza ameaças verbais de morte, enquanto ela realiza a gravação de tudo (CAVALCANTE, 2014).

Situação totalmente diferente é aquela na qual duas pessoas conversam diretamente, uma de frente a outra, no mesmo ambiente, sem gravações, sem interferência. É o que chamamos, simplesmente, de comunicação ambiental.

A doutrina diverge sobre o objeto da regulamentação da Lei nº. 9296/96. Uma parte leciona que o art. 1º da Lei em exame abrange a interceptação e a escuta telefônicas. É a posição adotada por Damásio de Jesus e por Renato Brasileiro. Outra parte da doutrina, entre os quais se destaca Vicente Greco Filho e Francisco Avolio, entende que a Lei n. 9.296 regulamenta, exclusivamente, a interceptação telefônica (LIMA, 2014, p. 137/138; GRECO FILHO, 2005, p. 7).

É necessário não perder de vista a posição que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem assumindo diante da matéria *sub examine*, conforme se depreende do HC 161.053/SP:

(...) A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da CF, regulamentado pela Lei n. 9.296/1996. A ausência de autorização judicial para captação da conversa macula a validade do material como prova para processo penal. A escuta telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores. A gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro. A escuta e a gravação telefônicas, por não constituírem interceptação telefônica em sentido estrito, não estão sujeitas à Lei 9.296/1996, podendo ser utilizadas, a depender do caso concreto, como prova no processo. (grifo nosso). Precedente citado: EDcl no HC 130.429-CE, DJe 17/5/2010.

Em que pese a posição jurisprudencial apontada acima, compartilhamos do entendimento doutrinário de que a interceptação em sentido estrito e a escuta telefônica estariam abrangidas pelo regime jurídico ditado pela Lei nº. 9.296/96, tendo em vista a efetiva existência de um interceptador e de uma conversa telefônica.

Dito isso, é fácil determinar a exclusão das demais. Isso porque, nos institutos ambientais não há uma comunicação telefônica e na gravação telefônica não há um interceptador.

A ratificar o acima exposto, Vicente Greco Filho(2005, p.6) leciona que a gravação ambiental não é interceptação, tampouco está disciplinada pela lei em estudo, inexistindo, ainda, tipo penal que a incrimine. Nos seus respeitáveis dizeres: “Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os seus titulares –o remetente e o destinatário-são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação” .

Por fim, um alerta: independentemente da posição doutrinária que se adote, segundo Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 138) a utilização da escuta poderá ser autorizada pelo magistrado, desde que haja justa causa e proporcionalidade na determinação da medida. É, segundo o doutrinador, a posição majoritária.

Acerca dos institutos, algumas questões jurisprudenciais merecem atenção.

Imagine-se que o agente, maior de idade, estava mantendo relações sexuais com uma criança. A mãe da menor, desconfiada da situação, contrata um detetive particular para realizar o grampeamento do telefone da residência utilizada para as comunicações entre a vítima e o autor do crime e, feito isso, confirmam-se as suspeitas, acarretando na apresentação de notícia crime. Uma vez denunciado e condenado pela prática do crime previsto no artigo 217-A do CP, o réu recorre alegando que a prova obtida pela mãe (e utilizada para condená-lo) era ilícita porque consistiu em uma interceptação telefônica feita sem prévia autorização judicial (CAVALCANTE, 2014).

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão e descartou a tese apresentada pelo réu. No julgamento, entendeu-se que a situação deve ser equiparada à gravação telefônica e não à interceptação. Isso considerando que a menor de idade, vítima do crime, era absolutamente incapaz, não podendo praticar nenhum ato da vida, *per si*. Assim, o Tribunal entendeu que a autorização da mãe equiparava-se a própria autorização da menor.

Com efeito, merece ser trazida à baila os fragmentos da ementa do REsp 1.026.605/ES, cujo conteúdo é esclarecedor:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. UTILIZAÇÃO DE GRAVAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA DE CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. Em processo que apure a suposta prática de crime sexual contra adolescente absolutamente incapaz, é admissível a utilização de prova extraída de gravação telefônica efetivada a pedido da genitora da vítima, em seu terminal telefônico, mesmo que solicitado auxílio técnico de detetive particular para a captação das conversas. Consoante dispõe o art. 3º, I, do CC, são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, não podendo praticar ato algum por si, de modo que são representados por seus pais. Assim, é válido o consentimento do genitor para gravar as conversas do filho menor. De fato, a gravação da conversa, em situações como a ora em análise, não configura prova ilícita, visto que não ocorre, a rigor, uma interceptação da comunicação por terceiro, mas mera gravação, com auxílio técnico de terceiro, pelo proprietário do terminal telefônico, objetivando a proteção da liberdade sexual de absolutamente incapaz, seu filho, na perspectiva do poder familiar, vale dizer, do poder-dever de que são investidos os pais em relação aos filhos menores, de proteção e vigilância. A presente hipótese se assemelha, em verdade, à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de crime por este último, situação já reconhecida como válida pelo STF (HC 75.338, Tribunal Pleno, DJ 25/9/1998). Destaque-se que a proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida em caráter prioritário (art. 227, *caput*, c/c o § 4º, da CF), e de instrumentos internacionais. Com efeito, preceitua o art. 34, "b", da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução 44/25 da ONU, em 20/11/1989, e internalizada no ordenamento jurídico nacional mediante o DL 28/1990, *verbis*: "Os Estados-partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados-parte tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: (...) b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais; (...)". Assim, é inviável inquinar de ilicitude a prova assim obtida, prestigiando o direito à intimidade e privacidade do acusado em detrimento da própria liberdade sexual da vítima absolutamente incapaz e em face de toda uma política estatal de proteção à criança e ao adolescente, enquanto ser em desenvolvimento.

Noutro pórtico, deve-se mencionar que a autorização judicial para a ocorrência da interceptação telefônica deve ocorrer sempre previamente à diligência, sob pena de nulidade da prova, vedando-se a convalidação da interceptação mediante o consentimento posterior de um dos interlocutores, no intuito de transformá-la em escuta telefônica. Com muita propriedade, o relator Ministro Jorge Mussi, no HC 161.053, assim explanou:

O fato de um dos interlocutores dos diálogos gravados de forma clandestina ter consentido posteriormente com a divulgação dos seus conteúdos não tem o condão de legitimar o ato, pois no momento da gravação não tinha ciência do artifício que foi implementado pelo responsável pela

interceptação, não se podendo afirmar, portanto, que, caso soubesse, manteria tais conversas pelo telefone interceptado. Não existindo prévia autorização judicial, tampouco configurada a hipótese de gravação de comunicação telefônica, já que nenhum dos interlocutores tinha ciência de tal artifício no momento dos diálogos interceptados, se faz imperiosa a declaração de nulidade da prova, para que não surta efeitos na ação penal. Precedente citado: EDcl no HC 130.429-CE, DJe 17/5/2010.

No tocante à gravação clandestina, o fato dela ser realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, não a transforma em prova ilícita. De acordo com o STF: se gravação sub-reptícia é realizada em ambiente público não há qualquer ilicitude, *pois* se está na esfera da publicidade; se é produzida em ambiente privado não há violação da intimidade dos envolvidos, desde que não exista proteção específica de sigilo, como aquelas que decorrem das relações profissionais (RE 402.717) (MASSON, 2015, p. 227). É o caso da conversa entre um advogado e seu cliente (HC 59967-STJ) ou do padre com o fiel. Excepciona-se, porém, a situação na qual o advogado, por exemplo, é também investigado.

Encaminhando-se à finalização do tópico, uma advertência: a utilização da gravação ambiental para obter a confissão, foi considerada prova ilícita pelo STF no HC 80949, pois realizada sem a observância das garantias constitucionais, entre as quais a advertência do direito de permanecer em silêncio.

É de se concluir, destarte, que a interceptação telefônica e a escuta telefônica dependem de autorização judicial e, como veremos posteriormente, somente podem ser determinadas no âmbito criminal, submetendo-se ao regime ditado pela Lei 9.296/96. Por outro lado, os demais institutos não observam a cláusula de reserva de jurisdição e servem de prova para qualquer tipo de processo.

Em conclusão, registre-se, ainda, que além da interceptação telefônica (do telefone fixo ou móvel), a lei abrange a interceptação informática (email) e a interceptação telemática (comunicação telefônica com informática).

5 PARTICULARIDADES DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Com as premissas conceituais fixadas, doravante trataremos do instituto chamando-o de interceptação, tão somente, de modo a abranger a interceptação estrito senso e a escuta.

5.1 NATUREZA JURÍDICA

Considerando as comunicações telefônicas, grosso modo, pode-se dizer que são fontes de prova. Já a interceptação em sentido estrito e a escuta telefônica são meios de obtenção de provas, consubstanciadas em medidas cautelares, e materializam-se, quando possível, na gravação, tornando-se então, um meio de prova.

Explica a doutrina:

O provimento que autoriza a interceptação tem natureza cautelar, já que visa à fixação dos fatos tal como se apresentam no momento da conversa telefônica. Tem por escopo evitar que a situação existente ao tempo do crime venha a se modificar durante a tramitação das investigações ou do processo principal, e, nesse sentido, visa conservar, para fins exclusivamente processuais, o conteúdo de uma comunicação telefônica, daí por que pode ser agrupado entre as cautelas conservativas. (LIMA, 2014, p. 146)

Sendo espécie da natureza cautelar, a sua utilização depende da presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*. Nessa toada, na hipótese concreta deverão existir indícios da existência de um crime, de modo a justificar a intervenção na intimidade e, ainda, deverá estar presente o perigo da prova se perder, caso realizada em outro momento (LIMA, 2014, p. 146).

5.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS

A menção aos requisitos para a determinação da interceptação telefônica requer a retomada do texto da Carta Maior. De acordo com o art. 5º, XII, condiciona-se à prévia autorização judicial fundamentada; nas hipóteses e na forma estabelecida pela lei; desde que para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No tocante aos requisitos enumerados pelo legislador ordinário, consideram-se os artigos 1º e 2º da Lei nº. 9.296/96. Nesse rumo, elencam-se os seguintes pressupostos: ordem fundamentada, judicial e escrita da autoridade competente; indícios de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão; ausência de outros meios probatórios; delimitação da situação objeto da investigação e do sujeito passivo da interceptação.

Note-se que a lei não exige prova da materialidade e por uma questão óbvia: via de regra, a materialidade está sendo buscada com a interceptação.

Veremos cada um dos requisitos nos próximos tópicos.

5.2.1 Finalidade criminal

Pois bem, depreende-se que a medida cautelar poderá ser determinada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Essa finalidade foi prevista na Constituição Federal e copiada pela Lei em estudo.

Portanto, ambas as fontes normativas mencionam investigação criminal, o que significa dizer que o inquérito policial não é pressuposto para a medida. Despiciendo lembrar que o inquérito policial não é a única maneira de realizar uma investigação criminal. Além da hipótese mencionada, autorizou-se a cautelar durante a fase de formação da culpa (fase processual).

Apesar de a autorização constitucional somente no âmbito criminal, o Superior Tribunal de Justiça considerou como válida interceptação decretada pela Vara da Família. Sobre tal aspecto, ponderou-se, no HC 203.405/MS, que se tratava de situação excepcional na qual, em que pese a ordem emanada do juízo extrapenal, havia indícios da prática do crime de subtração de menor (art. 237 do ECA). O Ministro assim pontuou: “a hipótese exige a ponderação de interesses constitucionais em conflito – direito à intimidade e direitos fundamentais da criança e do adolescente –, sem que se possa estabelecer, *a priori*, que a garantia do sigilo das comunicações deva ser preponderante”.

