

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

DOI: <https://doi.org/10.35168/2176-896X.UTP.Tuiuti.2020.Vol6.N60.pp55-104>



Leonardo Pedriça Moreira

Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, PR, Brasil.
moreira.leo05@gmail.com

Luís Roberto de Oliveira Zagonel

Advogado Criminalista. Professor Universitário.
Mestre em Direito Empresarial e Cidadania - Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), PR, Brasil.
luisroberto.adv@gmail.com

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

Resumo

O presente trabalho visa analisar a interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal. Como a captura de conversações restringe os direitos fundamentais à intimidade e à inviolabilidade das comunicações, constitucionalmente assegurados, tal procedimento só pode ser realizado se observados os requisitos contidos na Lei nº 9.296/96. Destarte, cumpre aos operadores do Direito Penal exercer o controle de legalidade das interceptações telefônicas, a fim de combater eventuais excessos cometidos no curso da persecução criminal. Objetiva-se analisar a relação existente entre a interceptação telefônica e os aludidos direitos fundamentais, bem como explicitar quais são os requisitos legais que devem ser atendidos para que se tenha uma captura válida. No tocante à metodologia, realizou-se pesquisa bibliográfica sobre tema, notadamente em livros das searas de Direito Constitucional e Direito Processual Penal, bem como procedeu-se a exame documental da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, da Lei Federal nº 9.296/96 e de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Da análise desse material, concluiu-se que a Lei nº 9.296/96 apresenta, de forma dispersa em seus dispositivos, um total de nove requisitos que devem ser observados para a realização de uma interceptação telefônica. Ademais, a citada lei é, afinal, de grande valia para a produção probatória no processo penal, ante a garantia ao devido processo legal que assegura, bem como por representar ponto de equilíbrio entre a proteção da intimidade e do sigilo das comunicações, de um lado, e, de outro, a persecução penal estatal.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Prova. Interceptação telefônica.

The telephone interception as a mean of obtaining evidence in criminal proceedings

Abstract

This paper aims to analyze telephone interception as a mean of obtaining evidence in criminal proceedings. Whereas capture of conversations restricts fundamental rights to the privacy and inviolability of communications, both constitutionally secured, such procedure can only be performed if the requirements of Law n° 9.296/96 are met. Thus, compete to the operators of Criminal Law to exercise control over the legality of telephone interceptions in order to combat any excesses committed in the course of criminal prosecution. The objective is to analyze the relationship between telephone interception and the mentioned fundamental rights, as well as to clarify what are the legal requirements that must be met in order to have a valid capture. About methodology, a bibliographic research on the subject was carried out, notably in books of Constitutional Law and Criminal Procedural Law, as well as a documentary examination of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, Federal Law n° 9.296/96 and of judgments of the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court. From the analysis of this material, it was concluded that Law n° 9.296/96 presents, in a dispersed manner in its devices, a total of nine requirements that must be observed to perform a telephone interception. Moreover, the aforementioned law is of great value for the production of evidence in criminal proceedings, given the guarantee of due legal process that ensures, as well as representing a balance between the protection of privacy and confidentiality of communications and the state criminal prosecution.

Keywords: Fundamental rights. Proof. Telephone interception.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

1. Introdução

A Constituição da República do Brasil de 1988 erigiu ao posto de direitos fundamentais a intimidade e o sigilo das comunicações. Em razão de sua própria natureza instrumental, a interceptação telefônica representa forma de limitação a tais direitos, vez que por meio dela terceira pessoa pode tomar conhecimento da comunicação realizada entre outras duas, sem ciência dessas.

Em virtude do contexto em que é utilizada, durante investigação criminal ou no transcurso de processo penal, bem como em razão da restrição a direitos fundamentais que causa, a captura de comunicações não pode ser realizada de modo arbitrário, sob pena de macular as aludidas garantias constitucionais.

Diante disso, o problema que surge é o seguinte: quais pressupostos devem ser observados para que a interceptação telefônica possa ser validamente utilizada como meio de obtenção de prova no processo penal?

Com o intuito de responder a essa questão, objetiva-se analisar a relação existente entre a interceptação telefônica e os direitos constitucionais fundamentais, bem como explicitar quais são os requisitos previstos na legislação que devem ser atendidos para que se tenha uma captura de comunicações válida.

Para tanto, buscou-se pesquisar o que lecionam as doutrinas de Direito Constitucional e de Direito Processual Penal a respeito do tema, assim como qual é o entendimento jurisprudencial das cortes superiores brasileiras em relação a alguns dos assuntos suscitados ao longo do artigo.

A escolha do tema se justifica sobretudo por razões práticas, relacionadas à atuação profissional na seara penal. Diante da restrição que a interceptação telefônica causa aos direitos fundamentais,

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

é de suma importância que os operadores do Direito Penal e do Direito Processual Penal exerçam seu controle de legalidade, a fim de combater eventuais excessos cometidos em sede de investigação preliminar ou ação penal.

2. Aspectos constitucionais da interceptação telefônica

Preliminarmente a abordagem da interceptação telefônica em si, é necessário discorrer a respeito de seu contexto constitucional e sua relação com os direitos fundamentais assegurados pela ordem jurídica.

2.1 Direitos fundamentais

Enquanto valores mais importantes da ordem político-jurídica de um Estado, os direitos fundamentais não poderiam ser albergados em documento que não fosse a constituição. O reconhecimento desta como norma suprema do ordenamento jurídico de uma nação e a percepção de que os princípios fundamentais de uma sociedade devem ser protegidos justamente por diploma de tamanha magnitude demonstram a íntima e necessária relação que deve existir entre a carta magna e os direitos fundamentais (BRANCO, 2017, p. 133).

Segundo Branco (2017, p. 137), difícil é encontrar conceituação acerca dos direitos fundamentais. Como o rol desses direitos tem se expandido, em decorrência do processo histórico, é possível dizer que eles não tendem à homogeneidade. Essa constatação dificulta, pois, a estruturação de um conceito que alcance todos eles.

1 As citações relativas à obra deste autor são feitas seguindo-se o modelo autor/data, porém, sem indicação do número da página do livro, haja vista tratar-se de um livro eletrônico, consultado por meio da plataforma Proview, da Editora Revista dos Tribunais.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

Em uma noção inicial, de acordo com a lição de Nunes Júnior (2018¹), pode-se afirmar que os direitos fundamentais são “os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana, pretensões de certos grupos ou povos, decorrentes da evolução histórica e de novas necessidades que se apresentam”.

Nesse sentido, é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que inspira os direitos fundamentais mais basilares, quais sejam, aqueles afetos às ideias de proteção da vida, da liberdade, da integridade física e da intimidade dos homens (BRANCO, 2017, p. 138).

Ao buscar parâmetros históricos, certamente ligados aos ideais da Revolução Francesa de 1789, para compreender a ideia de direitos fundamentais, Sanchis (1994, p. 88 *apud* BRANCO, 2017, p. 138) afirma que esses “têm a ver com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política e, por conseguinte, somente estaremos em presença de um direito fundamental quando se possa razoavelmente sustentar que o direito [...] serve a algum desses valores”.

Destarte, pode-se fazer uma conexão direta entre os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa e os ideais que propiciaram a criação do Estado de Direito. Portanto, a busca por uma definição sobre direitos fundamentais deve ser balizada por esses pontos centrais.

Um conceito que se aproxima dessas ideias é o proposto por Luño (1973, p. 43, *apud* TAVARES, 2016, p. 359) que aduz serem os direitos fundamentais:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

Essa necessidade de positivação também é sustentada, na doutrina pátria, por Sarlet (2016, p. 301): “[...] o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.

A partir desse reconhecimento normativo, é possível dizer que os direitos fundamentais apresentam uma dupla natureza: são direitos subjetivos de cada ser humano e também princípios objetivos da ordem constitucional. Encará-los enquanto princípios objetivos significa dizer que possuem uma eficácia que se irradia sob todas as normas do ordenamento jurídico, isto é, todas as normas devem respeitar esses princípios (TAVARES, 2016, p. 360).

Destarte, consubstanciam-se os direitos fundamentais em direitos positivados na ordem constitucional de um Estado, que salvaguardam aspectos relacionados a temas como a vida, a liberdade e a dignidade dos seres humanos, cuja eficácia irradia-se perante todas as demais normas do ordenamento jurídico vigente em determinado período histórico de determinada sociedade.

Por refletirem os ideais do povo ao qual estão ligados por meio da constituição vigente naquele momento em que vive a sociedade, Villalon (1989, p. 41-42 *apud* SARLET, 2016, p. 302) assevera que “os direitos fundamentais nascem e acabam com as constituições”.

Essa afirmação denota o caráter histórico que engloba o conceito exposto. À medida que o tempo passa e que as sociedades evoluem, novos direitos fundamentais surgem. Isso não necessariamente quer dizer, entretanto, que os direitos antecedentes sejam extirpados para sempre da ordem jurídica. O que ocorre, em verdade, é uma adição de novos direitos ao rol dos já anteriormente selecionados, se assim a sociedade desejar.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

2.2 Direito à intimidade

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abarca dentro de seu rol de direitos fundamentais a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, inciso X).

O direito à intimidade passou a revestir-se de maior importância a partir de um artigo publicado em 1890, nos Estados Unidos, por dois advogados. Como os causídicos estavam revoltados com a imprensa, que vivia a expor para todos as festas da alta sociedade americana, passaram a defender a tese de que as pessoas tinham o direito de escapar aos olhos do público no tocante a seus assuntos particulares (BRANCO, 2017, p. 282).

O direito à intimidade representa, assim, um âmbito de proteção daquilo que é, como o próprio nome do direito diz, mais íntimo e pessoal do sujeito, como suas relações familiares, entre amigos próximos e do que diga respeito unicamente a ele mesmo.

