

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**

**FACULDADE DE DIREITO**

**A VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DOS SIGILOS DAS  
COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS**

**LEONARDO MURTA DE ARAÚJO MAGALHÃES**

**Rio de janeiro**  
**2017/2º SEMESTRE**

**LEONARDO MURTA DE ARAÚJO MAGALHÃES**

**A VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DOS SIGILOS DAS  
COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Diogo Rudge Malan.

**Rio de Janeiro**  
**2017/2º SEMESTRE**

## CIP - Catalogação na Publicação

M972v Magalhaes, Leonardo Murta de Araujo  
A violação ao Direito Fundamental dos sigilos das  
comunicações telefônicas / Leonardo Murta de Araujo  
Magalhaes. -- Rio de Janeiro, 2017.  
75 f.

Orientador: Diogo Rudge Malan.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direito Fundamental. 2. Inviolabilidade das  
Comunicações. 3. Interceptação Telefônica. 4.  
Sucessivas renovações. 5. Universidade Federal do  
Rio de Janeiro. I. Malan, Diogo Rudge, orient. II.  
Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados  
fornecidos pelo(a) autor(a).

**LEONARDO MURTA DE ARAÚJO MAGALHÃES**

**A VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DOS SIGILOS DAS  
COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS**

Monografia de final de curso elaborada no âmbito da  
graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de  
bacharel em direito, sob a orientação do Professor Dr.  
Diogo Rudge Malan

Data da Aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**  
**2017/2º SEMESTRE**

## RESUMO

Este trabalho monográfico de conclusão do curso de ciências jurídicas e sociais tem como objetivo trazer à luz uma reflexão necessária às violações ao direito fundamental do sigilo das comunicações telefônicas. Inicialmente, aborda a origem do Direito ao Sigilo das Comunicações e a evolução do tratamento dado a este no Direito Constitucional. Em um segundo momento, busca abordar criticamente as formas de interceptação telefônica os institutos conexos a essa, as suas medidas cautelares bem como criticar os fundamentos das decisões que autorizam as interceptações, notadamente as de repercussão midiática, por serem elas a mola propulsora dos debates desse assunto no âmbito do Poder Legislativo.

Palavras-Chave: Direito Fundamental. Sigilo das Comunicações. Interceptação Telefônica. Fundamento das Decisões.

## SUMMARY

This monographic work of conclusion of the course of legal and social sciences aims to bring to light a necessary reflection on violations of the fundamental right of confidentiality of telephone communications. Initially, it addresses the origin of the Right to the Secrecy of Communications and the evolution of the treatment given to it in Constitutional Law. Secondly, it seeks to critically address the forms of telephone interception by the institutes connected to it, its precautionary measures, as well as to criticize the bases of the decisions authorizing the interceptions, especially those of media repercussion, since they are the propellant of the debates of that Subject in the scope of the Legislative Power.

Keywords: Fundamental Law. Confidentiality of Communications. Telephone Interception. Grounds for Decisions.

## DEDICATÓRIA

*À família Murta Magalhães que com a Glória de Deus  
permitiu que meu sonho fosse consumado, especialmente o  
meu filho Hugo, combustível para os meus sonhos*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	1
1. A ORIGEM DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES .....	4
1.2. Sujeitos e Objeto: Panorama Geral da Inviolabilidade .....	5
1.1. Perspectiva histórica constitucional do sigilo brasileiro .....	6
1.3. A constituição e a garantia fundamental ao sigilo .....	9
1.4. A inviolabilidade das comunicações sob a ótica dos diplomas internacionais ....	14
1.5. A não recepção do inciso II do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações pela Constituição de 88 .....	17
1.6. Surgimento da lei regulamentadora do artigo 5º, XII da CF/88 .....	20
2. DOS DIVERSOS CONCEITOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PREVISTOS NA LEI 9.296/96.....	27
2.1. Da interceptação telefônica como meio de pesquisa ou investigação da prova...38	
2.2. Natureza jurídica da decisão de “interceptação” e seus desdobramentos .....	40
3. DAS SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES .....	53
3.1. Caso Escher vs Brasil e a condenação do Estado Brasileiro ao pagamento de indenização .....	59
3.2. Do Julgamento em repercussão geral e a razão de decidir em favor da continuidade das sucessivas renovações .....	63
CONCLUSÃO .....	67
Referências bibliográficas.....	70

## INTRODUÇÃO

A inviolabilidade das comunicações e o instituto das interceptações das comunicações telefônicas será analisado de acordo com os ditames da Constituição da República moldada conforme se exige de um Estado democrático de Direito de modo a descobrir uma verdade válida e processualmente admissível. Sendo inconcebível admitir-se um processo que não seja observado os princípios e preceitos da Constituição.

Ao longo do presente trabalho fizemos uma digressão histórica desse direito no Brasil, se iniciando desde a timidez legislativa da época imperial, passando pela nuance dos dois regimes de exceção, o varguista e a ditadura militar, momento em que houve uma verdadeira supressão de direitos. Até chegar ao ponto mais alto da tutela desse direito, qual seja, o advento da Constituição Federal de 1988.