Em suma, a regra é que o juízo criminal decrete e aceite a interceptação telefônica, enquanto que o juízo extrapenal somente aceite, mas não a decrete.

5.2.2 Indícios razoáveis de autoria ou de participação

Por consequência da natureza jurídica da interceptação telefônica, quando da análise do seu cabimento, deve o juiz identificar a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum in mora*.

Como se sabe, tais requisitos são constatados em um juízo sumário, o que significa uma atividade cognitiva não exauriente, por meio de juízos de probabilidade, verossimilhança, com elementos disponíveis naquela ocasião.

Conforme ensina Renato Brasileiro de Lima, a palavra indício, contida no art. 2º deve ser entendida com o significado de prova semiplena, isto é, com valor persuasivo diminuído, tal como acontece no Código de Processo Penal no que se refere aos requisitos para a decretação da prisão preventiva. Assim, o juízo não precisa ter a certeza da autoria ou da participação, mas sua decisão deve se basear, no mínimo, em elementos de prova, mesmo indiretos, formando uma probabilidade do cometimento da infração penal (LIMA, 2014, p. 150).

Nessa linha de exposição, torna-se perceptível a vedação de utilização da interceptação com intuítos prospectivos, no sentido de dar início a uma investigação. Em síntese, a interceptação destina-se a provar um delito que já está sendo investigado, não a comprovar se o agente está ou não delinquindo. Daí porque o requerimento da autoridade policial ou ministerial deve estar acompanhado de dados, elementos informativos ou de prova já produzidas (LIMA, 2014, p. 150).

Damásio de Jesus, em trabalho desenvolvido em 1997, manifestou-se relutante quanto à determinação da interceptação telefônica na fase de execução da sentença condenatória, por exemplo, para detectar eventual plano de fuga, posição da qual nos filiamos, por dois motivos: primeiro, pela ausência de previsão legal e, segundo, em razão da medida objetivar desvendar fatos futuros(JESUS, 1997).

5.2.3 Infração penal punida com pena de reclusão

Por envolver direitos fundamentais do indivíduo e de terceiros, não é para qualquer crime que se permite a utilização do meio de obtenção de prova em estudo.

Existem, portanto, crimes compatíveis com a interceptação, denominados pela doutrina de Cleber Masson (2016) como crimes de catálogo.

Embora não exista um rol enumerado dos crimes, todos aqueles apenados com reclusão admitem a utilização da interceptação, estejam eles previstos no Código Penal ou na legislação extravagante, sejam eles de ação pública ou privada, o que acaba, não sem críticas, excluindo o crime de ameaça, por exemplo (LIMA, 2014, p. 152/153).

Acolhemos a crítica doutrinária. Afinal, entendemos que o legislador pecou quando não estabeleceu a admissibilidade da interceptação de acordo com a utilidade do meio de obtenção de prova para determinados crimes.

Por outro lado, Vicente Greco Filho assinala a necessidade de restrição, pois a probabilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão é muito ampla. Isso porque existiriam crimes punidos com reclusão que não justificam a medida, tornando-se imprescindível uma atividade de ponderação, analisando-se o bem jurídico envolvido. Assim, para o doutrinador, é incoerente sacrificar um bem jurídico de valor maior, tal como o sigilo, em benefício de um bem jurídico de menor valor. Em verdade, seu raciocínio, considera o princípio da proporcionalidade, tornando a utilização da interceptação inconstitucional a quando violar essa coerência entre meio e fim. O parâmetro, para ele, a fim de decretação da cautelar seria, por exemplo, os crimes definidos como hediondos e aqueles que autorizam a prisão temporária (GRECO FILHO, 2005, p. 23-25).

Destarte, em que pese a exclusão dos crimes apenados com detenção, prisão simples e também as infrações político- administrativas sem correspondência em infração comum, a listagem poderia ser elencada de forma mais razoável.

O STJ e o STF, em sentido oposto, estão admitindo a interceptação telefônica nos crimes apenados com detenção, desde que conexos com crime apenado com reclusão. Ilustrativa a emenda do HC 186.118/RS mostrando esse entendimento:

Não é possível que crime punível, no máximo, com detenção sirva de justificativa para a autorização da interceptação. A explicação é simples: sendo intervenção drástica na privacidade do cidadão, a interceptação somente pode ser motivada com base em crime grave, no Brasil, punível, pelo menos, com pena de reclusão. Tenta-se evitar, assim, a banalização do procedimento de interceptação telefônica com o início da diligência pautado na apuração de crime com menor gravidade (HC n. 83.515/RS, Pleno, DJ 4/3/2005). Contudo, se a quebra de sigilo autorizada para investigar delito apenado com reclusão revelar uma prática delituosa punível 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.

Para Renato Brasileiro de Lima, uma vez que a interceptação está condicionada à investigação de crime punido com reclusão, é necessário que a conduta seja além de típica, antijurídica e culpável. Segundo o autor, deve-se constatar, ainda, a ausência de causas extintivas da punibilidade, a presença de condições objetivas de punibilidade e condições de procedibilidade entre outras, pois apenas a real probabilidade de punição autoriza a medida (LIMA, 2014, p. 152).

Na mesma linha apresentada, Damásio de Jesus(1997) ressalta que em se tratando de ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação, o requerimento para a instauração de inquérito policial, a representação ou queixa, por serem condições de procedibilidade, são essenciais à possibilidade de determinação da interceptação telefônica.

Por essa razão, a utilização da interceptação telefônica para os crimes materiais contra a ordem tributária depende do encerramento do procedimento administrativo fiscal (Súmula Vinculante 24) , uma vez que essa é uma condição objetiva de punibilidade desses delitos, salvo se as medidas investigatórias são autorizadas para apuração de outros crimes, os quais servem de suporte ao intento de lesar o Fisco. Nesse sentido, foi a decisão no HC 148829, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

5.2.4 A indispensabilidade da interceptação telefônica

Considerando todo o ordenamento jurídico, abre-se o tópico com a seguinte indagação: em um Estado Democrático de Direito, uma medida tão invasiva quanto à interceptação telefônica, justifica-se?

Certamente. E complementamos: Ainda mais em um Estado Democrático de Direito, consolidado nas bases da dignidade da pessoa humana e na solidariedade. Afinal, é unânime o desejo de viver em uma sociedade justa, segura, livre das anomalias que nos assolam, dentre as quais podemos citar a corrupção e a violência.

É que para o combate à criminalidade são necessários aparatos ágeis. Rememore-se que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos(art. 144, CF). Assim, na medida em que cabe ao Estado adotar medidas para garantir o cumprimento do seu dever, cabe à sociedade ceder em razão de um bem maior, o que também concretiza a dignidade da pessoa humana na sua esfera comunitária. Plenamente aplicável, também, o princípio da proporcionalidade, em virtude dos aparentes conflitos que poderão surgir.

Por oportuno, cabe lembrar que a Corte Europeia de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto e embora tenha sido em relação a outro ordenamento jurídico, sua decisão nos é aplicável. O caso analisado foi o Klass and Others v. Germany, em 06 de setembro de 1978. Foi considerada a

inexistência de ofensa ao artigo 8º da Convenção, pois a interferência era justificada e necessária em uma sociedade democrática, visando a segurança nacional e a prevenção de crimes. Ponderou-se que a sociedade estava ameaçada por formas sofisticadas de espionagem e terrorismo, de modo que o Estado deveria ser capaz e eficaz no combate às ameaças.

Mas, por se tratar de medida agressiva, o legislador foi cuidadoso e definiu um caráter residual para a decretação da medida cautelar. Não sem motivos, já que, conforme dissemos, a medida causa a invasão na vida particular do indivíduo e até mesmo de terceiros.

Neste quesito, o magistrado deve atentar-se ao perigo na demora na decretação da interceptação, com vistas a evitar o perdimento da prova que poderia ser produzida, visando elucidar determinada infração e também à inexistência de obtenção daquelas informações por outro meio menos gravoso¹.

Isso significa que se o assunto pode ser provado por intermédio da prova testemunhal, documental ou pericial, afasta-se a possibilidade de deferimento da interceptação.

Renato Brasileiro de Lima alerta que a decisão que decreta ou não a interceptação baseia-se na cláusula *rebus sic stantibus*, razão porque, ainda que ausente a imprescindibilidade da medida naquele momento, nada impedirá, posteriormente, uma nova avaliação (LIMA, 2014, p. 152).

5.2.5 Ordem da autoridade judiciária competente

Observa-se que a Constituição Federal preconiza que a interceptação depende de ordem judicial, enquanto que a Lei nº. 9.296/96 reza que a ordem deve ser do juiz competente.

Nessa toada, excetuando-se as hipóteses de Estado de defesa e de sítio, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário autorizar a interceptação telefônica, como uma medida de controle judicial prévio da legalidade, independentemente da natureza do telefone, se público ou particular (LIMA, 2014, p. 147).

¹O STF enfrentou a questão no HC: 108147 PR, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 11/12/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013 e o STJ no HC: 204778 SP 2011/0091670-9, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 04/10/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2012)

Bom, somente a ordem do juiz não basta, pois se exige a ordem do juiz competente, o que significa, em primeira análise, que o magistrado deve possuir jurisdição penal. Agora, a lei nº. 9.296 exigiu que a ordem fosse proferida também pela autoridade judiciária competente, ou seja, por quem possuísse competência para julgar aquele tipo de litígio, ainda que de forma aparente, no caso da medida ser decretada durante as investigações.

Esclarecedora a lição doutrinária:

Se a própria Lei nº 9.296/96 estabelece que a interceptação de comunicações telefônicas depende de autorização do juiz competente da ação principal (art. 1º), deve ser considerada nula a autorização judicial para interceptação telefônica concedida por juiz incompetente. Logo, se durante a realização de inquérito policial militar, que apurava a prática de crime impropriamente militar (subtração de armas e munições da corporação, conservadas em estabelecimento militar), a interceptação foi deferida pela Justiça Comum Estadual, deve-se declarar a nulidade da prova ilicitamente obtida, em virtude da incompetência do juízo. (LIMA, 2014, p. 147/148)

Se a determinação ocorre no curso da investigação criminal, a regra deve ser mitigada, pois, ao contrário da certeza que se tem sobre a competência, no caso da determinação ser durante o processo, o mesmo não se diz na fase das investigações, na qual se pressupõe determinado delito (LIMA, 2014, p. 148).

Nesse raciocínio, o juízo competente será determinado conforme os elementos existentes no momento da decretação da medida, atendendo-se à regra *rebus sic stantibus*, pois, fato superveniente que modifique a competência não importará na nulidade da prova. É o que se denomina como juízo aparente (LIMA, 2014, p.148). Foi o entendimento adotado pelo STF no HC 85962 e pelo STJ no RHC 15491.

Para finalizar, três questões relevantes. O STF decidiu pela validade da interceptação telefônica decretada pela Central de Inquéritos, explicando, para tanto, que o “art. 1º da Lei nº 9.296/96 não fixa regra de competência, mas sim reserva de jurisdição para quebra do sigilo das comunicações, ou seja, que interceptação deve ser decretada pelo magistrado”.