Nesse sentido, Tavares (2016, p. 533) leciona que “significa a intimidade tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir em contextos mais reservados ou de total exclusão de terceiros”.

Assevera-se que o direito à intimidade e o direito à vida privada podem ser representados graficamente como dois círculos concêntricos que dizem respeito a um mesmo direito mais amplo: o direito à privacidade ou de estar só. Nesse contexto, o círculo externo, maior, representa o direito à vida privada, que diz respeito aos relacionamentos da pessoa como os de trabalho, de estudo, comerciais etc. Já o círculo interno, menor, representa o direito à intimidade, que, como dito, limita-se às relações mais pessoais do sujeito, como as familiares e de amizade, bem como às idiossincrasias do indivíduo (NUNES JÚNIOR, 2018).

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

Destarte, vislumbrando-se a intimidade através desse direito à privacidade (mais amplo), cabe somente ao sujeito a decisão de com quem e quando compartilhar seus dados, pensamentos e informações, se assim desejar (TAVARES, 2016, p. 532).

Branco (2017, p. 280) ressalta a importância da preservação da intimidade ao afirmar que “a reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade”.

Desse modo, o direito à intimidade afigura-se como direito fundamental da pessoa que visa proporcionar-lhe uma condição de vida minimamente razoável. Isso porque assegura ao sujeito uma esfera de proteção individual no que diz respeito a seus assuntos particulares. Protege o indivíduo, assim, contra invasões indevidamente intentadas pelo Estado e por terceiros (SARLET, 2016, p. 446).

2.3 Direito ao sigilo das comunicações

Está também no rol de direitos fundamentais da Carta Magna brasileira a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, bem como dos dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII).

Nunes Júnior (2018) indica os objetos que são alvo dessa proteção de sigilo: a correspondência diz respeito às cartas e cartões enviados pelo correio; as comunicações telegráficas, que hoje são pouquíssimo usadas, guardam relação com os telegramas; os dados representam a maneira mais comum de se comunicar atualmente e englobam a troca de e-mails, mensagens de texto via celular (SMS), videoconferências, troca de mensagens instantâneas por meio de aplicativos (exemplo:

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

WhatsApp), dentre outros; a comunicação telefônica, por fim, é a conversa realizada por meio de uma linha telefônica entre dois sujeitos.

O direito ao sigilo de todas essas formas de comunicação é estritamente vinculado ao direito fundamental à intimidade. A proteção constitucionalmente garantida alberga qualquer tipo de comunicação pessoal, escrita ou oral, salvaguardando tanto o seu conteúdo quanto o meio pelo qual ocorre o processo comunicativo. Essa defesa objetiva garantir a reserva de conversação em face de intrusões por parte do Estado ou de terceiros, independentemente do maior ou menor grau de importância da conversa (SARLET, 2016, p. 462).

Nesse sentido, segundo a lição de Sarlet (2016, p. 463), são titulares desse direito tanto pessoas naturais quanto jurídicas, porquanto ambas fazem jus à proteção de sua intimidade por meio da defesa, também, do sigilo de suas comunicações. Em contrapartida, são destinatários da norma constitucional tanto o Poder Público quanto os particulares.

Tanto o direito ao sigilo das comunicações quanto o direito à intimidade são direitos individuais, vez que relacionados à liberdade das pessoas de realizar comunicação com outros sujeitos e de salvaguardar suas idiosincrasias. Essas liberdades são oponíveis contra o Estado e contra terceiros.

No entanto, não corresponde a uma verdade líquida e certa dizer que os direitos fundamentais devem ser protegidos de tudo e de todos, isto é, que devem ser absolutos. Isso porque o próprio sistema jurídico cria mecanismos de limitação desses direitos. A doutrina e a jurisprudência, ao identificarem tal fato, endossam a tese de que os direitos fundamentais não detêm caráter absoluto.

2.4 Direitos fundamentais e seu caráter não absoluto

Não é razoável imaginar que existam em uma ordem jurídica direitos fundamentais que sejam absolutos. Por ser extremamente comum o embate entre tais direitos nos casos concretos, aceitar

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

que algum deles fosse absoluto implicaria admitir que qualquer outro que contra ele se opusesse seria afastado de plano.

Sobre o caráter não absoluto dos direitos fundamentais, Tavares (2016, p. 387) aduz o seguinte:

[...] não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada aos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não são considerados absolutos por algumas razões: a) eles não podem servir como blindagem para a prática de atos ilícitos; b) não podem respaldar qualquer hipótese de irresponsabilidade civil; c) não podem anular os outros direitos assegurados pela Constituição da República; d) eles devem ser aplicados de forma harmoniosa, sem que se inviabilize um igual direito de outras pessoas (TAVARES, 2016, p. 387).

É interessante notar que o fenômeno da restrição dos direitos fundamentais não decorre de teorias complexas ou de debates doutrinários e jurisprudenciais, mas sim da própria Carta Magna. Dela são extraíveis alguns exemplos de limitações daqueles direitos.

O art. 5º, inciso XI, explicita que a casa é asilo inviolável do indivíduo, sendo que ninguém pode nela entrar sem permissão do morador. No entanto, esse direito é relativizado em casos de flagrante delito, desastre, para prestar socorro a alguém ou em decorrência de determinação judicial. Nessas hipóteses, a casa deixa de ser inviolável. O inciso XVII do mesmo art. 5º, por sua vez, estabelece como regra a liberdade de associação, restringindo, porém, a de caráter paramilitar (TAVARES, 2016, p. 388).

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

Nem mesmo a vida, que é o mais fundamental dos direitos, tem proteção absoluta. A Carta Política autoriza, por exemplo, em caso de guerra declarada, a imposição de pena de morte, nos termos do art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, combinado com o art. 84, inciso XIX. Na legislação infraconstitucional, o Código Penal, por exemplo, em seu art. 128, inciso II, prevê a possibilidade de aborto caso a gravidez seja oriunda de estupro. Nesses casos, a vida cede espaço a outros direitos igualmente relevantes, tais sejam, a soberania nacional e a dignidade da mulher estuprada.

Segundo Branco (2017, p. 141), a afirmação de que os direitos fundamentais não toleram restrição tem por base pressuposto jusnaturalista segundo o qual o Estado existe para tutelar os direitos naturais, como, por exemplo, a vida e a liberdade, de modo que o poder estatal seria limitado por tais direitos, os quais se sobreporiam a quaisquer outros interesses coletivos. Entretanto, o próprio jurista assevera que tal ideia não encontra lastro nos ordenamentos jurídicos globais, sendo que “tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais” (BRANCO, 2017, p. 141).

Essa é a orientação vigente também no âmbito das altas cortes brasileiras. No Superior Tribunal de Justiça, o seguinte julgado elucidava a questão:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE PROCESSUAL. ILICITUDE DE PROVA. VIOLAÇÃO DE SIGILO EPISTOLAR. MEIO DE CAPTAÇÃO INIDÔNEO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA ILICITUDE. CARTA DEIXADA NA DELEGACIA DE POLÍCIA. DIREITO FUNDAMENTAL. PONDERAÇÃO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DE DIREITOS ABSOLUTOS. COEXISTÊNCIA ENTRE OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. [...].
[...] 4. Não há falar em sobreposição de um direito fundamental sobre outro. Eles devem coexistir simultaneamente. Havendo aparente conflito entre eles, deve o magistrado buscar

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

o verdadeiro significado da norma, em harmonia com as finalidades precípua do texto constitucional, ponderando entre os valores em análise, e optar por aquele que melhor resguarde a sociedade e o Estado Democrático. 5. Os direitos e garantias fundamentais, por possuírem característica essencial no Estado Democrático, não podem servir de esteio para impunidade de condutas ilícitas, razão por que não vislumbro constrangimento ilegal na captação de provas por meio da quebra do sigilo de correspondência, direito assegurado no art. 5º, XII, da CF, mas que não detém, por certo, natureza absoluta² [...].

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o posicionamento é o mesmo, como se infere do julgado a seguir:

PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA. VALORAÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM HABEAS CORPUS.

[...] 6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa. 7. Ordem denegada³.

Tais julgados endossam a ideia de que os direitos fundamentais não detêm caráter absoluto. Em havendo conflito no caso concreto entre dois direitos dessa natureza, caberá ao magistrado

2 STJ, HC 93874/DF, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, T5 - Quinta Turma, Data do Julgamento: 15/06/2010, Data da Publicação: Dje 02/08/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702597355&dt_publicacao=02/08/2010>. Acesso: 15 dez. 2018.

3 STF, HC 93250/MS, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, Data do Julgamento: 10/06/2008, Data da Publicação: 27/06/2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2580624>>. Acesso: 15 dez. 2018.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

ponderá-los, observando os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de solucionar o impasse, sem, contudo, negar validade a um em benefício do outro, pois ambos devem coexistir harmonicamente na ordem jurídica.

Assim sendo, os direitos fundamentais à intimidade e ao sigilo das comunicações, notadamente, também não possuem caráter absoluto.

Sobre os limites ao direito à intimidade, Sarlet (2016, p. 447) aduz que o quanto a vida privada de uma pessoa é protegida depende do modo de vida próprio do sujeito. Segundo o jurista, artistas e políticos, por exemplo, são pessoas cujas vidas estão naturalmente mais expostas, de modo a justificar-se uma redução em seus níveis de intimidade, sem que, todavia, se extirpe delas a necessária proteção à esfera individual.

Em relação aos fatos ou notícias que podem representar restrições à intimidade de alguém, tem-se que tais devem ser dotados de efetivo grau de interesse público para sua divulgação em meio social. Tal interesse está relacionado com a relevância pública daquilo que se pretende divulgar. São dotados de relevância os fatos ou notícias aptos a influir nas decisões das pessoas, bem como aqueles que se constituam em elemento útil para a informação e orientação do indivíduo face à sociedade em que vive. Ademais, o interesse público deverá ser sempre sopesado com o desgaste causado à pessoa exposta, num juízo de proporcionalidade (BRANCO, 2017, p. 285-286).