Esse marco na história, inicia o chamado período de redemocratização brasileira, onde um dos mais importantes acontecimentos foi a previsão das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais ostentando a característica de aplicação imediata. No entanto, como se sabe nem todos esses direitos, como os de segunda e terceira geração, possuem aplicação imediata assim se chegou à conclusão que o disposto no artigo 5º parágrafo 1º se aplicaria especificamente aos direitos individuais.

Logo, era preciso analisar o texto constitucional, pois haveriam a ocorrência de normas como a da inviolabilidade das comunicações que ficariam condicionadas a reserva de lei posterior. Sendo assim, conservadas estariam a sua eficácia quanto a parte que define a regra, ao passo que a exceção deveria advir de lei com essa finalidade específica, vale dizer que o fato de haver previsão constitucional nesse sentido demonstra a importância dessa lei.

Dentro desse contexto, surgiu a lei 9.296 sob intensa discussão onde houve importante contribuição de um grupo de estudo sob a responsabilidade do Deputado Michel Temer, onde uma das coordenadoras era a professora Ada Pellegrini Grinover, uma das mais respeitáveis doutrinadoras.

É de se ressaltar o quão foi custoso a edição dessa lei, desconsiderado o trâmite do processo legislativo, se pode dizer que para uma lei que autoriza a ingerência na comunicação entre os indivíduos demorou bastante para que houvesse a sua sanção. Desde a promulgação da Constituição de 1988 foram 8 anos até o seu advento, já que data de 24 de julho de 1996.

Não obstante essa demora, ainda que tenha demorado a referida lei trouxe mais proteção ao indivíduo, necessitado de uma ampla proteção do recém-saído estado de exceção supressor de direitos básicos. É de suma importância as disposições inovadoras para época atendendo a devida expectativa ao direito que lhes tinham tolhido sob aquele regime.

No entanto, com o passar dos anos a referida lei foi se tornando cada vez mais obsoleta isso porque não houve uma atualização para se adequar aos avanços tecnológicos da modernidade, motivo pelo qual vem ocorrendo vários equívocos na sua aplicação. No presente trabalho essas questões serão levantadas e criticadas procurando a melhor interpretação enquanto o legislador não acorda do seu “berço esplêndido” e compensa essa mora legislativa.

A problemática fica a cargo das diversas interpretações produzidas, dentre as quais se escolhe a mais supressora de direitos como a de aplicação automática, principalmente nos casos em que sejam envolvidas pessoas desprovidas de poder econômico. O mesmo não se pode dizer daquelas em que o poder aquisitivo supera a renda de 80% da população brasileira.

A discussão se estende até a questão das sucessivas renovações das interceptações quando, em total afronta ao comando legal previsto na Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, a maioria dos julgadores entende pelas renovações sem prazo data para terminar, ou melhor, entendendo como termo final a conclusão da investigação. No entanto, isso representa verdadeira arbitrariedade na interpretação, quem a adota usa de um argumento utilitarista para justificar.

Logo, pretendemos atacar esse argumento dantesco que ilegitimamente defere a medida cautelar de interceptação sempre sustentando a *complexidade da investigação* e o perigo que a sociedade corre caso essa medida não seja implementada, em uma aplicação mitigada do princípio do *in dubio pro societate*.

A presente monografia está dividida em três capítulos, o primeiro tratando da história do sigilo fazendo essa digressão histórica, o segundo falando sobre os diversos conceitos de interceptação e sua característica como medida cautelar e terceiro e último capítulo tratando das sucessivas renovações e as decisões aplicáveis aos casos em que tal medida foram autorizadas.

## 1. A ORIGEM DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES

O sigilo das correspondências e das comunicações atualmente assume fundamental importância, isso porque o mundo globalizado exige das pessoas a comunicação, seja ela através de carta ou de telefone. Fato é, que a nova forma de comunicação que surgiu, qual seja, aquelas através da comunicação instantânea dos telefones tornaram-se de uso comum, relegando a segundo plano a tão conhecida carta manuscrita.

Por essa razão os Estados ao longo da sua evolução procuraram disciplinar essa matéria de modo a prever que o direito que ali surgia seria de fundamental importância para os particulares. Tal importância é materializada quando há o reconhecimento constitucional da inviolabilidade ao sigilo da correspondência e das comunicações evidenciando em posições antagônicas o direito dos particulares de um lado e os poderes da autoridade pública de outro.

A consagração do direito à correspondência e às comunicações como direito público subjetivo e conseqüentemente o reconhecimento da sua inviolabilidade são conflitos de tempos mais atuais, em outros tempos essa relação era tida como algo eminentemente entre particulares. Para tanto, faremos uma breve linha evolutiva acerca da origem desse instituto.

A começar pelo Direito Romano, quando em sua legislação que dizia a respeito da supressão e da divulgação de notícias contidas em cartas ou em testamento através da *actio furti* e da *actio iniuriarum*, ações que realizavam a apreensão dessas cartas e a avaliação sobre se essas ações representavam algum prejuízo ou não.

Ainda que se tratasse de simples abertura da correspondência ou testamento com a finalidade de conhecer o conteúdo, os intérpretes da lei romana faziam a distinção entre duas principais hipóteses, a uma de ser o agente movido pela intenção de causar algum prejuízo ao destinatário, e outra se a correspondência ou o testamento eram abertos por conta da mera curiosidade do agente.