Destarte, mediante o entendimento exarado, conforme orienta Cavalcante (2016), percebe-se a possibilidade da Lei Orgânica especializar Varas de Inquérito Criminal, as quais terão competência para realizar providências anteriores ao oferecimento da denúncia, o que vai ao encontro da imparcialidade.

Nas palavras do relator:

Segundo o entendimento do STF, admite-se a divisão de tarefas entre juízes que atuam na fase de inquérito e na fase da ação penal. Assim, um juiz pode atuar na fase pré-processual decretando medidas que dependam da intervenção do Poder Judiciário, como a interceptação telefônica, mesmo que ele não seja o competente para julgar a ação penal que será proposta posteriormente.

Esse entendimento também foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça nos seguintes julgados: STJ. 6ª Turma. RHC 49.380/ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 04/11/2014 e STJ. 5ª Turma. HC 122.456/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 05/04/2011.

Por sua vez, importante destacar que a decretação da interceptação telefônica no curso da investigação criminal fixa a competência por prevenção, na forma preconizada pelo artigo 83 do Código de Processo Penal. Sobre o assunto, temos, no STJ, o HC 85068 e, no STF, o HC 93762.

Em tempo, preconiza o art. 3º da Lei nº. 9.296 que a medida pode ser determinada de ofício pelo juiz. Nesse tocante, cabe-nos registrar uma crítica. No início deste trabalho fizemos menção à adoção do sistema acusatório, segundo o qual o juiz atuaria somente de forma excepcional.

Por isso, a doutrina não concorda com a iniciativa do magistrado afirmando a ofensa à Constituição Federal e a usurpação da atribuição do Ministério Público e da Polícia Judiciária (LIMA, 2016, p. 752).

Não fosse isso, a autorização é desarmonica se comparada aos demais dispositivos legais. É que o art. 4º da Lei determina que o pedido cautelar seja instruído pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, observando-se vários requisitos. Pertinente, então, a pergunta: quais os requisitos a serem observados pelo juiz para uma determinação de ofício? (STRECK, 2001, p.82).

Tem-se, portanto, o reforço da tese de que a determinação de ofício pelo juiz macula a instrução processual, colidindo, sem dúvidas, com o moderno processo penal acusatório, conquista do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2001,p.82).

Anote-se que o dispositivo legal foi questionado na ADI 3450, conclusa com o relator desde 2011, argumentando-se que a atuação do juiz de ofício vai de encontro à imparcialidade.

Porém, na jurisprudência não encontramos nenhum caso envolvendo a determinação de ofício, a fim de apresentar como ilustração. É bem verdade que, conforme adverte Streck, “é aconselhável que os juízes não determinem, *sponte sua*, as interceptações, para evitar inexoráveis nulidades” (2001, p. 81/82).

Estando a medida cautelar nas mãos da autoridade judiciária competente, presentes os requisitos legais, não está no campo de discricionariedade do juiz a decisão, o qual deverá apreciar o pedido em 24(vinte e quatro) horas (art. 4º, §2º, da Lei nº. 9.296/96), prazo diferenciado em razão da especialidade do procedimento, pois, de acordo com o Código de Processo Penal o juiz teria 5(cinco) dias.

Ele deverá proferir uma decisão escrita, fundamentada e estabelecendo os limites da invasão. Para tanto, dedicam-se tópicos específicos.

5.2.5.1 Ordem escrita e fundamentada

A ordem deverá ser escrita aceitando-se, excepcionalmente, o pedido verbal, mas, desde que reduzido a termo (art. 4º, §1º da Lei nº. 9.296/96).

Por sua vez, nos moldes delineados pela Constituição Federal, no artigo 93, inciso IX e também pelo artigo 5º da Lei nº. 9.296/96, é certo que a decisão deverá ser fundamentada. Quanto a isso, não há exigência de manifestações exaustivas, mas a urgência da medida não dispensa a efetiva discriminação dos requisitos autorizadores da medida, baseando-se em elementos fáticos (LIMA, 2016, p. 742).

Sobre tal aspecto, merece ser trazida a crítica do magistério de Lênio Streck (2010, p. 101):

Tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que venho denominando de ‘uma fundamentação da fundamentação’, traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição. Por isso é que uma decisão mal fundamentada não é sanável por embargos (sic); antes disso, há uma inconstitucionalidade *ab ovo*, que a torna nula, írrita, nenhuma! Aliás, é incrível que, em havendo dispositivo constitucional tornando a fundamentação um direito fundamental, ainda convivamos – veja-se o fenômeno da ‘baixa constitucionalidade’ (...) – com dispositivos infraconstitucionais pelos quais sentenças contraditórias (sic), obscuras (sic) ou omissas (sic) possam ser sanadas por embargos...!

Isso significa a vedação à mera alusão da presença dos requisitos constitucionais e legais, pois não há mais espaço para a repetição da letra da lei, sob pena de nulidade.

A doutrina de Renato Brasileiro de Lima (2016) ressalta que, não sem controvérsias, no caso das medidas cautelares seria possível a utilização da fundamentação *per relacionem*, desde que o requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial esteja com uma análise esmiuçada.

A interceptação telefônica, por ser espécie de medida cautelar, poderia aceitar o posicionamento, no entanto, não encontramos julgados relacionando o tema, razão pela qual entendemos que, com exceção dos casos de prorrogação da medida, a primeira decisão deve ser fundamentada pelo juiz.

5.2.5.2 Delimitação da situação objeto da investigação e do sujeito da interceptação

Visando individualizar a ordem judicial é dever do magistrado, em conformidade com o artigo 2º, parágrafo único, mencionar o objeto da investigação, delimitando a situação fática que se pretende provar.

A título de exemplo, imagine que o delito a ser provado é o de homicídio (CP, art. 121), logo, “deve o magistrado descrever de maneira objetiva o local onde a vítima fora morta, quem teria supostamente praticado o delito, quais indícios já existem acerca do crime e da autoria e/ou participação, *modus operandi* do agente, etc” (LIMA, 2014, p. 153).

A relevância da minúcia está em evitar a investigação de fatos indeterminados e também para auxiliar a descoberta de outros delitos relacionados, caracterizando o encontro fortuito (LIMA, 2014, p. 153).

Ao lado disso, quando possível, exige-se a pormenorização do investigado. Nesse ponto, insta mencionar que o sujeito passivo da interceptação telefônica é o interlocutor e não o titular formal, admitindo-se, daí, a interceptação em linha pública, aberta ao público ou de entidade pública (GRECO FILHO, 2005, p.29).

Excepcionalmente, poderá ser pessoa indeterminada, mas o número da linha telefônica a ser interceptada deverá ser identificado, vedando-se a ampliação pela autoridade executora da ordem (LIMA, 2014, p. 153-154).

No caso de pessoa jurídica, Vicente Greco Filho ensina que a interceptação deverá ocorrer no telefone das pessoas físicas que compõe órgão colegiado, e não de funcionários ou sócios (2005, p. 32).

5.2.5.3 Conteúdo da ordem judicial

Agora que já temos em mente as principais questões referentes aos pressupostos, cumpre destacar o conteúdo, elencado pela doutrina, que a decisão que conceder a medida cautelar deve se ater. Ressalve-se que alguns dos pontos integrantes da decisão ainda serão esmiuçados doravante, mas por questões topológicas já, ao menos, os identificaremos.

Para desempenhar esse desiderato, trazemos o magistério de Luiz Flávio Gomes (1997, p. 215), segundo o qual o juiz, ao exercer o controle prévio da medida, deverá: 1) especificar quais os indícios concretos de autoria ou de participação (art. 2º, I, b) e no que consistem as provas a respeito da infração penal, a fim de delinear a materialidade (art. 2º, I), se existente; 2) indicar que a infração é punida com reclusão (art. 2º, III); 3) apontar os motivos pelos quais a medida é imprescindível, mencionando a inexistência de outros meios disponíveis para a obtenção da prova, bem como vislumbrar, no caso concreto, a proporcionalidade em razão da gravidade da infração, da necessidade da prova, dos interesses afetados etc.; 4) descrever com clareza a situação objeto da investigação, como, por exemplo, qual o crime que está ocorrendo, desde quando e, sendo possível qualificar o(s) investigado(s); 5) particularizar a linha telefônica objeto da medida de interceptação; 6) especificar quais meios serão utilizados para a execução da medida e se os recursos a serem empregados são da polícia ou da concessionária; 6) delimitar o prazo de duração da medida; 7) demarcar a forma da interceptação, isto é, se ela irá captar todas as chamadas, apenas as recebidas, apenas as realizadas e; 7) determinar a tramitação sob segredo de justiça.

6 PROCEDIMENTO

Delineadas tais questões afetas aos pressupostos cuida-se, neste capítulo, do procedimento da interceptação e das questões jurisprudenciais e doutrinárias relacionadas aos desdobramentos dele decorrentes.

6.1. LEGITIMIDADE PARA REQUERER A MEDIDA

Em conformidade com o art. 3º da Lei de Interceptação a medida pode ser pleiteada, na fase de investigação, pela autoridade policial ou pelo Ministério Público. Já na fase da instrução processual, somente por requerimento do *parquet*, mas não a pedido da autoridade policial (art. 3º da Lei de Interceptação).

Por construções doutrinárias e em razão do bom senso, admite-se também o requerimento do querelante, nas ações penais privadas, e do assistente de acusação, em deferência ao art. 271, do Código de Processo Penal (AVENA, 2014).

Mas, percebe-se que nada foi mencionado sobre a possibilidade de a defesa pedir a interceptação. Embora pensemos, *prima facie*, que ela somente serve para a acusação buscar evidências sobre a tese apresentada, verifica-se que a medida também poderá ser útil ao acusado, no intuito, por exemplo, de mostrar outro possível suspeito.

Logo, não é demais dizer que proibir a defesa da produção da prova viola o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Partindo dessa premissa, Lenio Luis Streck é favorável à permissão, a nosso ver, acertadamente. Para explicar sua posição, enfatiza a previsão no direito comparado, citando a Alemanha como exemplo, pois naquele ordenamento jurídico as partes têm o direito constitucional de produzir as provas que sejam relevantes e úteis à resolução da controvérsia, devendo o juiz introduzir tais meios de prova, sob pena de violação do preceito maior (2001, p.80-81).

O mesmo raciocínio é adotado por Norberto Avena(2014), para o qual apesar do silêncio da lei, é incongruente considerar a possibilidade de interceptação como meio de prova exclusivamente contra o investigado ou réu, haja vista a necessidade de se observar a paridade de armas e o princípio constitucional da isonomia.

De outro lado, Renato Brasileiro de Lima obtempera que do silêncio do legislador deflui a ausência de amparo à legitimidade da defesa requerer a interceptação. Para ele a solução é o defensor ou o acusado instar a autoridade policial ou o órgão ministerial para que requeiram a medida, sob pena de, no caso de injusta inércia, causar o cerceamento de defesa. O mesmo raciocínio, de acordo com o doutrinador, deve ser observado em relação à vítima, para a qual a lei também não conferiu legitimidade (LIMA, 2016, p. 751).

Vencidas as controvérsias, é de bom alvitre destacar que em que pese parcela doutrinária considerar desnecessária a prévia oitiva do Ministério Público para o deferimento ou não da cautelar (GRECO FILHO, 2005, p. 52), nos filiamos aos ensinamentos sempre pertinentes de Streck, o qual considera a ouvida do Ministério Público absolutamente indispensável.