No tocante à restrição do direito ao sigilo das comunicações, a própria Constituição da República, no art. 5º, inciso XII, estabelece limites quando dispõe que o sigilo dos dados e das comunicações telefônicas pode ser quebrado na forma estabelecida em lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ademais, tal sigilo pode ser constitucionalmente restringido nas hipóteses de decretação de estado de defesa e de estado de sítio, consoante o disposto nos arts. 136, §1º, inciso I, alínea “c”, e 139, inciso III, da Carta Política, respectivamente.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

Ainda sobre a temática da limitação dos direitos fundamentais, Sarlet (2016, p. 384) assevera que tais direitos “podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição”.

O mencionado inciso XVII do art. 5º do Texto Constitucional é exemplo de restrição constitucional expressa ao assentar que é permitida qualquer modalidade de associação, vedando, entretanto, a de caráter paramilitar.

O inciso XII daquele dispositivo, que trata sobre o sigilo das comunicações, por sua vez, é exemplo de restrição a direito fundamental criada a partir de norma infraconstitucional exigida pela própria Carta Magna. A redação do inciso expressamente prevê que a quebra do sigilo de dados e das comunicações telefônicas somente é cabível nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

Essa segunda hipótese de limitação dos direitos fundamentais exige, portanto, a elaboração de lei em sentido formal, ordinária ou complementar, para que a restrição seja válida. Deve-se ressaltar que, conforme disposto no art. 62, §1º, inciso I, alínea “b”, da Constituição da República, é vedada a possibilidade de edição de medida provisória sobre matéria penal e processual penal.

A tais casos de limitação, Sarlet (2016, p. 385) designa a nomenclatura “reservas legais” e explica que “em termos gerais, podem ser definidas como disposições constitucionais que autorizam o legislador a intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais”. O citado jurista, ainda, aduz que, em tais hipóteses, a reserva legal é qualificada:

[...] as reservas legais qualificadas têm como traço distintivo o fato de estabelecerem pressupostos e/ou objetivos a serem atendidos pelo legislador ordinário para limitar os direitos fundamentais, como bem demonstra o clássico exemplo do sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da CF): “É inviolável o sigilo da correspondência e

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

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” (SARLET, 2016, p. 385).

A Carta Republicana, portanto, estabeleceu condições para que o legislador infraconstitucional pudesse limitar o âmbito de proteção do direito ao sigilo das comunicações telefônicas. Tais condições foram: a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo, uso do resultado de tal quebra em investigações criminais ou ações penais e a necessidade de edição de lei específica para tanto. Ao exigir a produção de norma regulamentadora para a restrição do aludido direito fundamental, a Constituição consagrou outro: o devido processo legal.

2.5 Devido processo legal: a lei como possível condição para a restrição dos direitos fundamentais

Tendo em vista que os direitos fundamentais não são absolutos e, destarte, podem ser objeto de restrições, a Constituição da República escolheu dois possíveis meios de se proceder às limitações. Ou a própria Carta Magna estabelece a restrição expressa e diretamente, ou ela incumbe ao legislador infraconstitucional a tarefa de fazê-lo por meio de lei.

Nesta segunda hipótese, insere-se o disposto no inciso XII do art. 5º da Lei Fundamental, isto é, o direito fundamental ao sigilo das comunicações, em especial, para os fins deste estudo, o sigilo das comunicações telefônicas. Assevera a referida norma que a quebra de tal proteção ocorrerá nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Há aqui, portanto, reserva legal indicada pela Constituição para a restrição de direito fundamental, de modo que somente por meio da edição de lei é que se pode limitar o sigilo das comunicações telefônicas.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

Por meio de tal condicionante, a Carta Republicana prestigia outro direito fundamental, tal seja, o direito ao devido processo legal. Segundo o inciso LIV do art. 5º do texto constitucional, ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Sobre os termos que compõem a expressão devido processo legal, Tavares (2016, p. 599) aduz que:

[...] considera-se que o termo “devido” assume o sentido de algo “previsto”, “tipificado”. Mas não é só. Também requer que seja justo. “Processo”, na expressão consagrada constitucionalmente, refere-se aos trâmites, formalidades, procedimentos, garantias. São as práticas do mundo jurídico em geral. “Legal”, aqui, assume conotação ampla, significando tanto a Constituição como a legislação.

Desse modo, o devido processo legal quer significar a necessidade de que as regras processuais sejam previstas em lei, como uma garantia procedimental. Nesse sentido, Távora e Alencar (2018, p. 87) lecionam que por meio de tal direito fundamental “consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais”.

Segundo a lição de Wambier e Talamini (2016, p. 75-76), a garantia do devido processo legal:

[...] quer dizer que toda e qualquer interferência negativa que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade e integridade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal e em consonância com o conjunto de garantias constitucionais.

O devido processo legal ganha especial importância dentro do contexto do processo penal, notadamente no que diz respeito à produção probatória. A quebra do direito fundamental ao sigilo

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

das comunicações telefônicas é feita por meio da interceptação telefônica. O resultado obtido a partir dessa intromissão em conversa alheia se consubstancia em prova que será avaliada pelo magistrado no curso do processo e pode servir de base para eventual sentença condenatória.

Por conta dessa possibilidade de interferência negativa na liberdade do réu, a partir da violação de direito fundamental dele, é que assevera a Constituição da República que a restrição do direito ao sigilo das comunicações só se dará nas hipóteses estabelecidas em lei, em respeito à necessidade do devido processo legal.

Nesse sentido, a Lei nº 9.296/96, que estabelece as condições para a realização de interceptação telefônica, sobreveio em atenção ao que foi estipulado pela Carta Magna. Somente será apta a resultar em prova que possa embasar eventual sentença condenatória a interceptação telefônica que seguir o previsto na citada lei, pois, consoante os ensinamentos de Gomes e Maciel (2018, p. 23), “em matéria de direitos fundamentais qualquer restrição só pode ter por base a própria Constituição ou uma lei”.

A imprescindibilidade da lei nos casos de reserva legal relativa a direitos fundamentais, em obediência ao postulado do devido processo legal, é reconhecida, também, por Marinoni e Mitidiero (2016, p. 738), que asseveram o seguinte:

[...] a legislação infraconstitucional constitui um meio de densificação do direito ao processo justo pelo legislador. É a forma pela qual esse cumpre com o seu dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos. As leis processuais não são nada mais, nada menos do que concretizações do direito ao processo justo.

Os mencionados autores usam a expressão direito ao processo justo como sinônimo de devido processo legal. Nesse contexto, a Lei nº 9.296/96, de cunho notadamente processual, porque trata sobre meio de obtenção de prova para o processo penal, representa a concretização

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

do devido processo legal em matéria de limitação legislativa do direito ao sigilo das comunicações telefônicas.

Tanto é assim que, antes da edição da referida lei, os tribunais superiores, de acordo com a lição de Gomes e Maciel (2018, p. 25-26), posicionavam-se no sentido de serem ilícitas todas as interceptações telefônicas realizadas com base no art. 57, inciso II, alínea e, do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62). Segundo tal dispositivo, não constituía violação de telecomunicação o conhecimento dado ao magistrado competente, desde que houvesse requisição ou intimação por parte dele.

Segundo Gomes e Maciel (2018, p. 25-26), tal era o posicionamento das altas cortes brasileiras porque, de acordo com seu entendimento, o Código de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual ordem constitucional, sendo necessária, destarte, a elaboração de lei específica a fim de regulamentar a matéria de interceptação telefônica, conforme exigido pela Carta Republicana.

O seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal explicita o entendimento da corte em relação ao assunto durante o lapso temporal que transcorreu desde a promulgação da Constituição da República do Brasil em 1988 até a edição da Lei nº 9.296 em 24 de julho de 1996:

HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). COMETIDO CONTRA MAGISTRADO. PROVA ILÍCITA: CONJUNTO PROBATÓRIO ORIGINADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII e LVI, DA CONSTITUIÇÃO.

1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo

4 STF, HC 72588/PB, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 12/06/1996, Data da Publicação: DJ 04/08/2000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1613667>>. Acesso: 30 dez. 2018.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

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 telefônicas⁴ [...].

No mesmo sentido posicionava-se o Superior Tribunal de Justiça, consoante o exposto no julgado a seguir:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS. ESCUTA. LEI Nº 9.296/96. PROVA RESTANTE. EFEITO EXTENSIVO.

I - A escuta telefônica realizada antes da Lei nº 9.296/96, ainda que calcada em ordem judicial, não estava juridicamente amparada, acarretando prova obtida por meio ilícito (Precedentes do Pretório Excelso). II - Se o restante da prova foi considerado imprestável para uma condenação, correta a aplicação do efeito extensivo, ex vi art. 580 do CPP (Precedente do Pretório Excelso). Recurso desprovido⁵.

Portanto, a Lei nº 9.296/96 foi editada em decorrência de exigência constitucional para a restrição do direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas. Uma vez estipulados em lei os preceitos específicos para a realização de interceptação telefônica, cumpriu-se a necessidade de obediência ao devido processo legal para a realização de tal procedimento.

4 STF, HC 72588/PB, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 12/06/1996, Data da Publicação: DJ 04/08/2000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1613667>>. Acesso: 30 dez. 2018.

5 STJ, REsp 225450/RJ, Relator: Ministro Felix Fischer, T5 - Quinta Turma, Data do Julgamento: 15/02/2000, Data da Publicação: DJ 08/03/2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900696166&dt_publicacao=08/03/2000>. Acesso: 30 dez. 2018.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

3. A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

Passa-se, agora, à análise dos pressupostos legais estabelecidos no citado texto normativo para que se tenha uma interceptação telefônica válida como meio de obtenção de prova no processo penal.