A situação só começa a se modificar a partir do progresso dos meios de comunicação e o surgimento dos serviços postais (realizado mediante concessão do príncipe), mediante a essa nova conjuntura o problema da disciplina da correspondência começa a ganhar novos rumos a

partir do momento em que as violações não eram mais causadas por outro particular e sim pelo príncipe.

Essa atitude, vindo de um monarca absoluto se amoldava muito oportuna na medida em que tomava conhecimento da correspondência de seus governados sob a justificativa de que detinha o direito de verificar se o conteúdo das cartas não atentava contra a segurança do Estado e de sua pessoa. Simultaneamente a isso o príncipe punia os particulares que destruíam, interceptavam ou divulgavam o conteúdo das cartas, pois tais atos eram de sua alçada agora.

É a partir do século XVIII que a tutela ao sigilo da correspondência começa a ganhar destaque, com a *Ordinance* francesa estabelecendo pena de morte pela abertura de cartas com furto de valores e penas menores para supressão ou interceptação. São os primeiros sinais em prol do resguardo ao conteúdo das correspondências.

No entanto, a consagração do sigilo das correspondências se deu de fato com a Revolução Francesa, a partir desse momento tal direito é alçado à condição de fundamental merecendo tratamento peculiar dos órgãos estatais. A partir de então a maioria das constituições modernas abrigaria o princípio constitucional da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações.

É de ressaltar que o direito constitucional a inviolabilidade não pode ser admitida como um direito absoluto, como direito individual fundamental deve ser interpretado observando a realidade do convívio social sem embargos de outros limites existentes em relação a esse. Por essa razão é tão importante que seu objeto e seus sujeitos de direito estejam bem definidos

## **1.2. Sujeitos e Objeto: Panorama Geral da Inviolabilidade**

Com relação ao sujeito ativo do direito temos a figura do remetente e do destinatário para os casos que tratam de comunicações por meio de correspondência ao passo que receptor e interlocutor para os casos em que a comunicação se der por meio de aparelhos de telecomunicações.

Nesse sentido, é uníssona a doutrina quando entende que o direito de liberdade e sigilo de correspondência e das telecomunicações é atribuído a ambos, assim as duas figuras são titulares do direito fazendo jus a que não se obste o trâmite ordinário da correspondência bem como da comunicação nem se tome conhecimento do seu conteúdo, restando irretocável o destino a que se propôs.

Em que pese divergência doutrinária, a maioria da doutrina se posicionou de maneira favorável a incluir como sujeito ativo desse direito as pessoas jurídicas, assim as mesmas podem praticar atos que inviabilizem o trâmite ordinário das comunicações

### **1.1. Perspectiva histórica constitucional do sigilo brasileiro**

A proteção ao sigilo expressa no artigo 5º, inciso XII<sup>1</sup> da Constituição Federal de 1988 é relativamente uma novidade, atendendo a uma demanda política do recém-saído estado de exceção, o período ditatorial militar. Na história das Constituições brasileiras anteriores a essa não há relatos de proteção a esse tipo de direito muito pelo fato dessa espécie de comunicação datar da segunda metade do século XIX, de forma que o legislador não havia como prever naquela época que futuramente um novo modelo de comunicação substituiria a famigerada epístola (carta) tida como forma de comunicação mais comum até então.

Em que pese o fato de não prever especificamente esse direito, já na época imperial tinha-se o primeiro relato do que ensejaria, melhor dizendo, inspiraria a evolução para que as comunicações telefônicas fossem também abarcadas. Fato é, que como tudo na concepção do direito (disciplina jurídica) é questão de tempo, com essa matéria não seria diferente isso porque como toda e qualquer boa ciência fica dependente indissociavelmente do seu objeto, qual seja, comportamento humano que dava sinais de que precisaria se amoldar e evolução a que estaria sujeito.

---

<sup>1</sup> Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XII – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Foi com a carta imperial outorgada de 1824, em que pese sua característica de imposição, a referida Constituição em seu artigo 179, inciso XXVII<sup>2</sup> já previa certa proteção ao que aos dias de hoje venha ser o sigilo das correspondências. Evidente que a época dessa disposição não se tinha a violação ao sigilo como algo a ser combatido, no entanto mesmo que não tenha a intenção de proteção como motivo representa um primeiro registro de que havia certa previsão de “sigilo”. Registre-se que essa constituição teria sua fonte inspiradora em algumas previsões da Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Em seguida a Constituição de 1891 em seu artigo 72, §18<sup>3</sup> sacramentava o sigilo das correspondências por vias republicanas, ressalta-se que nesse momento não há nenhuma previsão constitucional excepcionando o sigilo. Nesse momento o que assegurava a sigilosidade da correspondência não era o direito a intimidade ou privacidade, mas sim a liberdade de pensamento, liberdade essa muito cerceada nos tempos remotos da monarquia aonde só se podia pensar de acordo com o governo. Tal diferenciação é muito importante já que atualmente o fundamento é totalmente diverso.