A despeito da omissão legislativa, o complemento é buscado na Constituição Federal, logo, considerando a relevância da matéria, no que se refere à invasão na esfera da privacidade do cidadão, impõe-se o respeito à missão constitucional do *parquet*, ou seja, de guardião dos direitos individuais e coletivos da sociedade, controlador da atividade policial e destinatário das provas (STRECK, 2001, P. 76).

Em conclusão, rememore-se que com o injusto indeferimento da medida cautelar caberá a interposição de mandado de segurança. Por outro lado, se o indeferimento da medida estiver baseado na ausência de algum requisito, nada impedirá um novo pedido, desde que com a modificação do contexto probatório (LIMA, 2016, p. 751).

6.2 DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO

O tema que trataremos a seguir já foi objeto de boas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Mas, atualmente, parece que temos uma posição consolidada.

Tudo inicia com a redação, pouco esclarecedora, do artigo 5º da Lei nº. 9.296/96, o qual preconiza que a interceptação “não excederá o prazo máximo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

Como se vê, de uma leitura rápida, conclui-se que a interceptação poderia durar 15 dias, renovável uma única vez por igual período. A adoção dessa postura é

mais rígida, mas considera a proporcionalidade em abstrato e o fato da medida ser restritiva de direito fundamental (GOMES, 1997, p. 218).

Não parece ser essa a melhor interpretação, tampouco é o que entende o STJ e o STF. Os tribunais superiores, ao menos de forma majoritária, se manifestaram pela possibilidade de prorrogação por quantas vezes ela se demonstrar necessária, vedando-se, porém, a interceptação indeterminada. Isso significa que cada renovação será de 15(quinze) dias e que cabe ao juiz verificar a necessidade no caso concreto. Portanto, não há um limite vinculativo, devendo-se considerar o princípio da proporcionalidade.

A título exemplificativo, no RHC 116166 DF², o STF entendeu legítima a interceptação telefônica que durou mais de 2 anos, cujas prorrogações totalizaram 48 vezes.

Em assonância ao acima expendido, é de todo oportuno mencionar julgado do STJ:

A interceptação telefônica é meio de investigação invasivo que deve ser utilizado com cautela. Entretanto, pode ser necessária e justificada, circunstancialmente, a utilização prolongada de métodos de investigação invasivos, especialmente se a atividade criminal for igualmente duradoura, casos de crimes habituais, permanentes ou continuados. A interceptação telefônica pode, portanto, ser prorrogada para além de trinta dias para a investigação de crimes cuja prática se prolonga no tempo e no espaço, muitas vezes desenvolvidos de forma empresarial ou profissional. Precedentes (Decisão de recebimento da denúncia no Inquérito 2.424/RJ – Rel. Min. Cezar Peluso – j. em 26.11.2008, DJE de 26.3.2010). (STJ - HC: 235394 SP 2012/0046592-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 11/03/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2014)

Luiz Francisco Torquato Avolio leciona que a limitação é criticável, pois, havendo permanência dos requisitos que autorizam a decretação da medida cautelar, ela pode ser renovada pelo juiz, porquanto não é o prazo que importa, mas sim a correta delimitação da finalidade da interceptação (2015, p. 211). O mesmo entendimento é lecionado por Luiz Flávio Gomes (1997, p. 219), Renato Brasileiro

²No que tange a inadequada fundamentação ad relationem e a alegação de que foram exageradas as sucessivas prorrogações (48 vezes) que se projetaram por durante 2 anos, 2 meses e 18 dias, também, não encontro, em análise superficial, qualquer ilegalidade que se mostre patente. Por oportuno, transcrevo excerto do voto-vista e condutor do acórdão proferido pelo Min. Gilson Dipp: “Parece compreensível que a interceptação telefônica, quando devidamente justificada, tenha de desenvolver-se para além do limite legal de 30 dias (isto é, uma prorrogação) seja pelas circunstâncias seja pelo desenvolvimento dos achados. Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 13/12/2012, Data de Publicação: DJe-247 DIVULG 17/12/2012 PUBLIC 18/12/2012

de Lima (2016, p. 754) e Vicente Grego Filho, o qual acrescenta: 'uma vez', no tempo da lei, não é adjunto adverbial, é preposição. É óbvio que se existisse uma vírgula após a palavra 'tempo', o entendimento seria mais fácil. (2005, p. 51)

Pontue-se, de outro norte, que em precedente isolado, julgado em 2008, encontramos entendimento diferente adotado pela sexta turma do STJ, no qual foi declarada nula a interceptação que durou dois anos. Na fundamentação, argumentou-se que as normas que restringem os direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente. Também se considerou que a Constituição Federal, no estado de defesa, autoriza a interceptação no prazo de 60 dias, logo, nos dias de normalidade não há motivo razoável para permitir a superação do prazo³.

Dito isso, note-se que caso haja desproporção na prorrogação, não deve ser toda a prova declarada nula, mas somente a parte excessiva.

Para a decretação da renovação queremos entender que a melhor posição é no sentido de que se faz necessário um novo fundamento, ou seja, o primeiro fundamento é inidôneo a subsidiar as interceptações prorrogadas.

Porém, não é o entendimento uníssono, pois há jurisprudência aceitando a fundamentação *per relacionem*. Neste sentido, citem-se a APL 14220003 PR 1422000-3 no TJPR e no STF o HC 92.020, no qual se adotou o seguinte argumento:

Como o impetrante não questiona a fundamentação da decisão que deferiu o monitoramento telefônico, não há como prosperar o seu inconformismo quanto às decisões que se limitaram a prorrogar as interceptações. De qualquer forma, as decisões questionadas reportam-se aos respectivos pedidos de prorrogação das interceptações telefônicas, os quais acabam por compor a fundamentação de tais decisões, naquilo que se costuma chamar de fundamentação *per relationem*.

Impende destacar que por se tratar de medida cautelar, na qual a demora na prolação da decisão pode acarretar prejuízo à elucidação do crime e colheita dos

³ 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 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. HC 76686 PR 2007/0026405-6, Relator Ministro NILSON NAVES, julgamento 09/09/2008, publicação DJe 10/11/2008.

elementos de prova, a posição adotada pelos tribunais encontra guarida no princípio da proporcionalidade, legitimando, assim, a fundamentação *per relacionem*.

Em se tratando de prazo máximo, nada impede a fixação de prazo inferior, caso o juiz entenda ser ele suficiente para o caso concreto (LIMA, 2016, p. 753).

Em conclusão, insta anotar que a contagem do prazo inicia com a efetivação da medida (GOMES, 1997, p. 218), de modo que ainda que a interceptação seja levada a efeito três meses depois da autorização judicial, não haverá nulidade. Foi o que decidiu o STJ no HC 135771/PE⁴.

6.3 EXECUÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

De acordo com o art. 6º da Lei nº. 9.296/96 a autoridade policial, no exercício das suas funções de polícia judiciária, conduzirá os procedimentos de interceptação, dentro dos limites fixados pelo juiz (GOMES, 1997, p. 221).

Vicente Greco Filho (2005, p. 52-53) elucida: “ ‘autoridade policial’ deve ser entendida como polícia judiciária, estadual ou federal, ou autoridade presidente de inquérito policial militar, caso se tratar de crime de competência da Justiça Militar”.

Pontue-se que o STJ admitiu a condução pela Polícia Rodoviária Federal, posição acolhida pelo STF na ADI 1.413/DF (LIMA, 2016, p. 168).

Admite-se, ainda, que a polícia investigativa peça auxílio técnico especializado das concessionárias de serviço público (art. 7º da Lei).

Importante anotar que é obrigatória a ciência do procedimento operacional pelo Ministério Público, mas o acompanhamento é facultativo (LIMA, 2016, p. 169; GOMES, 1997, p.222). Apesar de obrigatória para a doutrina, no HC 83515 o STF considerou que a ausência de ciência era mera irregularidade⁵.

E a condução da operação pelo Ministério Público seria possível?

⁴ (...)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

⁵ Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. HC 83515 RS, Relator Nelson Jobim, Julgado pelo pleno em 16.09.2004.Publicação: DJ 04-03-2005 PP-00011 EMENT VOL-02182-03 PP-00401 RTJ VOL-00193-02 PP-00609

Para Gomes, o Ministério Público não pode conduzir a operação de captação, nem mesmo se estiver gerindo as investigações ou se o investigado for a autoridade policial (GOMES, 1997, p. 222), posição duramente criticada por Lenio Streck (2001, p. 92/96), o qual leciona que ajustes na lei são necessários, a fim de adequar à Constituição Federal, de modo que, a partir disso, o *parquet* também estaria autorizado a conduzir o procedimento.

Pois bem, vencidas essas premissas, em relação à possibilidade de gravação, é de todo oportuno realçar que havendo possibilidade dela acontecer deverá ser feita, com vistas à verificação da veracidade da prova, quanto à idoneidade técnica e autenticidade da voz. Por outro lado, caso não seja possível, o conteúdo da interceptação será trazido aos autos por meio de prova testemunhal, daqueles que executaram a medida. Nestes casos, indubitavelmente, o valor probante da prova será menor, devendo o juiz atribuir o valor que ela merecer (LIMA, 2016, p.169).

Finalizada a medida, isto é, depois de cada interstício de 15(quinze) dias, cabe à autoridade realizar o auto circunstanciado (art. 6º, §2º), com “o resumo das operações realizadas, qual foi o *modus operandi*, quanto tempo demorou, qual foi o telefone interceptado, qual foi o resultado obtido, se houve ‘encontro fortuito’ etc”. (GOMES, 1997, p. 222-223). Ressalte-se que a autoridade policial não poderá deixar de remeter o resultado da interceptação se concluir ser ele irrelevante (STRECK, 2001, p. 103).

A falta do auto circunstanciado, no entanto, é mera irregularidade que não culmina na ilicitude da prova. Nesse sentido, já decidiu o STJ no HC 140798 ⁶e o

⁶ Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. HC 140798 / SC Data 04/10/2012 Ementa HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUEBRA DO SIGILO ELEFÔNICO SEM O RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS, DOS DISPOSITIVOS DA LEI N. 9.296/1996 E DA RESOLUÇÃO 59/2008 DO CNJ. AUTO CIRCUNSTANCIADO JUNTADO AOS AUTOS NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. CONTRADITÓRIO OPORTUNIZADO À DEFESA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. 1. As decisões que determinaram as interceptações telefônicas contêm suficiente fundamentação a justificar a imprescindibilidade e a legalidade da medida, destacando-se os fundados indícios de que a organização criminosa estaria se utilizando dos terminais telefônicos para a execução dos crimes. Procedimento necessário ao aprofundamento das investigações, observadas as disposições da Lei n. 9.296/1996. 2. O acórdão impugnado afirma que o relatório circunstanciado, com a explicação das conversas apuradas, está presente nos autos, ausente, pois, a apontada ilegalidade. 3. Já decidiu esta Corte pela prescindibilidade do relatório circunstanciado por tratar-se de elemento informativo e secundário, mormente quando presentes elementos substitutivos. 4. Ausência de comprovação de prejuízo advindo à defesa técnica, pois o acórdão impugnado ressaltou que a defesa pôde ter acesso aos dois cds com as conversas interceptadas e, além disso, o contraditório foi oportunizado à defesa

STF no HC 87859, do qual se depreende: “O auto circunstanciado não é elemento essencial para a validade da prova, tratando-se de documento secundário, incapaz de macular a interceptação telefônica”.

6.4 APENSAMENTO

Visando tutelar o direito constitucional ao sigilo, cuja transgressão exige cautelas (GOMES, 1997, p. 225), o resultado da interceptação não é juntado aos autos principais. De acordo com o art. 8º da Lei 9296/96, a interceptação ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal.