3.1 Conceito de prova no processo penal

O processo penal tem por escopo permitir a reconstrução histórica dos fatos que são levados ao juízo criminal, a fim de que se possam aplicar as devidas penas acaso fique demonstrado que aqueles fatos efetivamente aconteceram (TÁVORA e ALENCAR, 2018, p. 609).

As partes buscarão convencer o magistrado por intermédio do manancial probatório produzido no curso do processo, tanto para buscar decisão absolutória quanto condenatória. Destarte, a demonstração da verdade dos fatos é feita por meio da produção de provas. Távora e Alencar (2018, p. 609) conceituam prova da seguinte maneira:

[...] prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo.

Embora os operadores do Direito Penal e Processual Penal devam sempre pautar sua atuação com a finalidade de alcançar a chamada verdade real, sabe-se que esta é utópica. “Afinal, a revitalização no seio do processo, dentro do fórum, numa sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

atrás, é, em verdade, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido” (TÁVORA e ALENCAR, 2018, p. 79).

A verdade real deve ser encarada como um ideal a ser alcançado no curso do processo penal para que se possa atingir a verdade viável dentro do contexto probatório dos autos. Esta verdade viável, por sua vez, depende de um conjunto de provas que seja suficientemente sólido para sustentar juízo de condenação, pois a pena não pode ser imposta com base em meras conjecturas (TÁVORA e ALENCAR, 2018, p. 609).

Esse arcabouço sólido, a seu turno, deve ser constituído por provas produzidas dentro das regras do jogo processual. A produção de qualquer prova deve seguir rigorosamente os ditames legais, sob pena desta ser taxada de ilícita e, por conseguinte, extirpada do processo (TÁVORA e ALENCAR, 2018, p. 609).

Nesse sentido, para que o resultado obtido a partir de uma interceptação telefônica possa ser validamente utilizado como prova é necessário que aquela tenha obedecido a todos os preceitos legais estabelecidos na Lei nº 9.296/96.

3.2 Prova, meios de prova e meios de obtenção de prova

A interceptação telefônica é um procedimento por meio do qual é possível obter-se acesso a uma comunicação telefônica realizada entre duas pessoas, sem a ciência dessas. A partir da gravação da conversa feita entre os comunicadores, o conteúdo desta, devidamente transcrito, torna-se, em verdade, a prova que se produz a partir daquele procedimento, pois a interceptação, em si, não é prova. Destarte, é importante fazer a distinção entre os conceitos de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

Prova é tudo aquilo que puder ser usado para convencer o juiz, seja para condenar o réu ou para absolvê-lo. Ademais, a prova deve ser, em regra, produzida durante o transcorrer do processo e exige a participação das partes, à luz do contraditório. Excepcionalmente a prova poderá ser produzida antes do processo e se assim o for exigirá o chamado contraditório diferido, isto é, somente após a sua produção e depois de instaurada a lide é que as partes debaterão a seu respeito (TÁVORA e ALENCAR, 2018, p. 609-610).

Meios de prova são os diversos instrumentos disponíveis às partes para que se realize a produção probatória. A prova de uma lesão corporal pode ser feita por mais de um meio, como, por exemplo, através de laudo pericial, prova testemunhal ou com fotografias. Para que a prova gerada a partir desses meios seja válida, deve-se obedecer às regras processuais pertinentes a cada instrumento. Nesse sentido, o laudo pericial da lesão corporal deve ser confeccionado por um profissional habilitado. Os meios de prova têm por finalidade traduzir a prova em linguagem adequada e fixar os fatos no processo (TÁVORA e ALENCAR, 2018, p. 610).

Segundo Badaró (2018⁶), “meios de obtenção de provas, também denominados meios de investigação ou de pesquisa de provas, são instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova”.

Via de regra, os meios de obtenção de prova acarretam restrição aos direitos fundamentais das pessoas, como os direitos à intimidade e à liberdade de manifestação, por exemplo, nos casos de interceptação telefônica e quebra dos sigilos bancário e fiscal (BADARÓ, 2018).

Os meios de obtenção de prova, destarte, se destinam a localizar elementos materiais de prova. Desse modo, segundo Távora e Alencar (2018, p. 610), a interceptação telefônica se consubstancia

6 As citações relativas à obra deste autor são feitas seguindo-se o modelo autor/data, porém, sem indicação do número da página do livro, haja vista tratar-se de um livro eletrônico, consultado por meio da plataforma Proview, da Editora Revista dos Tribunais.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

em meio de obtenção de prova, já que por meio dela é possível encontrar provas efetivas a respeito de determinado fato.

Lima⁷ (2016, p. 143) também assevera que a interceptação telefônica é meio de obtenção de prova, uma vez que por meio dela podem-se apreender os elementos fonéticos de uma conversação telefônica. Aduz o jurista, ainda, que a gravação das comunicações é o resultado da operação técnica realizada e que a transcrição daquela funciona como meio de prova que será carreado aos autos.

Portanto, a interceptação telefônica é um meio de obtenção de prova, materializado em um meio de prova documental, uma vez que as conversas captadas são transcritas, e cujo conteúdo representa, de fato, a prova sobre determinado fato, a qual pode ser utilizada em processo criminal com o intuito de convencer o magistrado, observando-se o contraditório diferido.

3.3 Interceptação telefônica: conceito e natureza jurídica

Sobre a origem da palavra “interceptar” bem como sobre sua significação jurídica, Gomes e Maciel (2018, p. 30) lecionam o seguinte:

[...] interceptar (de intercepto + ar) significa, etimologicamente, interromper no seu curso, deter, impedir na passagem, cortar, reter, empolgar. Do ponto de vista jurídico (mais precisamente na Lei 9.296/96), a palavra “interceptação” não corresponde exatamente ao seu sentido idiomático. Interceptar uma “comunicação telefônica” não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. Na lei, a expressão tem outro sentido, qual seja, o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato

7 As citações diretas e indiretas a obra deste autor foram feitas com base na versão em PDF do livro, de modo que no tocante a menção das páginas pode haver diferença entre a versão em PDF e a versão impressa.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

com o conteúdo dessa comunicação enquanto ela está acontecendo. É da essência da interceptação, no sentido legal, a participação de um terceiro. Interceptar comunicação telefônica, assim, é ter conhecimento de uma comunicação “alheia”.

Os citados juristas complementam a ideia exposta ao conceituar interceptação telefônica como sendo a “captação da comunicação telefônica por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores. Essa é a interceptação em sentido estrito (ou seja, um terceiro intervém na comunicação alheia, sem o conhecimento dos comunicadores)” (GOMES e MACIEL, 2018, p. 30).

No mesmo sentido, Cabette (2015, p. 31) assevera que “na interceptação, está ínsita a presença de um terceiro que não seja um dos interlocutores e que, ademais, não lhes seja de conhecimento”.

A questão central do conceito de interceptação telefônica se consubstancia, pois, no fato de que deve haver um terceiro alheio à comunicação feita por meio telefônico que esteja a tomar conhecimento dela sem que os interlocutores saibam.

A interceptação telefônica possui natureza jurídica de medida cautelar processual. Nas palavras de Gomes e Maciel (2018, p. 63), sua natureza é de, “mais precisamente, medida coativa real (não pessoal), consistente numa apreensão imprópria”. Távora e Alencar (2018, p. 767) complementam essa ideia ao expor que “não há propriamente apreensão, mas gravação que viabiliza sua fiel reprodução, possibilitando assim seu conhecimento”. Ou seja, a interceptação apreende os elementos de prova de forma imprópria, indireta, porque seu procedimento ocorre por meio da captação, a distância, de comunicações telefônicas. Diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a busca e apreensão, que é medida cautelar própria, direta, realizada *in loco*.

Ademais, consoante a lição de Lima (2016, p. 151), a interceptação tem natureza cautelar porque visa conservar, para fins processuais, o conteúdo das comunicações capturadas tal como se deram no momento do telefonema.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

De acordo com Gomes e Maciel (2018, p. 89), a interceptação telefônica é medida cautelar *inaudita altera parte*. Isto é, antes de sua realização, não se ouve o sujeito passivo da captura. Se houvesse prévia ciência do investigado acerca do procedimento, certamente não se obteria a prova, de modo que restaria frustrada a eficácia da repressão penal. Desse modo, aduzem os juristas, o contraditório acerca da prova obtida por meio da interceptação é diferido.

3.4 Requisitos da interceptação telefônica

Ao longo do texto da Lei nº 9.296/96 é possível extrair os requisitos a serem observados para que se tenha uma interceptação telefônica válida.

3.4.1 Requisitos da interceptação telefônica

Távora e Alencar (2018, p. 611-612) aduzem que a interceptação telefônica integra um conjunto de técnicas especiais de investigação, porque é instrumento probatório diferente dos considerados tradicionais, como as provas documental e testemunhal, figurando como uma estratégia probatória que é utilizada para apurar sobretudo crimes de maior gravidade. Sobre o assunto, os citados juristas lecionam que:

[...] caso a técnica especial seja invasiva, ou seja, intrusiva, com risco de afetar direitos fundamentais como a intimidade, haverá necessidade de aquilatar sua legalidade e, se o caso concreto exigir, intervenção por intermédio de decisão judicial, em face de cláusula de reserva jurisdicional que existe quanto a bem relacionado à vida privada do investigado (TÁVORA e ALENCAR, 2018, p. 611).

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

A lição dos juristas evidencia que a interceptação telefônica, por violar o direito fundamental à intimidade, deve ser autorizada pelo magistrado competente. Ademais, tanto o art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, quanto o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.296/96, explicitam a necessidade de autorização judicial.