Data de 1946 o primeiro relato que se tem acerca do tema, surge no contexto de “redemocratização” após a queda da ditadura do Estado – Novo de Getúlio Vargas prima-se pelo restabelecimento dos valores democráticos e republicanos presentes na Constituição de 1934. Não só foram restabelecidos direitos como criados outros, e foi nessa esteira que pela primeira vez se tratou de inviolabilidade ao sigilo, a começar pelo das correspondências previsto no artigo 141, §6<sup>4</sup> localizado no Título IV dentro do Capítulo II sob o Título *Dos Direitos e Das Garantias Individuais*

---

<sup>2</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.  
(...)

XXVII. O segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste Artigo.

<sup>3</sup> Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes a liberdade, a segurança individual e a propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§18. É inviolável o sigilo da correspondência.

<sup>4</sup> Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade nos seguintes termos:

(...)

§6º. É inviolável o sigilo da correspondência.

Outro relato envolvendo o sigilo, é a sua menção na Constituição de 1967 quando estendeu a inviolabilidade da correspondência ao sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas, segundo o artigo 150, §9<sup>o</sup>, no entanto não há através da simples redação uma efetivação do direito - pela ausência de regulação - e de que forma o sigilo estaria resguardado. Ademais, o contexto político não dava indícios de que buscava efetivar esse direito ante ao flagrante desinteresse do regime militar, mantendo a constante violação aos direitos fundamentais comprovando ser sua previsão apenas espectadora de um regime que as ponderava segundo seus interesses.

Nesse momento surge uma discussão sobre alguns artigos do chamado Código brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962 de 27 de agosto de 1962) os quais não comprovavam ser o direito à sigilosidade das comunicações um direito absoluto. Em um primeiro momento, questiona-se se tal legislação seria ou não recepcionada pela nova ordem “ (re) democrática” instaurada. Alguns pontos dessa legislação merecem destaque já que algumas regras conflitam com a ideia de que as correspondências e telecomunicações não devem ser maculadas.

O capítulo ao qual se faz referência é o VII onde estão presentes os artigos 52 à 99 sob a rubrica *Das infrações e Penalidades*, dos quais nos cabe analisar alguns artigos a começar pelo artigo 55<sup>6</sup> quando afirma ser inviolável a telecomunicação nos termos dessa lei, vale ressaltar que nesse momento não havia nenhuma lei regulando a sigilosidade em si, e o escopo do referido código era tratar da estruturação da radiotelecomunicação e radiofusão tratando em um dos seus capítulos das infrações que possivelmente poderiam ocorrer. No entanto, deveria haver uma harmonia entre o disposto na Constituição e a lei já que a mesma não previa a hipótese de exceção.

Vai pelo mesmo caminho o artigo 57 quando enumera hipóteses em que não se considerava violação à telecomunicação, disposições que chamam atenção por darem legitimidade a funcionários do Estado como aptos a serem destinatários da interceptação. Os itens “c” e “d”, inciso II do artigo 57<sup>7</sup> chamam atenção ao nominar como legítimos os

---

<sup>5</sup> Art.150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§9º. São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

<sup>6</sup> Art.55. É inviolável a telecomunicação nos termos desta lei.

<sup>7</sup> Art.57. Não constitui violação de telecomunicação:

comandantes ou chefes e o que chamou de fiscais do Governo. Não obstante a obscuridade da regra é de ressaltar que em um contexto de redemocratização seja permitido a pessoas ligadas ao Governo acesso à conteúdo de cunho sigiloso.

Analisando o conteúdo dessas disposições se pode observar o caminho do direito em direção à um amadurecimento do conceito de sigilo e da privacidade percorreram até a promulgação do diploma de 1988, mais que só uma previsão escrita e erigida a categoria de direito fundamental, o direito a inviolabilidade do sigilo das comunicações deveria ir mais além. No entanto, não foi o que aconteceu, pois, a legislação responsável por esmiuçar regulando esse direito não acompanhou a dinâmica da sociedade e se mostrou um tanto ultrapassada e por essa razão um tanto infringente com o sigilo.

Com a promulgação da Constituição de 1988 inaugura-se o Estado Constitucional de Direito erigindo a categoria de norma jurídica fundamental a Constituição condicionando às leis, não só a forma de sua produção, mais também de acordo com a efetiva compatibilidade do seu conteúdo com as normas constituintes. Essa disposição condiciona também o legislador na medida em que sua vontade deve, ou melhor dizendo, deveria obedecer às disposições de proteção a que indiretamente estava submetido.

A inauguração dessa nova e revolucionária ordem jurídica demandaria não só do legislador, mais também do julgador, a capacidade de estar sempre se reinventando muito por conta do contexto político em que se deu a promulgação da Constituição, trazendo novos parâmetros.

### **1.3.A constituição e a garantia fundamental ao sigilo**

A constituição de 1988 inaugura uma ordem revolucionária para época, isso porque previa uma série de liberdades com o intuito de expurgar qualquer resquício da recém-saída época ditatorial. Desse modo, previu a instituição de foro privilegiado aos detentores de mandatos eletivos, garantias à uma manifestação tranquila e quase irretocável de suas opiniões, não

---

(...)

II – O conhecimento dado:

(...)

c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;

d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários;

obstante ao fato de não serem direitos individuais mostram-se como consectários da ideia a que a nova ordem jurídica instaurada quer iniciar.