Em relação ao momento da providência em análise, Vicente Greco Filho (2005, p. 54) esclarece que se a interceptação foi realizada durante o inquérito policial, ela será apensada junto com o relatório da autoridade policial, não havendo necessidade de envio imediato ao magistrado. O mesmo posicionamento é defendido por Luiz Flávio Gomes (1997, p. 223).

Ao revés, se realizada durante a instrução processual deverá, assim que concluída, deverá ser enviada ao magistrado (GOMES, 1997, p. 223).

Sobre o assunto, deve ser afastado o posicionamento defendido por Vicente Greco Filho, pois, segundo ele o procedimento “será apensado logo antes da decisão de pronúncia ou sentença definitiva se a medida foi realizada incidentalmente à ação penal”, porquanto, de acordo com o que ensina, somente nesses momentos a prova será apreciada e considerada, de modo que tal postura preserva o sigilo (2005, p. 54).

Não se pode perder de vista que, se assim for, haverá ofensa à ampla defesa e ao contraditório. Pondere-se que a preservação do sigilo, fixada pelo art. 8º, se refere ao sigilo frente a terceiros, mas depois de concluída a medida não se justifica o sigilo frente ao investigado (GOMES, 1997, 227).

Do mesmo modo entende Lenio Luiz Streck, o qual explica que o dispositivo legal, tal como apresentado, acarretará no atraso da instrução processual, uma vez que as alegações finais já foram realizadas, e é direito da defesa o acesso à prova

produto da interceptação. Daí porque o dispositivo aplicado friamente culminará na abertura de novo prazo, incluindo a realização de eventual perícia (2001, p. 101).

Urge trazer à colação o entendimento jurisprudencial do STF(HC 128102/SP), para o qual o descumprimento de todo este procedimento, não gera nulidade, mas mera irregularidade. Segundo o pretório excelso, “preenchidas as exigências previstas na Lei nº. 9296/96 (ex.: autorização judicial, prazo etc.) não deve ser considerada ilícita a interceptação telefônica pela simples ausência de autuação”.

Na mesma linha de raciocínio já decidiu o STJ no REsp 1459794/MG, ocasião em que argumentou que a falta da providência não constituiu nulidade, pois os autos do procedimento da interceptação esteve disponível às partes que nada alegaram no momento processual oportuno.⁷

No Tribunal de Justiça do Paraná também encontramos precedente, HC 5851167, no qual foi ponderado que o não apensamento imediato dos autos de interceptação, que é medida sigilosa, não é capaz de gerar nulidade, se houve o apensamento em momento adequado ao qual teve acesso à defesa. Ademais, consignou-se que “supostas irregularidades do procedimento de interceptação não conduzem à nulidade do feito, exceto se comprovado o efetivo prejuízo à Defesa dos acusados”.

6.5 LEVANTAMENTO DO SEGREDO DE JUSTIÇA E O INCIDENTE DE INUTILIZAÇÃO

De acordo com a exposição de outrora, corolário da interceptação telefônica é a surpresa, concretizada por intermédio da decretação do segredo de justiça, nos termos do art. 1º da Lei 9.296/96. Significa dizer que se trata de medida cautelar que independe da prévia oitiva do investigado, cuja manifestação será oportunizada em outro momento, sem gerar ofensas ao contraditório e ampla defesa.

Pois bem, depois de concluídas as diligências, o sigilo frente ao investigado ou acusado não possui mais razão pra existir, devendo ser preservado o sigilo perante terceiros.

⁷ No mesmo sentido: STJ - HC: 219984 PR 2011/0231869-3, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 11/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/06/2013.

Assim, como regra, mesmo após as diligências e findo o segredo de justiça, não haverá publicidade externa dos elementos obtidos. Isso porque “valores constitucionais como um processo justo, o direito à intimidade e à vida privada do acusado e das pessoas que com ele se comunicaram devem preponderar sobre o direito de que a todos seja assegurada a possibilidade de ter acesso” (LIMA, 2016, p. 753).

Excepcionalmente, outra solução pode ser invocada. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal optou pela publicidade, em se tratando de apuração de condutas de pessoas públicas. Toma-se como exemplo o Inquérito 3963, cujo fragmento segue transcrito:

Por outro lado, cumpre extinguir o regime de sigilo até agora assegurado ao procedimento. É que a Constituição Federal proíbe restringir a publicidade dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX), e estabelece, com as mesmas ressalvas, que a publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário é pressuposto inafastável de sua validade (art. 93, IX). Ora, não há, aqui, interesse social a justificar a reserva de publicidade. Pelo contrário: é importante, até mesmo em atenção aos valores republicanos, que a sociedade brasileira tome conhecimento dos fatos objeto da investigação. (Relator Teori Zavascki, em 06 de março de 2015).

Mas, rememore-se que a interceptação telefônica visa captar todas as conversações do telefone alvo, não havendo possibilidade de distinguir o útil do inútil. Pensando nisso, o legislador preconizou no artigo 9º da Lei nº. 9.296 que a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial.

“A razão do dispositivo legal em questão, destarte, outra não é senão a tutela real e efetiva do direito à intimidade, do direito ao sigilo das comunicações” (GOMES, 1997, p. 233).

O incidente é cabível durante o inquérito policial, durante a instrução, depois dela e até mesmo depois do trânsito em julgado.

Não se trata, pois, de faculdade, mas sim de obrigatoriedade a ser desempenhada pelo juiz, como guardião da Constituição, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Para tanto, defende-se a inutilização de tudo o que não interessar, o que inclui auto circunstanciado, transcrições, eventuais testemunhos etc., pois somente assim será efetivada a privacidade do comunicador (GOMES, 1997, p. 234).

Para tanto, o verbo “inutilizar” empregado pelo dispositivo legal deve ser entendido como “destruir”, sempre que possível. Em se tratando de auto circunstanciado, por exemplo, as partes inúteis serão riscadas, apagadas etc (GOMES, 1997, p. 234).

No que tange à legitimidade, de um lado Gomes entende que o juiz não pode agir de ofício, cabendo a provocação do Ministério Público ou da parte interessada. De outro, Lenio Streck, entende pela possibilidade da atuação de ofício antes do término da instrução, mas pela ilegitimidade da autoridade policial (2001, p. 103).

O importante é que a partir de eventual pedido, o juiz não ficará adstrito ao requerimento da parte, pois a tutela dos direitos fundamentais está acima do requerimento formulado (GOMES, 1997, p. 235).

Na ocasião da decisão, o juiz deve definir com clareza tudo o que será inutilizado, fundamentando as razões da sua decisão. Desta, caberá apelação, mas ao terceiro interessado restará somente o mandado de segurança (GOMES, 1997, p. 236)

Em relação ao momento, não há uma definição exata, devendo-se considerar que a decisão não pode tardar, “em virtude do risco que representa para incontáveis direitos fundamentais” (GOMES, 1997, p. 235).

6.6 TRANSCRIÇÃO

Em sendo possível a gravação da comunicação interceptada surge uma dúvida: é necessária a transcrição de todo o conteúdo interceptado, seja para a renovação da medida, seja para o oferecimento da denúncia ou prolação de sentença?

A resposta encontramos na jurisprudência tranquila do STJ e do STF. Para os tribunais superiores é prescindível a transcrição das conversas já captadas, até porque isso atrasaria a rapidez que a decretação de uma renovação requer. Cite-se, por exemplo, no STJ, o HC 115773/PE, no STF, o HC 115773 AgR e o HC 83515.

A despeito da desnecessidade de transcrição, não há dispensa no que tange à demonstração da indispensabilidade da medida pelo requerente (Ministério Público ou autoridade policial). Logo, exige-se explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações por meio da interceptação, pois o juiz deve

conhecer o que está sendo objeto da averiguação e o que justificará a continuidade da medida (LIMA, 2016, p. 753).

O mesmo raciocínio opera-se em relação à fundamentação de denúncia ou de eventual sentença, bastando a transcrição dos trechos que servirem de supedâneo à decisão. E não haverá cerceamento de defesa, considerando a disponibilização da mídia completa à defesa. Nesse sentido, vide no STF, o RHC 125239AgR e, no STJ, o RHC 39457/PR.

6.7 LIGAÇÕES ANÔNIMAS

Neste tópico abordaremos o tratamento da jurisprudência e da doutrina quanto à admissibilidade de interceptação telefônica baseada em denúncia anônima.

Avolio esclarece que a expressão denúncia anônima é “ comunicação anônima de um crime ou delação anônima do seu autor. Tecnicamente, seria o oferecimento, por qualquer pessoa (que prefere não se identificar), da *noticia criminis* ou *delatio criminis*” (AVOLIO, 2015, p. 194).

Diferente do que ocorre no ordenamento jurídico português e no italiano, nos quais expressamente é vedada a utilização de documento anônimo no processo, o Código de Processo Civil Brasileiro não vedou expressamente a denúncia anônima, permitindo que qualquer pessoa do povo comunique às autoridades eventual infração penal que tenha conhecimento, conforme o art. 5º, §3º, CPP (AVOLIO, 2015, p. 195).

No entanto, registre-se que a vedação pode ser extraída do sistema jurídico, uma vez que o Código Penal pune a denunciação caluniosa (art. 339) e a comunicação falsa de crime ou de contravenção (art. 340). Não obstante, a Constituição Federal, ao tratar da liberdade de manifestação do pensamento, veda o anonimato (art. 5º, IV) que decorra de falsa notícia de crime (AVOLIO, 2015, p. 195).

A jurisprudência trilhou esse caminho, vedando interceptações baseadas, unicamente, em denúncia anônima. A título de exemplo podemos citar, no STJ, o HC nº 131.225/ SP e, no STF, o RHC 123949.

Por outro lado, a denúncia anônima é hábil a deflagrar investigação prévia e, com essa diligência anterior, a interceptação será válida. É o entendimento adotado pelo STF no RHC 121748 AgR e recentemente, no HC 106152, cujo fragmento da ementa foi o seguinte: “(...). INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DENÚNCIA

ANÔNIMA. (...)2. Notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal”.

O Superior Tribunal de Justiça segue o mesmo raciocínio. É o que se depreende dos seus julgados, dentre os quais citamos, a título de exemplo: HC 229.358 /PR e do HC 130054/PE.

6.8 SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO

Imagine-se a determinação de uma interceptação telefônica, de qualquer natureza, na forma dos ditames legais, visando colher elementos relacionados a crime punido com reclusão. Incidentalmente, depara-se com períodos em que o investigado comunica-se com seu advogado. Nesse caso, a prova produzida deve ser considerada ilícita?

Para a análise do tema devemos lembrar que ao advogado, indispensável à administração da justiça (art. 2º da Lei nº 8906/94), é garantida “ a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia” (Art. 7º, inciso II, da Lei nº. 8906/94).

Nesse raciocínio, visando manter o equilíbrio do sistema, as conversas entre o advogado e seu cliente devem ser consideradas, pelo magistrado, inadmissíveis no processo, haja vista o sigilo da relação advogado *versus* cliente combinado com a vedação à autoincriminação.

Em suma, a interceptação da conversa direcionada exclusivamente ao advogado está protegida pelo sigilo e, portanto, vedada. Em relação à interceptação decretada em face do investigado, mas que no curso do procedimento capta conversas acobertadas pelo sigilo profissional, será inadmissível no fragmento sigiloso, logo, o “simples fato de o advogado do investigado ter sido interceptado não é causa, por si só, para gerar a anulação de todo o processo e da condenação que foi imposta ao réu” (STF, HC 129706/PR).