Segundo Lima (2016, p. 151), “adotou-se, assim, um sistema de controle judicial prévio da legalidade da referida medida, o que significa que, em nenhuma hipótese, poderá a autoridade policial ou o Ministério Público determinar a interceptação”. Destarte, a ausência de autorização judicial macula totalmente qualquer diligência policial ou ministerial de interceptação, de modo que o conteúdo desta sequer deve ser apreciado, tendo em vista sua flagrante ilegalidade (LIMA, 2016, p. 152).

O deferimento da interceptação pelo juiz competente somente não é exigido nas hipóteses de estado de defesa e de estado de sítio, que, como visto, são hipóteses excepcionais nas quais pode não vigorar o direito fundamental ao sigilo das comunicações (GOMES e MACIEL, 2018, p. 81).

Como a Constituição e a lei exigem a autorização do juiz competente para que se realize interceptação telefônica, resta claro que a ordem não pode ser dada por qualquer magistrado ou tribunal, mas somente por aquele que possui competência para julgar a ação penal (GOMES e MACIEL, 2018, p. 79).

Quando a interceptação é deferida no curso de instrução processual criminal, não há problemas em se identificar o juiz competente para autorizar a medida, pois como o processo já está em trâmite, o magistrado que o preside será o autorizado para tanto.

Por outro lado, quando a interceptação é realizada no curso de investigação criminal, aplica-se, consoante a lição de Lima (2016, p. 153), a chamada teoria do juízo aparente. De acordo com ela, se no momento de autorização da interceptação os elementos de informação da investigação apontarem para a competência do juiz que permitiu a medida, devem ser consideradas válidas as provas obtidas,

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

mesmo que, posteriormente, reconheça-se a incompetência daquele magistrado. O Supremo Tribunal Federal já decidiu de acordo com essa teoria, consoante o exposto no julgado a seguir:

I. PRISÃO PREVENTIVA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUIZ: SUPERAÇÃO. A QUESTÃO DE COMPETÊNCIA DO JUIZ QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA FICOU SUPERADA COM NOVA DECISÃO QUE A MANTEVE, PROFERIDA PELO MESMO JUIZ, QUANDO JÁ INVESTIDO DE JURISDIÇÃO SOBRE O CASO, POR ATO CUJA VALIDADE NÃO SE DISCUTE. II. QUADRILHA: DENÚNCIA IDÔNEA.

[...] 3. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal - aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão - que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas⁸.

Sobre a teoria do juízo aparente, Lima (2016, p. 153-154) apresenta o seguinte exemplo: um juiz estadual, vislumbrando caso de tráfico doméstico de drogas, autoriza a realização de interceptação telefônica. Contudo, no curso da captura, constata-se que o caso envolve tráfico internacional, crime este de competência da Justiça Federal. Nessa hipótese, as informações obtidas por meio da interceptação devem ser reputadas válidas, pois quando da permissão judicial nada se sabia a respeito do caráter internacional do tráfico.

O procedimento de interceptação telefônica, além de necessitar de autorização judicial, deve tramitar em segredo de justiça, consoante expressa determinação legal do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.296/96, configurando-se, pois, em hipótese de exceção à publicidade dos atos processuais. Explícita a Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LX, que a publicidade dos atos processuais

8 STF, HC 81260/ES, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 14/11/2001, Data da Publicação: 19/04/2002. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1963836>>. Acesso: 12 jan. 2019.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

só poderá ser restringida pela lei quando o interesse social ou a defesa da intimidade assim o exigirem. A tramitação em sigilo da interceptação justifica-se nos dois casos mencionados no texto constitucional.

Segundo Cabette (2015, p. 78), o sigilo do procedimento defende o interesse social na medida em que é necessário para o desvendamento dos crimes e para a punição dos criminosos, uma vez que a não divulgação torna a interceptação viável e útil. O sigilo, outrossim, resguarda a intimidade daqueles sujeitos que estão tendo suas conversas capturadas, já que garante o não conhecimento destas por terceiros não interessados (CABETTE, 2015, p. 78).

3.4.2 Existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal

Além da prévia autorização judicial e da necessidade de tramitação do procedimento em sigilo de justiça, a Lei nº 9.296/96, em seu art. 2º, elenca, de forma específica, requisitos legais que devem ser observados para a realização de uma interceptação telefônica. Gomes e Maciel (2018, p. 104) aduzem que estes “são pressupostos mínimos de garantia, ou seja, de que a interceptação telefônica não será empregada em qualquer caso e sem critérios seguros”.

O citado dispositivo indica hipóteses nas quais não será admitida a realização de interceptação telefônica. Por meio da interpretação *a contrario sensu* do referido artigo, pode-se encontrar os requisitos legais exigidos para a feitura do procedimento de captura. Ao invés de elencar de forma clara os pressupostos normativos da interceptação, preferiu o legislador valer-se de técnica de escrita negativa, conduta essa criticada pela doutrina. Nesse sentido, Lima (2016, p. 151) aduz que:

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

[...] revelando péssima técnica legislativa, ao invés de apontar de maneira detalhada em que hipóteses e mediante quais requisitos poderia ser determinada a interceptação das comunicações telefônicas, optou o legislador pela formulação negativa, apontando no art. 2º da Lei nº 9.296/96 as situações em que a interceptação não será admitida.

A interpretação *a contrario sensu* do art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.296/96, desse modo, indica requisito da interceptação telefônica: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal. Em outras palavras, deve fazer-se presente no contexto fático o *fumus commissi delicti*.

Em processo penal, o *fumus commissi delicti* diz respeito a duas situações: a probabilidade de existência de uma infração penal e a probabilidade de autoria ou participação nessa infração penal. A primeira se relaciona à ocorrência de um fato criminoso; a segunda, ao agente que o praticou (GOMES e MACIEL, 2018, p. 105). Nesse sentido, Cabette (2015, p. 89) leciona que:

[...] a lei determina como imprescindível à interceptação a existência de indícios razoáveis, querendo, portanto, dizer com isso, que é necessário um conjunto de fatores a indicar a existência de uma prática criminosa e ainda levar à conclusão de fortes ou veementes suspeitas contra o futuro sujeito passivo da interceptação telefônica.

A probabilidade de existência de uma infração penal deve estar amparada em provas concretas, que demonstrem a efetiva prática de um crime. Há a necessidade, de acordo com Távora e Alencar (2018, p. 948), “de comprovação incontestada da ocorrência do delito, seja por exame pericial, testemunhas, documentos, [...], ou quaisquer outros elementos idôneos”. Nesse sentido, Gomes e Maciel (2018, p. 107) aduzem que “não são bastantes os ‘fatos duvidosos’, meras possibilidades ou conjecturas. Somente fatos indubitáveis permitem o juízo de probabilidade, indispensável para a decretação da interceptação telefônica”.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

Ademais, é importante notar, ainda consoante a lição de Gomes e Maciel (2018, p. 105), “que a Lei não se contentou com a mera ‘possibilidade’ de autoria ou participação, ou seja, com a mera ‘suspeita’. Não basta que a autoria seja possível; urge que seja provável”. Isto é, os elementos que demonstram a ocorrência do fato criminoso devem, além disso, indicar um provável autor ou partícipe do crime, sobre quem recairá a captura de comunicações.

Por tratar-se a interceptação telefônica de medida cautelar, o juiz, para deferi-la, vale-se apenas de cognição sumária. Segundo a lição de Lima (2016, p.154), “é inviável exigir-se que o juiz desenvolva atividade cognitiva no mesmo grau de profundidade que aquela desenvolvida para o provimento definitivo”.

A cognição jurisdicional é rarefeita porque o magistrado, para autorizar a interceptação, apenas analisa a probabilidade e verossimilhança do pleito formulado quando em cotejo com os elementos de informação ou provas disponíveis no momento do pedido. Para o deferimento, deve ser plausível imaginar-se que ocorreu um crime e que aquela pessoa cujas comunicações serão interceptadas foi autor ou partícipe da infração, de acordo com os ditames do *fumus comissi delicti* (LIMA, 2016, p. 154).

Por isso usa-se tal expressão, que deve ser entendida, consoante a doutrina de Lima (2016, p. 154-155), como “a plausibilidade do direito de punir, ou seja, plausibilidade de que se trata de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação que confirmem a presença de indícios de autoria ou de participação em um fato delituoso”.

Em razão do pressuposto do *fumus comissi delicti*, segundo Gomes e Maciel (2018, p. 106), “os órgãos de persecução penal (polícia e MP) devem já contar com dados suficientes sobre a autoria, para só depois estarem habilitados a pedir a interceptação”. Disso pode-se concluir que a interceptação telefônica não pode ser utilizada para iniciar uma investigação. Isto é, não é possível valer-se do instituto para verificar se uma pessoa, em relação à qual não há qualquer indício criminoso, está a

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

praticar algum crime. A tal procedimento dá-se o nome de interceptação de prospecção, a qual é totalmente vedada (LIMA, 2016, p. 155).

3.4.3 A prova não pode ser feita por outros meios disponíveis

A interpretação *a contrario sensu* do art. 2º, inciso II, da Lei 9.296/96, revela mais um requisito para a realização da interceptação telefônica: a prova que se pretende produzir não pode ser feita por outros meios disponíveis. Isto é, deve-se demonstrar para o juiz o *periculum in mora* relacionado ao procedimento de captura.

Essa expressão quer significar o perigo de perecimento que pode existir para a tutela de um direito caso não seja tomada uma determinada providência de forma imediata, urgente (GOMES e MACIEL, 2018, p. 107).