Não há a menor dúvida de que o momento era propício para essas previsões, nesse momento é inculpada a terminologia direito e garantias individuais como forma de delimitar de forma bem clara as atribuições e a sua respectiva contrapartida a que os indivíduos estariam passíveis. Assim, nas palavras de Barroso:

Direito é a possibilidade de exercer poderes ou de exigir condutas enquanto garantias são instituições, condições materiais ou procedimentos colocados à disposição dos titulares de direitos para promovê-los ou resguardá-los. Os direitos individuais configuram uma espécie de direitos constitucionais. Tais direitos, talhados no individualismo liberal, protegem os valores ligados à vida, à liberdade, à igualdade jurídica, à segurança e à propriedade. Destinam-se prioritariamente a impor limitações ao poder político, traçando uma esfera de proteção das pessoas em face do Estado. Deles resultam em essência, deveres de abstenção para a autoridade pública e, como consequência, a preservação da iniciativa e autonomia privadas<sup>8</sup>.

Ainda era incipiente os mecanismos responsáveis pela ampla divulgação e efetivação do conhecimento por parte dos cidadãos acerca dos seus direitos, até porque vínhamos de uma matriz essencialmente ruralista, sem muita industrialização, não que essa seja uma justificativa para tanto mais de alguma forma contribuíra para isso.

É nessa esteira, que o direito previsto no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988<sup>9</sup> inova sem, contudo, explicar para os detentores de tais garantias como procederem para os terem assegurados. Isso se faz importante, na medida em que anteriormente a essa previsão o Estado de maneira discricionária fundamentado em uma legislação precária, qual seja, o Código Brasileiro de Telecomunicações<sup>10</sup> era responsável por fundamentar as interceptações realizadas pelo Estado.

---

<sup>8</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Direito Constitucional Contemporâneo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p.199.

<sup>9</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XII – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

<sup>10</sup> Lei 4.117/1962, de 27 de Agosto de 1962.

Entretanto, hodiernamente deveria o legislador tomar cuidado ao estabelecer em que medida pode o Estado ingressar na esfera da intimidade de seus cidadãos e quais seriam os limites estabelecidos por essa lei. Estes deveriam ficar evidentes de forma a concretizar o comando constitucional proferido e atingir a sua finalidade, a de proteger o cidadão não só do braço forte e impositivo do Estado mais também do outro particular.

Convém ressaltar que o direito se destina a reger as relações estabelecidas cotidianamente, não é só uma proteção do cidadão frente ao Estado, mais também frente a outro particular que com esse primeiro tenha ou venha a ter algum tipo de interesse (conflito de interesses). É importante frisar que a partir desse momento haverá dois direitos a inviolabilidade das comunicações, ou seja, colisão entre duas garantias, nesse momento o direito se afasta tanto do caráter jusnaturalista como do caráter positivista para entregar nas mãos do julgador, municiado com as ferramentas interpretativas adequadas, para a solução do conflito.

Convém pontuar que entre a promulgação da constituição democrática e a edição da Lei 9.296/96 houve muita discussão tanto por parte da doutrina como parte da jurisprudência acerca do tema. Uma das discussões cingia-se sobre a redação prevista no inciso XII do artigo 5º a outra discussão se dava acerca da aceitação ou não das provas colhidas mediante interceptações telefônicas feitas durante esse período, pois havia um limbo até a edição da referida lei.

Acerca da primeira discussão haveriam ao menos três posicionamentos acerca do objeto da norma, sob uma primeira corrente defendia-se que a expressão em “último caso” estaria ligada tão somente à inviolabilidade das comunicações telefônicas.<sup>11</sup> Outra corrente defende que as comunicações de dados e telefônicas estariam acobertadas pela proteção,<sup>12</sup> como última corrente mais abrangente há quem defenda a inclusão da correspondência, as comunicações telegráficas e telefônica e os dados.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Posição defendida pelos i. docentes ADA PELLEGRINI GRINOVER, A SCARANCA FERNANDES, A. M. GOMES FILHO, *As Nulidades no Processo Penal*, 10ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 210; Posicionamento também do i. docente V. GRECO FILHO, *Interceptação Telefônica*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 9-13.

<sup>12</sup> G. H. BADARÓ, *Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas: limites ante ao avanço da tecnologia*, in J. Corrêa de Lima, Rubens R. R. Casara (coords.), *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

<sup>13</sup> Posição de M. A. DE BARROS, *A Busca da Verdade no Processo Penal*, São Paulo, RT, 2002, pp. 227-229.

Com relação a essa primeira corrente a comunicação por correspondência, a comunicação telegráfica e a comunicação de dados teriam natureza de liberdade absoluta assim sendo não poderiam sofrer restrições nem mediante ordem judicial. Já com relação a segunda corrente o inciso XII estaria dividido somente em duas partes a primeira versando sobre o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e a segunda parte falando sobre o sigilo dos dados e das comunicações telefônicas.

Vale ressaltar que há uma corrente intermediária que entende que a comunicação telefônica não se limita apenas a transmissão de vozes, mas também de dados por telefone entre usuários de computadores admitindo, portanto, a comunicação de dados informáticos que se dê por sistema de telemática. Nesse sentido, vale ressaltar que a comunicação telefônica não tem o mesmo significado da comunicação por meio de linha telefônica.

A lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) traz a diferenciação entre a comunicação telefônica da comunicação de dados, a corrente que adota essa interpretação acaba por ampliar o escopo da norma constitucional, já que por se tratar de norma limitadora de direitos deve ser interpretada restritivamente.