Isso quer dizer que a conversa será interceptada e transcrita, cabendo ao magistrado, destinatário da prova, a valoração e possível destruição do fragmento, caso entenda necessário. Essa ressalva é pertinente, porquanto não cabe aos policiais executores da medida, realizar a filtragem das escutas interceptadas. “A

impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado” (STF, HC 91867).

No mesmo sentido entendeu o STJ no HC 66.368, do qual se colhe o seguinte fragmento: “Cabe ao juiz, quando da sentença, avaliar os diálogos que serão usados como prova, podendo determinar a destruição de parte do documento, se assim achar conveniente, no momento da prolação da sentença”.

Para a 2ª Turma do STF, no HC 129706/PR, se houver constatação de que houve indevida interceptação do advogado do investigado e, assim, a violação das prerrogativas da defesa, três consequências processuais podem surgir: “Cassação ou invalidação do ato judicial que determinou a interceptação; Invalidação dos atos processuais subsequentes ao ato atentatório e com ele relacionados; Afastamento do juiz caso demonstre que, ao assim agir, atuava de forma parcial”.

Vale lembrar que o abrigo conferido pelo Estatuto não poderá resguardar ilícitos cometidos pelo profissional. Assim, “caso haja indícios de envolvimento do advogado com o crime objeto da investigação, não há falar em proteção ao sigilo, sendo plenamente válida a interceptação de sua comunicação telefônica” (LIMA, 2016, p. 748).

No contexto, recentemente conhecemos uma decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, na qual foi reconhecida a ausência de ilegalidade da interceptação da conversa do advogado com seu cliente. O caso do questionamento, *Versini-Campinchi e Crasnianski v. França*, foi oriundo de uma investigação intentada pelas autoridades francesas em virtude da morte de várias pessoas infectadas por carne bovina originária do Reino Unido, na qual, um juiz autorizou o grampeamento do investigado Christian Picart. Durante a diligência, as conversas com os advogados foram interceptadas e transcritas, por meio das quais se evidenciou a prática de desacato e violação a confidencialidade profissional (CHRISTÓFARO, 2016).

A Corte concluiu que a interceptação era uma interferência normal à vida privada dos questionadores, tendo sido medida proporcional, especialmente considerando a prevenção à desordem e em deferência à sociedade democrática. (CHRISTÓFARO, 2016)

6.9 ENCONTRO FORTUITO

É possível, durante a execução das interceptações telefônicas, a identificação de outros crimes praticados pelo investigado ou, ainda, a descoberta de outros criminosos, não abarcados pela ordem judicial que decretou a medida cautelar. A discussão acerca do encontro fortuito de provas deve partir, inicialmente, de uma premissa fixada pela Lei nº. 9.296/96, já abordada neste trabalho, e descrita no artigo 2º, parágrafo único, isto é, de que deve ser mencionada com clareza a situação objeto da investigação.

Pois bem, esse fenômeno, chamado de serendipidade, deriva do inglês *serendipity* e “consiste em sair em busca de algo e encontrar outra coisa, que não se estava procurando”.(ALVES, 2016; ANSELMO, 2016)

A expressão vem da lenda oriental “Os três príncipes de Serendip”, viajantes que, ao longo do caminho, fazem descobertas sem ligação com seu objetivo original (ANSELMO, 2016).

Em relação à admissibilidade no processo encontramos divergências doutrinárias.

De um lado, Damásio de Jesus entende que o encontro fortuito não é válido como prova em nenhuma hipótese. Entendimento diferente apresentam Vicente Greco Filho e Avolio.

Eles diferenciam o encontro fortuito subjetivo e objetivo. O primeiro, denominado subjetivo, diz respeito à descoberta de outros criminosos. Vicente Greco não vê limitação subjetiva à utilização da prova, desde que presente a conexão(2005, p. 35). Já Avolio dispensa o nexó, explicando que a lei nº. 9.296/96, no parágrafo único, preocupou-se em exigir a descrição objetiva da situação objeto da investigação, admitindo, até mesmo, que a providência recaia sobre pessoa ainda não identificada, no caso de ser impossível a sua qualificação(2015, p. 202).

O segundo, chamado objetivo, está relacionado ao encontro de novos crimes. No que se refere à descoberta de fatos criminosos diferentes daquele que fundamentou a interceptação, os doutrinadores adotam o critério da conexão, rechaçando a validade nas hipóteses em que o encontro fortuito não guardar nenhuma relação com o fato que originou a providência (AVOLIO, 2015, p. 200; GRECO FILHO, 2005, p. 37).

Nos respeitáveis dizeres de Greco Filho (2005, p. 37):

O que é objeto da investigação é um fato naturalístico que pode apresentar várias facetas e ramificações. (...) Assim, parece irrecusável a possibilidade de, por exemplo, na investigação de homicídio, chegar-se à ocultação de cadáver. O que não se admite (...) é a utilização da interceptação em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência. É certo que, no momento em que a interceptação foi autorizada, não se tinha o requisito dos indícios razoáveis da autoria da infração conexa ou em concurso, mas a interceptação incide sobre as pessoas, é uma exceção ao resguardo da intimidade, de modo que, uma vez legitimamente autorizada em face de alguém em virtude de fato criminoso, admite sua utilização em outros delitos (punidos com reclusão) relacionados com o primeiro. É fato notório que a atividade criminosa, especialmente a organizada, não se limita a uma especialidade, ramificando-se do tráfico de entorpecentes para o sequestro, o contrabando de armas etc. E seria uma limitação excessiva não se permitir que, uma vez autorizada legitimamente a interceptação, não pudesse ela abranger toda a atividade criminosa dos interceptados no âmbito da continência ou conexão a partir do fato que a justificou.⁸

Outra parte da doutrina utiliza critério diferente, considerando que a serendipidade ou encontro fortuito pode ser de primeiro ou segundo grau e a diferenciação se perfaz com a existência de conexão com o fato objeto da investigação. Se existe conexão, a serendipidade é de primeiro grau, caso contrário será de segundo grau(COELHO, 2014).

A diferenciação é de total relevância, pois é ela que determinará se o objeto da descoberta poderá ser utilizado como meio de prova.

Nessa linha de exposição, é possível se deparar com as seguintes hipóteses:

- 1) a descoberta de prova relativa a outro crime, com relação de conexão ou de continência com aquele objeto das investigações (artigos 76 e 77, do CPP);
- 2) a constatação de provas ou de fontes de provas alusivas a crime diverso do objeto das investigações e que não guarda relação de conexão ou de continência com aquele que é objeto da apuração (razão do deferimento da interceptação telefônica, por exemplo);
- 3) a revelação de que o crime apurado foi perpetrado em coautoria, com a inclusão de pessoas que ainda não eram investigadas;
- 4) a verificação de que existe a participação de pessoa diversa no crime e que ela detém prerrogativa de função, seja em coautoria, seja em crime diverso, com ou sem relação de conexão ou de continência. (TAVORA, 2016, p. 855)

Nestor Távora (2016,p. 856) sistematiza as consequências do encontro fortuito de provas de primeiro e segundo grau. Para o doutrinador, a prova obtida

⁸ Esse é também é o entendimento de STRECK, 2001, p. 124.

fortuitamente será válida se: houver conexão ou continência; a autoridade policial responsável pela execução da medida comunicar o juiz imediatamente sobre a revelação do fato ou de outra pessoa, notadamente nos casos de prerrogativa de função, visando buscar a autorização do órgão competente e; o juiz, ciente da serendipidade, aferir que o fato descoberto ou a participação de coautor possui desdobramento histórico do ilícito penal investigado.

Por outro lado, a prova obtida não será válida, mas servirá como fonte de prova, se, tratando de serendipidade de segundo grau, revelar crime diverso do objeto da investigação que com ele não possua conexão; revelar pessoa que não esteja em conjunto com aquele investigado; o juiz verificar que o fato descoberto não guarda relação de desdobramento histórico com aquele que ensejou a determinação cautelar. (TAVORA, 2016,p. 857).

Nesse último caso, não significa que a prova não tenha nenhum valor, pois a partir dela poderá ser desenvolvida nova investigação.

Sobre o assunto, vejamos a posição do STF no AI 626214:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido.

O mesmo raciocínio é desempenhado por Lenio Streck (2001, p. 126), o qual, ainda, obtempera:

À evidência , está-se falando da descoberta de um crime (...) durante o desenvolvimento de uma interceptação devidamente autorizada. Não pode o Estado ignorar esse fato (a existência do crime). Evidentemente que não pode fazer de conta que o homicídio ou a corrupção não tenham ocorrido. Isto seria um simulacro! Como dito, a informação, descoberta do crime, em tais circunstâncias, deverá servir de indício para a busca da comprovação da existência do crime. Nunca tal informação poderá ser usada como prova bastante até mesmo para a instauração da ação penal. Exige-se, enfim, a prova da prova! (2001, P. 129/130)

A questão da necessidade ou não da conexão para a validade da prova obtida fortuitamente foi evoluindo na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça,

no julgamento do HC 33.553/CE, em 2005, pela 5ª turma considerou lícita a prova do crime diverso, desde que relacionado ao fato criminoso objeto da investigação. O mesmo entendimento foi adotado no RHC 28.794, em 2012, pela mesma turma. Em 2007, a 5ª turma, dispensou esse critério no julgamento do HC 69.552/PR, quando foi consignado o seguinte:

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. II – A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa.

O mesmo entendimento foi adotado no HC 189.735 e no HC 197.044.

No que diz respeito ao direito comparado, encontramos várias soluções. A jurisprudência do direito alemão admite o encontro fortuito, mas condiciona a validade à previsão do crime descoberto na lista de crimes do StPO. Portugal utiliza o mesmo critério e ainda acrescenta a necessidade de envolver o investigado, um intermediário ou a vítima. Já na Itália, a serendipidade é considerada válida se o caso admitir a prisão em flagrante. (ALSELMO, 2016).

Ademais, o STJ, no Resp. 1.355.432, entendeu que a sentença de pronúncia pode ser fundamentada em indícios de autoria descobertos de forma fortuita durante a investigação de outros crimes no decorrer de interceptação telefônica, ainda que determinada por juiz diverso daquele competente para o julgamento da ação principal.

Pois bem, questão que ainda causa discussões doutrinárias e jurisprudenciais está relacionada ao encontro fortuito e a prerrogativa de foro. Importante lembrar que em razão da relevância de algumas funções desempenhadas, alguns agentes possuem a prerrogativa de ser julgado por Tribunal (STF, STJ, TRF, TJ..).

Não se trata, pois, de um privilégio, e, portanto, não fere a isonomia, especialmente porque se confere a diferença de tratamento em virtude da função e

não da pessoa. É que a jurisdição especial busca proteger o exercício de funções públicas relevantes, a fim de que o desempenho delas seja coroado com autonomia e independência, cujo interesse maior é o da sociedade (LIMA, 2016, p. 474)

Mas, se a autoridade possui o direito de ser julgada por um Tribunal, o que fazer quando no curso da interceptação telefônica é descoberto algum fato criminoso a ela imputado?