Na interceptação telefônica, Lima (2016, p. 156) assevera que “o *periculum in mora* é ínsito à necessidade de a conversa telefônica ser colhida enquanto se desenvolve, sob pena de se perder a prova”. Isto é, não havendo outra maneira de se obter determinada prova senão por meio da interceptação, se esta não for realizada a tempo, não haverá mais prova.

Dizer que a prova não pode ser feita por outros meios disponíveis quer significar, segundo Gomes e Maciel (2018, p. 107), que a interceptação telefônica, para ser deferida pelo magistrado, deve ser indispensável. Isso porque, dentre todas as alternativas probatórias à disposição, “deve o Poder Público escolher a menos gravosa, sobretudo quando diante de insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito, mas também de terceiros que com ele se comunicaram” (LIMA, 2016, p. 156). Destarte, tem-se que a interceptação telefônica deve ser usada como medida de *ultima ratio* (GOMES e MACIEL, 2018, p. 107).

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

De acordo com a doutrina de Cabette (2015, p. 90), procura-se alcançar através desse requisito “um equilíbrio de modo a conseguir-se um máximo de eficácia com um mínimo possível de interferência nos direitos individuais garantidos constitucionalmente”.

Tendo em vista o caráter fundamental dos direitos envolvidos em matéria de captura das comunicações telefônicas, tais sejam, os direitos à intimidade e ao sigilo das comunicações, deve o juiz, ao analisar o caso concreto, valorar se realmente não há outros meios disponíveis para a produção da prova, de modo que somente quando a interceptação for *conditio sine qua non* para a investigação do fato é que deve ser admitida (GOMES e MACIEL, 2018, p. 108).

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera ilícitas as interceptações telefônicas desnecessariamente decretadas, consoante se depreende do seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. QUADRILHA OU BANDO. ART. 244-A DO ECA. (1) AÇÕES PENAIS, EM PARTE, TRANCADAS. PARCIAL PERDA DO OBJETO. (2) INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MEDIDA CONSTRITIVA. ESGOTAMENTO DE PRÉVIOS MEIOS DE PROVA. NÃO VERIFICAÇÃO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ILICITUDE. RECONHECIMENTO. 1. Sobrevindo o trancamento em parte das ações penais, objeto do writ, tem-se a parcial perda do objeto, restando, em tal extensão, prejudicada a ordem. 2. A interceptação telefônica é medida constritiva das mais invasivas, sendo imprescindível, para o seu deferimento, que a informação somente seja obtida por tal meio, e, que haja a devida motivação. 3. Ordem, em parte prejudicada, e, no mais, parcialmente concedida apenas para declarar a ilicitude das interceptações telefônicas realizadas a partir de 9 de dezembro de 2003. Com voto vencido⁹.

9 STJ, HC 49146/SE, Relator: Ministro Nilson Naves, T6 - Sexta Turma, Data do Julgamento: 15/04/2010, Data da Publicação: DJe 07/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501768945&dt_publicacao=07/06/2010>. Acesso: 20 jan. 2019.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

Cabette (2015, p. 91) faz importante consideração quando aduz que incumbe àquele que faz o pedido de interceptação explicar por que a prova pretendida não pode ser obtida por meio menos gravoso, tendo que, inclusive, relatar os esforços empreendidos para tanto. O magistrado, por sua vez, se indeferir o pleito por entender que existem outros caminhos probatórios, deve indicar em sua decisão, com precisão, quais seriam eles.

Na prática jurídica, ainda segundo a lição de Cabette (2015, p. 92), podem surgir casos em que, aparentemente, se vislumbre a interceptação telefônica como única medida possível para obter-se determinada prova. Contudo, após sua realização, percebe-se que haviam outros meios possíveis. Diante dessa situação, deve-se ter em mente que “a existência ou não de outros meios disponíveis se refere ao momento do pedido da diligência” (CABETTE, 2015, p. 92).

Nesse sentido, a decisão que defere, ou não, o pedido de interceptação é baseada na cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, toma por base os elementos de informação ou provas existentes quando da análise do pleito. Se esses são insuficientes num primeiro momento, mas forem corroborados por outros mais adiante, nada impedirá uma nova análise do pedido. De outro lado, se no instante da concessão da interceptação tinha-se que ela era o único meio possível para a obtenção da prova, não há que se falar em ilegalidade da mesma pela superveniência de outro mecanismo probatório menos invasivo (LIMA, 2016, p. 156-157).

Interessante ressaltar, ainda, nova tendência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, tendo por exemplo o seguinte julgado:

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. OFENSA AO CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA MEDIDA. NÃO OCORRÊNCIA. REPRESENTAÇÕES MINISTERIAIS FUNDAMENTADAS. EIVA NÃO CONFIGURADA.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

1. É ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável¹⁰ [...].

Segundo Gomes e Maciel (2018, p. 112), o STJ tem entendido que se o acusado alega que a interceptação telefônica é ilegal em virtude da existência de outros caminhos probatórios possíveis, é ônus dele provar essa afirmação.

3.4.4 A infração penal investigada deve ser punida com pena de reclusão

A interpretação *a contrario sensu* do art. 2º, inciso III, da Lei 9.296/96, revela outro requisito para a realização da interceptação telefônica: a infração penal investigada deve ser punida com pena de reclusão. Diante dessa premissa, Lima (2016, p. 157) assevera que, “logo, em tese, não se admite a decretação de interceptação telefônica para apurar crimes punidos com detenção, como a ameaça, nem tampouco para investigar contravenções penais, como o jogo do bicho”. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, observando o pressuposto legal:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO AO REEXAME DAS DECISÕES DE TRIBUNAIS DENEGATÓRIAS DO WRIT. [...]. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CRIMES APENADOS COM DETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

10 STJ, RHC 62067/SP, Relator: Ministro Jorge Mussi, T5 - Quinta Turma, Data do Julgamento: 06/03/2018, Data da Publicação: DJe 14/03/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501781274&dt_publicacao=14/03/2018>.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

[...]. 8. De acordo com o entendimento adotado por esta Corte, a interceptação telefônica só é autorizada para apurar a prática de crimes punidos com reclusão e, no caso, o paciente foi investigado e denunciado pela prática de crimes punidos apenas com pena de detenção. 9. Impetração não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, apenas para desentranhar do processo as provas produzidas em virtude das interceptações telefônicas¹¹.

Destarte, embora o requisito faça menção à expressão “infração penal”, de forma ampla, tem-se que, em verdade, apenas alguns crimes podem ser investigados mediante interceptação telefônica, tais sejam, os punidos com reclusão. Os delitos apenados com detenção e as contravenções penais, punidas com penas de prisão simples e/ou multa, a seu turno, não podem ser objeto de tal medida probatória (GOMES e MACIEL, 2018, p. 115).

Esse pressuposto, entretanto, é alvo de críticas, especialmente em virtude do fato de ser, ao mesmo tempo, extenso e restritivo.

De acordo com Cabette (2015, p. 93), essa disposição legislativa é demasiadamente extensa porque abrange qualquer crime reprimido com pena de reclusão, seja do Código Penal ou da legislação especial, sem considerar o maior ou menor grau de danosidade de cada um deles. “Em tese, pela letra fria da lei, seria possível a interceptação telefônica para investigação de um furto simples, mesmo sendo um delito de bagatela, pois se trata sem dúvida de um crime apenado com reclusão” (CABETTE, 2015, p. 93).

Ainda consoante a lição de Cabette (2015, p. 93), o pressuposto é restritivo em razão de não considerar relevantes de investigação por meio de interceptação telefônica as infrações penais reprimidas com penas mais brandas. Pode ocorrer que, em alguns casos, a captura de comunicações

11 STJ, HC 242398/SC, Relator: Ministro Og Fernandes, T6 - Sexta Turma, Data do Julgamento: 11/12/2012, Data da Publicação: DJe 18/12/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200982534&dt_publicacao=18/12/2012>. Acesso: 26 jan. 2019.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

seja o único instrumento apto para a prova do crime, como, por exemplo, uma ameaça feita por telefone (CABETTE, 2015, p. 93).

Gomes e Maciel (2018, p. 117) salientam que no direito estrangeiro há a preocupação de se ressaltar o cabimento da interceptação apenas nos casos de crimes graves. Esses delitos podem estar elencados de forma específica na legislação, tal como acontece na Suíça, na Dinamarca e na Suécia; ou, ainda, podem ser previstos em rol legal somado a regra geral que alude, genericamente, a crimes graves, como ocorre na Itália.

O critério brasileiro, de cabimento da interceptação apenas nos crimes punidos com reclusão, não é, desse modo, o mais adequado. Isso porque “pode permitir a interceptação em delitos de pouca gravidade, ao mesmo tempo que pode excluir da autorização legal hipóteses de evidente necessidade [...] ou infrações cuja gravidade recomenda a autorização da medida” (GOMES e MACIEL, 2018, p. 118).

Destarte, ainda segundo Gomes e Maciel (2018, p. 117), o juiz deve sopesar os bens jurídicos em jogo quando da análise de pedido de interceptação telefônica, a fim de que não sacrifique o direito fundamental ao sigilo das comunicações em face de crime que envolva a proteção de bem jurídico de menor importância.

Como medida de correção de tal critério, Cabette (2015, p. 93) assevera que seria ideal a estipulação de um rol de casos em que a interceptação seria admissível, tal como se dá no direito comparado. Como parâmetro de escolha dos crimes que integrariam essa lista, alude o citado jurista que o legislador poderia valer-se dos delitos elencados na Constituição da República, tidos como de maior lesividade social, como, por exemplo, os crimes hediondos, tortura, terrorismo, racismo, tráfico de entorpecentes etc. Ademais, também poderia incluir nesse rol “a existência de infrações

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

menos graves, mas para as quais as interceptações poderiam ser aplicadas, considerando serem o único meio eficaz à sua apuração” (CABETTE, 2015, p. 93).