Tal disposição ao assim proceder deixa de observar o disposto no parágrafo único do artigo 69 da mesma lei que contém as diferenças entre as formas de telecomunicações que nada tem a ver com o sentido que essa corrente quer atribuir.

Há ainda autores que mudaram seus entendimentos bem como autores que flexibilizaram suas opiniões, mudaram seu entendimento o i. constitucionalista José Afonso da Silva quando militava na corrente dos autores que entendiam de maneira restritiva e modificou o entendimento para incluir a possibilidade de interceptação de comunicação de dados.

Para Antônio Scarance Fernandes pontua que a previsão do artigo 5º, inciso XII da Constituição se dá somente quanto à quebra do sigilo às comunicações telefônicas, no entanto, faz ressalvas quanto a aplicação da ponderação de interesses para o sigilo das demais comunicações rogando pela aplicação do princípio da proporcionalidade rogando pela preservação de outro valor amparado constitucionalmente e de maior relevância.

Chama a atenção o posicionamento de Alexandre de Moraes, quando afirma que:

“A lei ou a decisão judicial podem excepcionalmente estabelecer hipóteses de quebra das inviolabilidades da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados, sempre visando salvaguardar o interesse público e impedir a consagração de certas liberdades públicas para servir de incentivo a prática de atividades ilícitas.”<sup>14</sup>

A posição esposada pelo respeitável doutrinador nos parece um tanto equivocada para com os parâmetros prospectivos e democráticos estabelecidos na carta de 88, estando completamente destoante do que estabeleceu o legislador. Pois, clara é a redação do artigo quando previu que as exceções ficariam a cargo da legislação superveniente responsáveis por regular tais hipóteses.

Assim, não seria essencialmente democrático que o Juiz do seu notável livre convencimento motivado se “inspire” e profira uma decisão que determine a interceptação deste ou daquele indivíduo sem a necessidade de nenhum parâmetro para observar. Da mesma forma, não seria democrático o legislador estabelecer de forma estapafúrdia hipóteses de causa de interceptação sem a observação das outras garantias constitucionais.

Para se chegar a uma conclusão prospectivo-democrática do referido dispositivo é preciso se utilizar dos métodos interpretativos para se maximizar seus efeitos, é nesse momento que a ciência hermenêutica se faz necessária e útil. Há nesse sentido dois vieses tradicionais de destaque, o *exegético* e o *evolucionista* sendo o primeiro responsável pela desqualificação do papel do criador da interpretação ao passo que o segundo denota certa repulsa a busca de um sentido originário primando pelo surgimento de um sentido próprio, evoluído.

Entretanto, doutrinadores não veem com bons olhos a eleição de uma dessas teorias como mais correta sendo melhor para a norma a observação da conciliação de características das duas correntes. Assim, teríamos a estabilidade advinda da exegese, buscando descobrir qual teria sido a vontade do legislador, coadunada com a evolução a partir da observação das necessidades sociais buscando a efetividade da norma.

Há que se levar em consideração as técnicas interpretativas mais tradicionais, elas possuem um papel de destaque na compreensão dos sentidos, para tanto temos a *interpretação*

---

<sup>14</sup> *Constituição do Brasil interpretada*, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 241.

*gramatical, temos a lógica, a sistemática e a histórico-evolutiva* critérios que se complementam entre si.

Do mesmo modo são importantes também os critérios hermenêuticos em função da diversidade técnico-operativa dentro das categorias do direito, podendo a interpretação ser *restritiva, extensiva* ou *especificadora*. Ao expor todos esses critérios hermenêuticos busca-se de certa forma aglutiná-los de maneira a poder extrair deles o melhor entendimento da norma.

Melhor que isso, busca-se uma interação entre esses critérios utilizando-os de acordo com o aparecimento do caso concreto almejando sempre uma interpretação prospectiva-democrática com a finalidade de não infringir nenhum desses direitos fundamentais. Dentre outros direitos fundamentais da Constituição Federal sob essas condições estaria assegurado ao menos para esse o idealizado por tantos doutrinadores, o Estado Constitucional Democrático de Direito.

Fato é que as normas não podem se esquivar dos avanços tecnológicos de modo a favorecer aqueles que se utilizam de tais meios para a práticas de ilícitos, como e sabe a comunicação telefônica vem sendo substituída por programas de computador que permitem troca de vozes de forma a idêntica à que ocorre por linha telefônica. Sob esse enfoque o inciso XII deve ser interpretado em seu real escopo de tutela da liberdade de comunicação do pensamento servindo como mecanismo de salvaguarda do direito à liberdade de manifestação do pensamento.

Ao passo que uma interpretação que se atenha aos termos literais, ao não observar o progresso da tecnologia admitiria por via transversa o fortalecimento de práticas criminosas viabilizadas pelo uso e domínio das tecnologias agasalhados pela “ausência” de regulação desse inciso. Dessa forma alertam os doutrinadores que:

Nesse contexto, dar ao inciso XII do art. 5º da CR uma interpretação meramente literal – de que a ressalva, “no último caso” possibilitaria a interceptação apenas da comunicação telefônica – e historicamente descontextualizada – ignorando os avanços da tecnologia de comunicação eletrônica e, principalmente, telemática -, levaria à conclusão de que seria absoluta a liberdade de comunicação informática e telemática, sendo vedada qualquer restrição a tais formas de comunicação.