A melhor solução, queremos crer, foi fixada pelo STJ, no HC 307.152/GO:

Durante interceptação telefônica deferida em primeiro grau de jurisdição, a captação fortuita de diálogos mantidos por autoridade com prerrogativa de foro não impõe, por si só, a remessa imediata dos autos ao Tribunal competente para processar e julgar a referida autoridade, sem que antes se avalie a idoneidade e a suficiência dos dados colhidos para se firmar o convencimento acerca do possível envolvimento do detentor de prerrogativa de foro com a prática de crime.

Pensamos ser a melhor posição, pois consequências negativas são evitadas pela sua adoção. Esse ponto é bem delineado pelo Juiz Federal Marcio André Lopes Cavalcante(2015). Para ele deve-se evitar a remessa imediata ao Tribunal Superior de qualquer conversa que envolva a autoridade com prerrogativa de foro, pois implicará prejuízo à investigação dos fatos, representará sobrecarga aos tribunais e faz surgir suspeitas prematuras sobre a autoridade, cuja opinião pública é determinante para o desenvolvimento do seu trabalho. Ainda, pontua que não há previsão legal acerca do prazo para o envio e, não obstante, nos casos de réu preso, a jurisprudência não condena com a nulidade, os atrasos na prática de atos processuais, pelo contrário, aplica-se o princípio da razoabilidade, considerando os casos complexos e a alta criminalidade.

Destarte, nesse contexto, vê-se que somente em um caso com nítido envolvimento da pessoa com prerrogativa de foro seria possível o envio imperativo dos elementos de informação ao tribunal competente.

Não parece ser, de outro lado, a posição que o STF pretende adotar. As recentes alternâncias políticas envolvendo questões da lava jato, a Presidente Dilma e o ex-presidente Lula fizeram aflorar a questão na Suprema Corte, que adiou a análise da proposta de súmula vinculante n. 115, inclusive.

O texto inicial da proposta, apresentada pelo presidente Ricardo Lewandowski, era a seguinte: “Surgindo indícios do envolvimento de autoridade que detenha prerrogativa de foro, a investigação ou ação penal em curso deverá ser

imediatamente remetida ao tribunal competente para as providências cabíveis” (RECONDO, 2015).

Dias Toffoli, aquiesceu quanto à aprovação da súmula, desde que com a inclusão da expressão “ativa e concreta”, ou seja, os autos somente seriam remetidos ao Tribunal se houvesse indício ativo e concreto de envolvimento da autoridade.

Luiz Fux, por sua vez, não concordou com a inclusão, uma vez que, segundo seu entendimento, criar-se-ia margem de discricionariedade ao juiz fazendo com que os processos não fossem remetidos (RECONDO, 2015).

Por outro lado, a proposta da Procuradoria- Geral da República foi outra redação, por meio da qual se conservaria a remessa dos autos ao tribunal competente, com exceção dos encontros fortuitos de provas “desvinculadas do objeto da investigação ou ação penal, hipótese na qual a autoridade competente poderia encaminhar apenas a respectiva documentação ao Tribunal”. (RECONDO, 2015).

O ministro Celso de Mello sugeriu a combinação das sugestões, de modo que se atribuisse a seguinte redação (RECONDO, 2015):

Surgindo indícios do envolvimento de autoridade que detenha prerrogativa de foro, a investigação ou ação penal em curso deverá ser imediatamente remetida ao tribunal competente para as providências cabíveis, inclusive para efeito de ordenar ou não o desmembramento da causa, ressalvadas as hipóteses de encontro fortuito de provas desvinculadas do objeto da persecução penal, caso em que a autoridade competente encaminhará a respectiva documentação ao tribunal.

Zavascki, por fim, sugeriu que caberia ao tribunal “exclusivamente” decidir pelo desmembramento e pediu vista do julgamento, comprometendo-se a apresentar ao tribunal redação sobre o tema (RECONDO, 2015).

6.10 PROVA EMPRESTADA

A prova emprestada consiste no transporte da prova de um processo para outro, o que se faz por meio de certidão mantendo-se, contudo, a natureza de prova testemunhal (LIMA, 2016, p. 588).

A doutrina majoritária e a jurisprudência tendem a aceitar a prova emprestada, desde que alguns requisitos sejam respeitados, isto é, a utilização da prova emprestada é possível “se aquele contra quem ela for utilizada tiver participado do processo no qual essa prova foi produzida, observando-se, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa”, ou seja, desde que no primeiro processo tenham sido oportunizados meios para contrariá-la (LIMA, 2016, p. 588).

Para Renato Brasileiro de Lima, se a prova foi produzida em um processo no qual ao acusado não foi oportunizada a participação, não haverá prova emprestada, mas mera prova documental (LIMA, 2016, p. 588).

A doutrina discute a utilização da prova emprestada quando o processo originário padece de algum vício ou nulidade. A solução pode ser elencada em dois tópicos: a) se a prova foi declarada nula ou ilícita, sua utilização é vedada; b) se a nulidade não possuir qualquer relação à prova, sua utilização é possível (LIMA, 2016, p. 589/590).

No âmbito das interceptações telefônicas as opiniões se dividem. Luiz Flavio Gomes(2009) defende que a limitação constitucional reproduzida pela legislação é vinculante, porquanto o legislador sopesou interesses, considerou a proporcionalidade e justificou o sacrifício do direito fundamental somente quando relacionado a questões criminais. Imperiosa a transcrição do seu magistério:

Urge o respeito à vontade do constituinte ('fins criminais'). Ao permitir a interceptação, como quebra que é do sigilo das comunicações, somente para 'fins criminais', já fazia uso da ponderação e da proporcionalidade, que agora não pode ser ampliada na prática. Impõe-se por último, acrescentar: essa prova criminal deve permanecer em 'segredo de justiça'. É inconciliável o empréstimo de prova como o segredo de justiça assegurado no art. 1º.

Vicente Greco Filho compartilha do mesmo posicionamento ao esclarecer que os parâmetros constitucionais são limitativos, de modo que a prova pode ser utilizada, portanto, somente na esfera criminal(2005, p. 39).

Nossos Tribunais, por outro lado, vem manifestando aquiescência à utilização, desde que a interceptação, no processo originário, tenha sido regularmente autorizada, isto é, com a observância dos requisitos apresentadas em tópicos anteriores desta pesquisa e desde que observado o contraditório (LIMA, 2016, p. 591).

Destarte, a prova referente à interceptação telefônica poderá ser transportada para um processo criminal apenado com detenção, para um processo cível e para o processo administrativo disciplinar.

Imperioso destacar que, em alguns julgados, a prova emprestada somente foi aceita quando presente a conexão entre o crime para o qual se pretendia utilizar a prova com a aquele punido com reclusão, que ensejou a medida. Essa é a posição defendida por Luiz Francisco Torquato Avolio. São suas palavras: “A lei em comento é omissa a respeito, devendo, contudo, entender-se pela impossibilidade (...) salvo no caso de conexão e continência (...) critério(...), pois, o mais razoável (2015, p. 203).

Apesar disso, recentemente, o STF decidiu que o fato de a interceptação telefônica ter visado elucidar outra prática delituosa não impede a sua utilização em persecução criminal diversa por meio do compartilhamento da prova (informativo 811).

Com a utilização da prova emprestada, não se admitem alegações relativas à nulidade da decretação da medida ou questionamentos quanto aos equipamentos utilizados, desde que as informações estejam acessíveis à parte e a prova não tenha sido declarada nula no processo original⁹.

⁹ Nesse sentido o STJ decidiu no MS: 17355 DF2011/0146259-0, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 12/03/2014, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/03/2014.

7 CONCLUSÃO

Nosso ordenamento jurídico é marcado pelo primado da Constituição sobre os demais instrumentos normativos. O direito, porém, não é dotado de premissas prontas, de fórmulas matemáticas, não é consenso, é pluralidade. Destarte, no momento de edição da Carta Política o legislador extraiu valores e, em razão deles, formulou algumas hipóteses.

Mas, a sociedade, a tecnologia e, principalmente, os artifícios dos criminosos progrediram em velocidade incontrolável, de modo que, atualmente, sente-se a falta de uma base constitucional que abarque as inacabáveis situações fáticas.

Revela-se descabido, contudo, fechar os olhos à violação irretorquível do direito e da paz social. A solução, portanto, é encontrada por meio da identificação da finalidade de criação da norma, realizando uma interpretação progressiva, no intuito de adequar a lei à realidade social.

Ora, de nada adiantaria uma previsão constitucional permitindo a violação excepcional do sigilo e uma lei regulando a interceptação telefônica, se somente pudesse ser utilizada para as comunicações via telefone. Fosse assim, bastaria, em vez de falar, escrever.

Ainda assim, anote-se que o processo penal, em que pese ferramenta hábil a reconstrução de fatos, não concede ao juiz, ao Ministério Público ou à autoridade policial o poder absoluto de perquirição. Dessa premissa, deflui que o uso inadequado ou abusivo dos meios de obtenção de prova incorporados na legislação poderá eivar a prova de nulidade, colocando em xeque o poder punitivo do Estado.

É bem verdade que não se ignora o peso das questões penais, no entanto, a busca desenfreada pela verdade não se justifica à luz dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e dos demais ditames constitucionais. Superamos, afinal, o até então prevalecente princípio da verdade real, por tratar-se de verdadeira falácia.

Vale dizer que não é dada ao Estado a faculdade de invocar métodos violadores de direito e admitir em um processo criminal que se destina à apuração de um ilícito penal uma prova que transgride a ordem jurídica.

Ao magistrado, como controlador prévio da legalidade da medida, incumbirá a proteção constitucional.

Em um primeiro momento, desempenhará seu objetivo, agindo depois da provocação do Ministério Público ou da autoridade policial, uma vez que, a atuação de ofício, macula o sistema acusatório.

Posteriormente, com o requerimento formulado, deve observar se: o pedido guarda relação com interceptação ou escuta telefônica; cuja finalidade é a prova no âmbito criminal; é o juiz competente, de acordo com o que constar nos autos naquele momento; há indícios críveis de autoria ou participação em infração punida com reclusão; a prova pode ser realizada por outros meios.

Pontue-se que, de acordo com a previsão legal, é inadmissível a utilização do meio de obtenção de prova para desvendar eventos futuros. E com toda razão, pois faltaria o indício de autoria ou participação, tornando a medida irrita.

Da constatação de que a interceptação telefônica consiste em captar a informação que está se deslocando de um lado para o outro, sem que os interlocutores desconfiem da intervenção, decorre corolário importante: a figura do terceiro e o desconhecimento são essenciais. Esse instituto não guarda similitude com a escuta telefônica, porquanto nessa, a captação é de conhecimento de um dos interlocutores.

A bem da verdade, a lei estudada não usou a expressão “escuta”. Ainda assim, ousamos compartilhar do entendimento de que abrange a interceptação *strictu sensu* e a escuta telefônica. Porém, não sem controvérsias. Mas, pondere-se que ao condicionar a utilização do meio de obtenção de prova somente no âmbito criminal, de forma residual e, em tese, apenas para crimes apenados com reclusão, parece-nos ser o posicionamento que melhor preserva o direito fundamental ao sigilo, pois, de outro lado, exigir-se-ia a mera autorização judicial, se demonstrada a justa causa, enfraquecendo a garantia.

Verificando se tratar de interceptação ou escuta telefônica, cuja utilização se dará no âmbito criminal, visando obter meio de provar delito que já está sendo investigado, o juiz dissecará os requisitos já mencionados em decisão fundamentada.