3.4.5 Necessidade de delimitação da situação objeto da investigação e do sujeito passivo da interceptação

O parágrafo único do art. 2º da Lei 9.296/96, sem valer-se da técnica de escrita negativa, elenca de forma clara mais um requisito para a realização de interceptação telefônica: a necessidade de delimitação da situação (crime) objeto da investigação e do sujeito passivo que terá suas comunicações interceptadas, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Destina-se essa regra tanto ao órgão que faz o pedido de interceptação quanto ao juiz (GOMES e MACIEL, 2018, p. 119).

Isto é, tanto o delegado de polícia ou o promotor de justiça que fizer pedido de interceptação telefônica quanto o juiz que decidir sobre ela devem mencionar o contexto fático do crime que se quer investigar. Nesse sentido, Gomes e Maciel (2018, p. 120) aduzem que “cuidando-se, por exemplo, de tráfico de entorpecente, impõe-se identificá-lo circunstanciadamente: onde estaria ocorrendo, quem está praticando, que indícios já existem sobre o delito, forma de execução do crime, modo de distribuição da droga, qual a droga etc.”. O requisito de delimitação da situação investigada é ressaltado pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante o precedente a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRORROGAÇÃO DO MONITORAMENTO. VIABILIDADE. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. IDENTIFICAÇÃO DE TERCEIRO RELACIONADO COM O OBJETO DA INVESTIGAÇÃO. POSSIBILIDADE.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

AUSÊNCIA DE ILICITUDE DAS PROVAS. FENÔMENO DA SERENDIPIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO DO DOLO DO AGENTE. PRECEDENTE. RECURSO DESPROVIDO.

[...] 3. O deferimento de interceptação de comunicações telefônicas deve ser acompanhado de descrição da situação objeto da investigação, inclusive, salvo impossibilidade, com a indicação e a qualificação do investigado, nos moldes do parágrafo único do art. 2.º da Lei n.º 9.296/96¹² [...].

A delimitação do crime que se pretende investigar ressalta a necessidade de que devem existir indícios prévios de prática delitiva para que se possa autorizar a captura de comunicações, de modo a confirmar que não é permitida a já mencionada interceptação de prospecção, isto é, aquela realizada para descobrir-se se determinada pessoa estaria a praticar algum crime. Segundo Gomes e Maciel (2018, p. 116), “urge a existência de um fato precedente, fato ocorrido e que esteja sendo investigado (ou sobre o qual já se contam com indícios fortes e evidentes)”.

Ademais, são necessárias a indicação e a qualificação do investigado, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. A determinação do sujeito passivo, segundo Cabette (2015, p. 98), guarda relação direta com um dos requisitos vistos para realização de interceptação, qual seja, a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal. Caso o solicitante da medida cautelar não consiga indicar minimamente o suspeito, fica claro o não cumprimento daquele requisito e caracterizado pedido de interceptação genérico, que não pode ser autorizado.

O abrandamento desse requisito, permitido pelo texto legal, relaciona-se com a impossibilidade de obter-se a qualificação do investigado, isto é, a apresentação de dados do sujeito passivo como

12 STJ, RHC 28794/RJ, Relatora: Ministra Laurita Vaz, T5 - Quinta Turma, Data do Julgamento: 06/12/2012, Data da Publicação: DJe 13/12/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001405121&dt_publicacao=13/12/2012>. Acesso: 27 jan. 2019.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

filiação, endereço, profissão, dentre outros. “Não contando os órgãos de persecução penal com a qualificação ou qualificação completa do investigado, nada impede a medida cautelar, desde que seja individualizado corretamente o ‘sujeito passivo’ (nome ou pelo menos apelido)” (GOMES e MACIEL, 2018, p. 121).

Ainda de acordo com Gomes e Maciel (2018, p. 121), é importante que se proceda à adequada individualização do sujeito passivo da interceptação telefônica porque não se pode permitir a existência de captura de comunicações genérica e em virtude de que, em matéria de direitos fundamentais (intimidade e sigilo das comunicações), as medidas que os excepcionam devem afetá-los de forma mínima.

Também tanto os solicitantes quanto o magistrado devem indicar a linha telefônica que será interceptada, com seu respectivo número. “A interceptação, assim, estará circunscrita ao(s) número(s) apontado na decisão judicial, sendo vedado às autoridades executoras ampliar a interceptação para outras linhas telefônicas, salvo mediante prévia autorização judicial” (LIMA, 2016, p. 159).

3.4.6 Decisão fundamentada e delimitação da forma de execução da diligência

O art. 5º da Lei 9.296/96 estabelece outros requisitos de grande importância para a autorização de interceptações telefônicas: necessidade de fundamentação da decisão, especificação da forma de execução da diligência e prazo da interceptação.

O citado dispositivo ressalta a necessidade de fundamentação da decisão judicial que permite a realização da captura de comunicações, sob pena de nulidade. Fundamentar uma decisão judicial significa, segundo Couture (1996, p. 60, *apud* GOMES e MACIEL, 2018, p. 168), “exteriorizar de maneira racional os critérios que servem de apoio ao que ficou decidido”. A razão de decidir,

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

ainda, deve guardar coerência com a decisão final (GOMES e MACIEL, 2018, p. 169). Sobre a fundamentação das decisões em sede de interceptação já se manifestou o STJ:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PATENTE ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REQUISITOS PREENCHIMENTO. DECISÃO MOTIVADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...] 4. A interceptação telefônica é medida cautelar penal, marcada, ontologicamente, pela necessidade e pela brevidade. Ao magistrado se exige esmero na fundamentação de sua decretação e da prorrogação, sob pena de se malograr em banalização da constrictão à privacidade [...].

Gomes e Maciel (2018, p. 169) elencam algumas razões pelas quais se justifica a exigência de fundamentação da decisão que autoriza interceptação telefônica: por ser ela medida cautelar *inaudita altera parte*, isto é, com contraditório diferido, os motivos alegados pelo juiz tornam-se essenciais para que se tenha uma quebra legal do direito à intimidade; como o ordenamento brasileiro adota o sistema de controle judicial prévio, a decisão deve pautar-se pela legalidade estrita, fundamentando a existência de todos os requisitos legais; a fundamentação da decisão é necessária para que esta possa ser, ulteriormente, impugnada.

Do contrário, isto é, se não houver a devida motivação ou se ela for insuficiente, deverá ser declarada a nulidade da decisão e a prova que ela autorizou deverá ser taxada de ilícita. “A fundamentação, ainda que sucinta, é garantia do indivíduo e fonte de legitimação da atuação da autoridade judicial” (GOMES e MACIEL, 2018, p. 174).

Ademais, o juiz deve estabelecer como a intromissão nas comunicações se dará. Segundo Cabette (2015, p. 132), a decisão judicial “indicará os meios a serem empregados: aparelhos, tecnologias,

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

etc.; as linhas a serem interceptadas; que ligações serão gravadas (as feitas da linha, as recebidas ou ambas?); o período das interceptações; como serão feitas as gravações” etc.

A falta de indicação da forma de execução pelo juiz inviabiliza a realização da interceptação telefônica. Como a autoridade policial, responsável pela condução do procedimento de captura, conforme disposto no art. 6º da Lei 9.296/96, deve ater-se aos comandos judiciais para proceder à interceptação, a falta destes impede o trabalho policial, o qual, caso realizado a própria sorte, pode configurar o crime tipificado no art. 10 da Lei 9.296/96, qual seja, de realizar interceptação telefônica sem autorização judicial (CABETTE, 2015, p. 132).

3.4.7 Prazo de duração da interceptação telefônica

O prazo de duração de uma interceptação telefônica é estipulado pelo art. 5º da Lei 9.296/96. De acordo com o dispositivo legal, a diligência não poderá exceder o prazo de quinze dias, que pode ser renovado por igual tempo em caso de comprovada necessidade. Segundo Gomes e Maciel (2018, p. 177), conta-se o prazo do dia em que se iniciar a intromissão em comunicação alheia, incluindo-se o dia do começo na contagem, uma vez que se trata de medida restritiva de direitos fundamentais.

Lima (2016, p. 166) aduz que “havendo necessidade de renovação do prazo da interceptação, esta deve se dar antes do decurso do prazo fixado na decisão originária, evitando-se uma solução de continuidade na captação das comunicações telefônicas”. Isto é, caso o pedido de renovação seja feito após o fim do lapso temporal originalmente estipulado para a captura, as comunicações porventura interceptadas entre o fim do prazo inicial e o início do novo prazo devem ser consideradas ilícitas, pois despidas de autorização judicial (GOMES e MACIEL, 2018, p. 177).

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

A questão que gera controvérsia neste ponto é saber por quantas vezes o prazo de duração da interceptação telefônica pode ser renovado.

Cabette (2015, p. 133-135) aduz que a captura das comunicações pode ser autorizada, inicialmente, por até quinze dias e renovada uma única vez, também em prazo máximo de quinze dias, totalizando trinta dias. Explica o citado autor, sobre o prazo contido na Lei 9.296/96, que em se tratando “de norma que restringe a esfera de irradiação dos direitos individuais, não cabe ao intérprete sua ampliação no sentido de estender a aplicação da restrição àquilo que o texto legal não determina expressa e indubiosamente” (CABETTE, 2015, p. 134).

No mesmo sentido, Gomes e Maciel (2018, p. 182) lecionam que “a lei atual, como vimos, prevê o prazo de 30 dias (15 mais 15). [...]. A renovação, pela lei, só pode ocorrer uma vez”. Segundo os mencionados juristas, se uma interceptação telefônica se alonga demais pelo tempo, torna-se ela uma interceptação de prospecção, que é inadmissível no sistema jurídico brasileiro (GOMES e MACIEL, 2018, p. 182).