#### **1.4. A inviolabilidade das comunicações sob a ótica dos diplomas internacionais**

No plano internacional hodiernamente o estado brasileiro há que se submeter à Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como pacto de San Jose da Costa Rica ratificado em setembro de 1992 tal convenção visa consolidar entre os países americanos um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais independente do país onde a pessoa resida ou tenha nascido.

O pacto tem por base a Declaração Universal dos Direitos Humanos tendo como meta o ideal do ser humano livre, imune de temor e miséria e sob condições que lhe permitam fruir dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos. Criada simultaneamente ao pacto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem a finalidade de julgar os casos de violação aos direitos humanos ocorridos em países que compõem a Organização dos Estados Americanos (OEA), que reconheçam como legitimado.

No texto ratificado pelo estado brasileiro não consta menção expressa a inviolabilidade das comunicações, entretanto se admite que esse direito está implícito no seu artigo 11.2<sup>15</sup> ao dizer ao coibir qualquer ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada refletindo diretamente no direito fundamental à intimidade

Ao assim dispor o referido artigo em uma de suas acepções o sentido de não permitir a intromissão por parte do Estado no direito individual de não divulgar aspectos da vida privada do conhecimento do poder público bem como de terceiros. É como se o Estado tivesse de se abster deixando fluírem os direitos conferidos a cada um dos indivíduos. Nesse sentido bem caminhou Diogo Rudge Malan<sup>16</sup> quando afirmou:

“A proibição de ingerências arbitrárias ou abusivas na vida privada, portanto, implica reconhecimento de âmbito pessoal imune a violação por parte do Estado e de particulares. Nessa acepção há vínculo umbilical entre a vida privada e o domicílio, pois este é o *locus* espacial onde há o livre desenvolvimento da vida privada”

Tratando de maneira diversa, ainda que haja alguns pontos de contato, a disposição do artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos traz a regra primando pela intimidade de

---

<sup>15</sup> Artigo 11

Proteção da honra e da dignidade

2.Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

<sup>16</sup> *Intercepção de comunicações telefônicas: Standards dos sistemas interamericano e europeu de direitos humanos.*

cada indivíduo abordando a questão da inviolabilidade como decorrência do direito à vida privada e familiar. Assim diz o referido artigo:

Artigo 8

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção de direitos e das liberdades de terceiros.

A própria redação do artigo supratranscrito mostra o quão ele é abrangente frente ao disposto no artigo 11.2 daquela convenção, são diversos direitos elencados como de suma importância a exemplo do direito à correspondência mantendo íntegra a comunicação entre os cidadãos sendo vedada a censura. Vale destacar que aqui assim como no nosso diploma doméstico a expressão correspondência por estar ligada diretamente à comunicação permite que interpretemos de forma extensiva de modo a acompanhar o avanço tecnológico.

Em que pese não haver previsão expressa no texto do pacto de São José a referida Corte já pacífica em sua jurisprudência admite que se trata de forma de comunicação inserida no âmbito da vida privada. Consequentemente, há proteção das conversações por meio das linhas telefônicas estejam elas localizadas em qualquer lugar, seja qual for seu conteúdo independente da natureza da comunicação (particular ou profissional).

A jurisprudência é da convenção é criteriosa quando o assunto é o direito à vida e seus consectários, pois assim como se infere dos direitos em geral nenhum deles é absoluto a Corte adota padrões responsáveis por atribuir legitimidade ou não as medidas adotadas pelos Estados, assim exigem que a restrição imposta deve estar prevista em lei, a restrição deve perseguir fim legítimo e a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática.

Não menos criteriosa é a jurisprudência com relação à captação das comunicações telefônicas, já que a Corte a considera tal medida muito invasiva exigindo da respectiva lei doméstica o que ela nominou de *regramentos claros e detalhados* sobre diversas circunstâncias. Circunstâncias que como veremos adiante de certa forma estará presente na legislação de interceptação.

Um dos critérios exigidos pela corte é a de que a dinâmica do fato exija a medida de exceção a ser adotada, assim como as pessoas envolvidas no procedimento sejam autorizadas a solicitá-las, ordená-las e executá-las e por fim que o procedimento probatório seja observado. Além desses critérios a referida Corte ressalta a necessidade de a decisão judicial ser devidamente motivada expondo todas as razões fáticas e jurídicas nas quais se baseia, *considerando as alegações das partes e o mosaico probatório carreado aos autos*<sup>17</sup>.

Assim, ao analisarmos a jurisprudência da Corte constatamos que ainda há uma defasagem entre os critérios estabelecidos nesse diploma internacional e a nossa legislação doméstica seja com relação ao aprimoramento dos critérios seja com relação à aplicabilidade das normas da nossa legislação que na sua jurisprudência interna se afasta dos critérios cogentes da Convenção ratificada pelo Brasil.

### **1.5. A não recepção do inciso II do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações pela Constituição de 88**

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, veio à tona a discussão acerca da recepção ou não do inciso II do art.57 da Lei 4.117/1962, isso porque tal dispositivo servia de fundamentação para atestar a licitude das interceptações realizadas até então. Esse movimento vinhas principalmente dos órgãos persecutores do Estado, pois a interceptação era um meio probatório forte e quase irrefutável.