Frise-se que a motivação da ordem de interceptação tem relação direta com a dignidade da pessoa humana e com o exercício pleno da função jurisdicional pelo juiz, o qual tem o dever de exteriorizar os motivos pelos quais está decidindo de tal maneira e, ainda, as razões de eventual prorrogação da interceptação, mormente quando envolve o direito à privacidade. Furta-se, assim, a criticar a fundamentação

da fundamentação, por achar que o ato vem inquinado de vício, não encontrando supedâneo constitucional, tampouco sendo sanável por embargos de declaração.

Para que o pedido atinja o deferimento, é sobremodo vislumbrar, no caso concreto, os indícios, existentes em análise precária, acerca da autoria e da participação em crime punido com reclusão.

Torna-se necessário salientar que o legislador andou mal ao fixar como critério de utilização da interceptação, a pena de reclusão. De fato, é translúcida a agressão à proporcionalidade, o que faz com que a jurisprudência realize verdadeiras interpretações elásticas, indo de encontro à segurança jurídica, conquanto, de maneira inolvidável, preocupada com a realidade social.

Nesse tocante, mais uma vez, caberá ao magistrado observar o caso concreto e pontuar a essencialidade da medida, que apesar de se justificar no Estado Democrático de Direito, deve se ater ao caráter residual e emergencial.

Em relação à ilicitude da prova, é necessária sua vinculação à ofensa a preceito constitucional, tal como ampla defesa, contraditório, e aos requisitos básicos para a interceptação telefônica, elencados no decorrer da nossa pesquisa, repita-se: ordem judicial, para instrução criminal ou processo penal, para crimes apenados com reclusão. Assim é imprescindível identificar, no caso concreto, se o procedimento padece de um requisito essencial ou se está infectado com uma mera irregularidade.

Partindo-se do fundamento elencado, é indene de dúvidas que a falta de apensamento do procedimento da investigação, por si só, não é capaz de gerar uma nulidade, tendo sido reconhecida, acertadamente, como irregularidade pela jurisprudência, desde que ausente o prejuízo à defesa.

O mesmo se diga em relação à prorrogação da interceptação, a qual encontrará validade sempre que os requisitos mantiverem-se presentes, ao lado da indispensabilidade da cautelar.

Por seu turno, a ausência de transcrição integral do produto obtido por meio da interceptação encontra guarida na preservação da intimidade dos interlocutores, sendo inarredável, a necessidade de destruição de tudo aquilo que não for relevante à descoberta do evento criminoso.

Uma vez determinada a interceptação e realizada a colheita de provas por meio dela, não há que falar na impossibilidade de utilização em processos de natureza não criminal. Isso porque, a transgressão ao sigilo e à privacidade já

ocorreu, não sendo legítima a postura do Estado, no que se refere a se furtar de empregar a respectiva resposta, seja na esfera administrativa ou cível, sob pena de fomentar a reiteração.

No que diz respeito aos desdobramentos do conteúdo interceptado, optamos pela destruição de tudo o que não interessar ao processo, e na manutenção do sigilo. É neste aspecto que deve ser considerada que a transgressão do sigilo atinge a esfera mais particular do indivíduo.

Frise-se que a publicidade é forma de controle do comportamento dos sujeitos, mas, deve haver conformação com os demais princípios igualmente importantes no ordenamento jurídico, tais como a segurança e a intimidade (art. 5º, caput e X, CRFB/88). Nestes casos, o fundamento pra manutenção sigilo também está na Carta Política, por força do art. 5º, LX.

Rememore-se que as pessoas públicas não possuem seu direito à privacidade tolhido, em razão do exercício de suas funções, impondo-se, também, a preservação do sigilo de tudo aquilo que não importar para a evolução da democracia e para a formação da opinião pública.

Conforme mostramos no decorrer da pesquisa, o Supremo Tribunal Federal, via de regra, levantou o sigilo depois do término do procedimento. Embora não concordemos, plenamente, com o posicionamento, se faz mister destacar que o levantamento deveria ponderar a existência de algum tipo de sigilo na conversa captada, profissional, por exemplo, hipótese na qual o sigilo seria mantido. Por outro lado, sendo o conteúdo oriundo de conversa republicana, não há como prosperar a impossibilidade de levantamento, cujo fundamento estaria na necessidade de conhecimento, por parte da sociedade, dos acontecimentos que envolvem a administração pública.

Pontue-se, por oportuno, que o levantamento equivocado do sigilo não é capaz de inculir nulidade na prova já produzida, haja vista a transgressão posterior à determinação de obtenção da interceptação.

Havendo encontro fortuito, ainda que não exista conexão com o crime que originou a medida, pensamos que o melhor posicionamento é de que descoberta sirva para intentar nova *persecutio criminis*.

Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, no que tange ao encontro fortuito envolvendo pessoa que detenha prerrogativa de foro, pretende adotar posicionamento, *data venia*, que não entendemos o mais adequado. Isso porque

com o fito de não prejudicar o andamento da investigação, a melhor solução seria conceder ao magistrado certa margem de discricionariedade para mandar ou não o produto ao STF, ao menos até que as diligências fossem encerradas. De outro modo, haverá evidente prejuízo à continuidade da investigação.

No que diz respeito ao combate à criminalidade, em que pese a inércia prolongada, parece que evoluímos nos últimos tempos. Exemplo eloquente, foi a possibilidade de cumprimento de sentença condenatória após análise do colegiado no segundo grau e a aceitação de documentos enviados por outros países para fins de investigação.

No âmbito da interceptação telefônica, o mesmo quadro foi verificado, o que vai ao encontro da dignidade da pessoa humana no aspecto comunitário.

REFERÊNCIAS

ALVES, Nicolas Dourado Galves. **Serendipidade e teoria da janelas quebradas na produção de provas.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4760, 13 jul. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50534>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

ANSELMO, Marcio Adriano. **A interceptação das comunicações e os encontros fortuitos.** Revista consultor jurídico. Disponível em: <file:///C:/Users/susi%20dalgallo/Desktop/ConJur%20-%20A%20intercepta%C3%A7%C3%A3o%20das%20comunica%C3%A7%C3%B5es%20e%20os%20encontros%20fortuitos.htm>. Acesso em: 20.08.2016

AVENA, Norberto. **Interceptação telefônica a requerimento do querelante, do assistente de acusação e da defesa. Possível.** Disponível em: <http://norbertoavena.com.br/noticia.php/intercepta-o-telef-nica-a-requerimento-do-querelante-do-assistente-de-acusa-o-e-da-defesa-poss-vel--20>. Acesso em 03.09.2016.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.** 6.ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROSO, ROBERTO LUIS. **Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 102/103. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?t?&src=rl&srqid=i0ad818160000015563fb8d1f39118bd7&docuid=I20889450428a11e58548010000000000&hitguid=I20889450428a11e58548010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=21&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07/2016.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, **Código de Processo Penal.** 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, **Código Tributário Brasileiro.** 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, **Lei Complementar 105 de 2001.** 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 90376.** Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 69912.** Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 25-03-1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal .**HC 72588**. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1996, DJ 04-08.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **AI 626214 AgR**. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . 1ª Turma.**HC 128102/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/12/2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. **HC 106152**. Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 29/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 23-05-2016 PUBLIC 24-05-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **STF - HC: 91867 PA**. Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/04/2012. Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 129706/PR**. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/6/2016 (Info 832).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal 2ª Turma. **HC 126536/ES**. Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 1º/3/2016 (Info 816).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . 1ª Turma.**HC 128102/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/12/2015 (info 811).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . 2ª Turma.**HC 92.020**.Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, por unanimidade, DJe 8.11.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 308.493-CE**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015.(info 572).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 186.118/RS**. Relator Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/C.DJ 09/12/2010).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça . 5ª Turma. **REsp 1.355.432 SP**. Rel. Min. Jorge Mussi, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 1/8/2014 (Info 546).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 161.053-SP**. Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 27/11/2012.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **REsp 1.026.605-ES**. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/5/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 161.053-SP**. Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 27/11/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **HC 307.152-GO**. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 19/11/2015 (Info 575).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 203.405-MS**. Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 28/6/2011.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **REsp 1459794/MG**. 2011/0283965-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 07/08/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/08/2014

BRASIL. Tribunal De Justiça Do Paraná. APL **14220003 PR 1422000-3**. Relator: José Laurindo de Souza Netto, Data de Julgamento: 28/04/2016, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1802 18/05/2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Validade da interceptação decretada por juiz da central de inquéritos, que não será o competente para julgar a ação penal. Dizer o Direito.** Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2016/03/validade-da-interceptacao-decretada-por.html>. Acesso em 07/09/2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo esquematizado: Informativo 575-STJ.** Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/03/info-575-stj2.pdf>. Acesso em: 20/08/2016

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Validade da gravação realizada pela mãe da conversa telefônica mantida por seu filho menor com o autor do crime.** Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2014/09/validade-da-gravacao-realizada-pela-mae.html>. Acesso em: 12/08/2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo esquematizado: informativo 811-STF.** Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/12/info-811-stf.pdf>. Acesso em: 20/08/2016

CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. **CEDH conclui que interceptação de conversa telefônica entre advogado e cliente não viola direito à vida privada.** Disponível em: <https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/cedh-conclui-que-interceptacao-de-conversa-telefonica-entre-advogado-e-cliente-nao-viola-direito-a-vida-privada>. Acesso em: 07/09.2016

COELHO, Pedro. **Graus da Serenidade: Você sabia que eles existem? Compreendendo o fenômeno do encontro fortuito de provas.** Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/graus-da-serendipidade-voce-sabia-que-eles-existem-compreendendo-o-fenomeno-do-encontro-fortuito-de-provas/> Acesso em: 20/08/2016.

European Court of human rights sous européenne dês droits Le l'homme. **Personal data protection.** Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf acesso em:09/10/2016

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. 2.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

GOMES, Rede de Ensino Luiz Flávio. **Prova Produzida em processo penal pode ser utilizada em processo administrativo disciplinar? (Informativo 386)**. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/956600/prova-produzida-em-processo-penal-pode-ser-utilizada-em-processo-administrativo-disciplinar-informativo-386>. Acesso em: 09/10/2016.

JESUS, Damásio E. de. **Interceptação de comunicações telefônicas notas à Lei 9.296, de 24.07.1997**, Revista dos Tribunais | vol. 735/1997 | p. 458 - 473 | Jan / 1997 Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 409 - 429 | Jun / 2012 DTR\1997\88.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 4.ed.rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Informação obtida oralmente em aula de cursinho do Cers**, em agosto de 2016.

LIMA,Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 2.ed.rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014.

LIMA,Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 4.ed.rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

MASSON, Cleber; TÁVORA, Nestor. **Semana da pós com grandes nomes do direito. Interceptação telefônica e proteção ao sigilo**. Informação obtida oralmente em palestra realizada pela LFG em 25.04.2016. Disponível em: <http://semanadapos.lfg.com.br/>

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MELLO, Marco Aurélio. **Moro simplesmente deixou de lado a lei. Isso está escancarado, diz ministro do STF sobre vazamentos**. Disponível em <http://www.sul21.com.br/jornal/moro-simplesmente-deixou-de-lado-a-lei-isso-esta-escancarado/>. Acesso em 07/09/2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. rev.e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RECONDO, Felipe. **STF quer regra para investigações em que autoridades com foro sejam citadas**. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/relator-da-lava-jato-propora-redacao-para-sumula-sobre-foro-privilegiado>. Acesso em: 20/08/2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto- decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência – A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11 ed. rev. Ampl. atual. Bahia: Juspodivm, 2016.