Os doutrinadores acima citados apenas admitem captura de comunicações por prazo superior a trinta dias: (a) “quando houver justificação exaustiva do excesso e quando a medida for absolutamente indispensável, demonstrando-se, a cada renovação, essa indispensabilidade” (GOMES e MACIEL, 2018, p. 182); (b) se os novos pedidos tiverem por base fatos novos, isto é, diversos daqueles que fundamentaram o primeiro, somando-se a isso a absoluta necessidade da medida; “por exemplo, se numa interceptação de trinta dias, no trigésimo dia se obtém a informação de que dentro de duas ou três semanas haverá uma remessa de drogas ou contrabando” (CABETTE, 2015, p. 135-136).

De outro lado, Lima (2016, p. 167) entende que o prazo da captura de comunicações pode ser renovado indefinidamente, desde que se comprove a indispensabilidade da medida. Aduz que:

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

[...] com a crescente criminalidade em nosso país, é ingênuo acreditar que uma interceptação pelo prazo de 30 (trinta) dias possa levar ao esclarecimento de determinado fato delituoso. A depender da extensão, intensidade e complexidade das condutas delitivas investigadas, e desde que demonstrada a razoabilidade da medida, o prazo para a renovação da interceptação pode ser prorrogado indefinidamente enquanto persistir a necessidade da captação das comunicações telefônicas (LIMA, 2016, p. 167).

Os tribunais superiores, por sua vez, posicionam-se pela admissibilidade de sucessivas prorrogações da interceptação telefônica.

O entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal pode ser explicitado por meio do seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CRIME DE QUADRILHA, CONTRABANDO, FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS E LAVAGEM DE DINHEIRO. EVENTUAL ILEGALIDADE DA DECISÃO QUE AUTORIZOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUA PRORROGAÇÃO POR 30 (TRINTA) DIAS CONSECUTIVOS. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE SE PRORROGAR O PRAZO DE AUTORIZAÇÃO PARA A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR PERÍODOS SUCESSIVOS QUANDO A INTENSIDADE E A COMPLEXIDADE DAS CONDUTAS DELITIVAS INVESTIGADAS ASSIM O DEMANDAREM [...].

1. É da jurisprudência desta Corte o entendimento de ser possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessiva, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua [...] 3. Considerando o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos, quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem,

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

não há que se falar, na espécie, em nulidade da referida escuta, uma vez que foi autorizada pelo Juízo de piso, com a observância das exigências de fundamentação previstas na lei de regência¹⁴ [...].

No mesmo sentido posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere do julgado abaixo:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEFERIMENTO. PRORROGAÇÃO POR MAIS DE UMA VEZ. POSSIBILIDADE. DECISÕES FUNDAMENTADAS.

1. Segundo jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o disposto no art. 5º da Lei n. 9.296/1996 não limita a prorrogação da interceptação telefônica a um único período, podendo haver sucessivas renovações, desde que devidamente fundamentadas¹⁵ [...].

Portanto, a despeito das posições divergentes existentes na doutrina, vale, na prática, o entendimento dos tribunais superiores, de modo a admitir-se a prorrogação sucessiva do prazo das interceptações telefônicas, desde que haja fundamentação suficiente por parte do magistrado quando do deferimento da extensão da medida e que se trate de fato complexo, o qual exija a perpetuação da captura de comunicações.

14 STF, HC 102601/MS, Relator: Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, Data do Julgamento: 04/10/2011, Data da Publicação: 03/11/2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3828839>>. Acesso: 04 de fev. 2019.

15 STJ, HC 132788/RJ, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, T6 - Sexta Turma, Data do Julgamento: 19/11/2012, Data da Publicação: DJe 27/11/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900607770&dt_publicacao=27/11/2012>. Acesso: 04 fev. 2019.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

4. Considerações finais

Diferentemente do que olhos apressados poderiam presumir, a Lei nº 9.296/96 apresenta ao longo de seu texto mais pressupostos do que apenas os elencados nos incisos do art. 2º. Costuma-se imaginar que quando uma lei arrola determinados requisitos necessários para o exercício de algum direito ou para a prática de algum ato, ela o faz de forma clara, direta, ordenada. Contudo, considerando a realidade legislativa brasileira, isso nem sempre é assim.

O referido texto legal apresenta uma série de indispensáveis requisitos que devem ser observados para a realização de uma interceptação telefônica. Entretanto, encontram-se eles dispersos ao longo dos dispositivos, o que exige maior atenção do intérprete. A técnica de escrita negativa adotada para a redação do art. 2º é outro erro cometido pelo legislador. O exegeta, desse modo, deve fazer uma interpretação sistemática de toda a lei, a fim de que possa localizar com precisão todos os pressupostos.

Nesse sentido, a partir da análise atenta do texto legal, pode-se concluir que para que uma interceptação telefônica possa ser validamente utilizada como meio de obtenção de prova no processo penal, há uma sequência lógica de condições, ou requisitos, que devem ser atendidos.

Em primeiro lugar, deve existir uma situação fática delituosa, devidamente descrita, sendo que o crime que a ela corresponde deve ser previsto no ordenamento penal brasileiro e apenado com pena de reclusão. Além do fato, deve haver um autor ou partícipe do crime em potencial, que também deve ser identificado, tanto quanto possível, sobre quem recaia uma probabilidade de envolvimento com o delito.

O juiz, ao analisar todo esse contexto fático, proferirá uma decisão, devidamente fundamentada, por meio da qual autorizará, ou não, a realização da interceptação. Deverá o magistrado determinar como tal diligência será executada e delimitar seu prazo de duração. Importante ressaltar que, diante

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

da importância dos bens jurídico-constitucionais em jogo (intimidade e sigilo das comunicações), o julgador somente permitirá o procedimento de captura se não houver outro meio hábil para a produção probatória, numa medida de *ultima ratio*. Ademais, tudo isso deverá tramitar sob sigilo de justiça, a fim de que se preserve não só a intimidade de quem está tendo suas comunicações interceptadas como também a própria persecução penal do Estado. Uma vez que se respeite tudo isso, é válida a prova que se obtiver a partir de uma interceptação telefônica.

O estabelecimento de todos esses requisitos pela legislação, atendendo a uma determinação constitucional, foi de suma importância para o processo penal. Tanto é assim que, desde a promulgação da Constituição da República de 1988 até a edição da Lei nº 9.296/96, os tribunais superiores, como visto, entendiam ser ilegais todas e quaisquer capturas de comunicações telefônicas, pois diante da reserva legal qualificada instituída pelo texto constitucional, somente após a edição de lei específica é que se poderiam realizar interceptações de forma lícita.

Destarte, a superveniência da lei das interceptações telefônicas foi importante porque estabeleceu o devido processo legal em matéria de captura de conversações. De forma simples e direta, o devido processo legal representa uma garantia para todos os cidadãos de que suas liberdades não serão devassadas abruptamente pelo Estado sem que haja uma prévia discussão a respeito, sendo que os atos de intromissão e suas respectivas consequências devem estar devidamente previstos em lei. Não é demais lembrar que os direitos fundamentais à intimidade e ao sigilo das comunicações, embora não sejam absolutos, não admitem restrição que não esteja amparada pela Carta Magna ou pela lei.

Se em qualquer ramo do Direito o respeito ao devido processo legal já é basilar, no processo penal ele merece ainda mais destaque. Isso porque se trata nesse caso de discutir sanção que pode limitar a liberdade de locomoção da pessoa. Para que a pena eventualmente imposta por meio do

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

processo penal possa ser a mais adequada possível, deve sua aplicação ser amparada em provas que tenham obedecido às regras do jogo processual, em outras palavras, o devido processo legal.

A interceptação telefônica, nesse contexto, é meio de obtenção de prova de grande relevância, pois pode contribuir sobremaneira para a produção probatória e para a persecução penal do Estado. Todavia, não pode ser realizada de qualquer maneira, desrespeitando os direitos fundamentais do investigado e das pessoas que com ele se comunicam. Os direitos fundamentais citados só admitem restrição, nesse contexto, quando observados os requisitos contidos na referida legislação e somente visando-se aos fins pretendidos pela lei, isto é, a produção probatória no âmbito de investigação preliminar ou processo penal.

A despeito de todas as falhas legislativas, criticadas pela doutrina, e dos embates acadêmicos e jurisprudenciais a respeito de alguns aspectos do texto legal, como, por exemplo, em relação ao prazo de duração da medida, fato é que a Lei nº 9.296/96 estabelece requisitos de observância obrigatória para a realização de interceptação telefônica, punindo, inclusive, quem deseja valer-se da medida sem o respeito a suas disposições. Instituiu-se, assim, um ponto de equilíbrio entre os direitos fundamentais da pessoa humana e o direito de punir do Estado.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 4. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F104402244%2Fv6.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc41900000016288aa288cd417da0f#sl=e&eid=3e729a1ee1a2ba076e231c7d3dd06bc8&eat=a-151020919&pg=2&psl=&nvgS=false>>. Acesso: 09 fev. 2019.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. II - Liberdades. In: _____; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Teoria geral dos direitos fundamentais. I - Direitos fundamentais - Tópicos de teoria geral. In: _____; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: diversos acessos entre nov. de 2018 e mar. de 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso: 15 dez. 2018.

_____. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso: 30 dez. 2018.

_____. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso: diversos acessos entre jan. e mar. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica e das comunicações de dados e telemáticas**: comentários à Lei 9.296/96. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**: volume único. 4. ed. rev., atual. e amp. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: _____; _____; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F121533435%2Fv2.6&titleStage=F&titleAcct=i0adc41900000016288aa288cd417da0f#sl=e&eid=a733f689a21398143f86078848fee07e&eat=a-149113115&pg=33&sl=&nvgS=false>>. Acesso: diversos acessos entre nov. e dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. vol. 1. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.