Para ilustrar o quão importante é essa constatação, a discussão se acalorou quando um Juiz determinou a interceptação telefônica contra um advogado fundamentada no famigerado inciso II do artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações. Ante a essa circunstância a matéria começou a repercutir, pelo que houve uma representação da OAB à Procuradoria-Geral de Justiça, cobrando medidas à altura por se tratar daquela autorização uma conduta criminosa.

A maior parte da doutrina se posicionou pela necessidade do legislador brasileiro se debruçar sob o texto constitucional para produzir a referida lei responsável por regulamentar o

---

<sup>17</sup> MALAN, Diogo Rudge. *Interceptação de comunicações telefônicas: Standards dos sistemas interamericano e europeu de direitos humanos*. Interceptação Telefônica: Os 20 anos da Lei nº 9.296/96.SANTORO E MIRZA (Organ.). Minas Gerais: D'Plácido, 2016.

disposto no inciso XII do artigo 5º da CF/88. Nesse sentido a doutrina da professora Ada P. Grinover em uma espécie de premonição já havia opinado no sentido de que o legislador pátrio se inclinasse sobre o tema para tratar desse assunto ante a precariedade da fundamentação existente.

*In verbis*, a referida professora coordenado um grupo de trabalho asseverava:

“Ainda antes da convocação da Assembleia Nacional Constituinte, em diversas ocasiões havíamos manifestado o entendimento que se fazia imprescindível intervenção do legislador brasileiro, para o adequado tratamento das interceptações telefônicas autorizadas, delineando para tanto, as linhas mestras serem observadas pela lei ordinária, agora, aprovado projeto de texto constitucional, o próprio mandamento da Lei maior obriga o legislador a disciplinar minuciosamente a matéria”<sup>18</sup>

Há que registrar que em meio ao limbo em que a matéria se encontrava ainda haviam juízes que deferiam interceptações fundadas no famigerado artigo 57 daquele Código, muito por conta da necessidade dos êxitos nas investigações encabeçadas pelos órgãos persecutores. São motivos que cada vez mais aumentavam a pressão para que o legislador regulasse logo os termos das interceptações.

Pode-se afirmar, por questões óbvias, que o legislador não disporia de maneira muito diversa de como se vinha tratando a interceptação, pelo contrário, era de esperar uma legislação legitimadora das ações praticadas pelos órgãos competentes até então.

Não obstante a isso, de uma maneira estruturante a legislação que viesse a ser editada teria que obedecer alguns parâmetros básicos postos pela constituição como condicionantes para a concessão da interceptação, quais sejam, a lei regulamentadora, dispondo sobre as hipóteses de cabimento e a forma de realização dessas interceptações, utilização exclusivamente criminal das conversas interceptadas e por último, ordem judicial para tanto.

Era necessário então uma legislação que tutelasse a intimidade do investigado de forma a resguardar informações que não estão relacionadas com a investigação, haja vista que a previsão da carta de direitos era edição de lei regulamentadora o inciso XII do art.5º por sua

---

<sup>18</sup> V. GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p.17.

vez não seria de aplicabilidade imediata (tal norma é considerada como norma de eficácia limitada ou não autoaplicável).

A urgência por uma legislação que resguardasse os direitos dos cidadãos sobressaiu quando o Supremo Tribunal Federal(STF) e o Superior Tribunal de Justiça(STJ) passaram a considerar ilícitas todas as interceptações realizadas fundamentadas no norma genérica do Código Brasileiro de Telecomunicações, isso porque já era majoritário o entendimento de que o art. 57 desse código não fora recepcionado pela carta de 88 ante a flagrante incompatibilidade entre a previsão do artigo e o comando constitucional.

Um dos mais famosos julgados que entendiam nesse sentido, foi o Habeas Corpus de nº 69.912-0/RS do Rio Grande do Sul tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, sustentado que o referido código não havia sido recepcionado pela nova ordem constitucional por não atender as exigências constitucionais e não descrever as hipóteses e a forma de interceptação.

Convém ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro ficou no limbo desde a promulgação da Constituição de 88 até meados do ano de 1996 quando adveio a legislação que tratou das interceptações de maneira minudente, assim o julgado do referido Habeas Corpus é um passo importante na maneira de interpretação de tutela desse direito, nesse sentido vale transcrever:

PROVA ILICITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS

ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.<sup>19</sup>

Seguindo o mesmo entendimento e indo além há julgado no pretório excelso que além de não admitir interceptação fundada no artigo daquela lei já primava pela edição da lei ordinária conformadora do direito constitucional ao sigilo das comunicações, nesse sentido o HC 73.351-4/SP da relatoria do eminente Ministro Ilmar Galvão afirma:

HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido.<sup>20</sup>

### **1.6. Surgimento da lei regulamentadora do artigo 5º, XII da CF/88**

Foram necessários aproximadamente oito anos para que a houvesse a publicação da Lei 9.296/1996 conhecida como a Lei de Interceptações Telefônicas regulamentando o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. A princípio essa lei preenchia todos os requisitos formais para a sua validade, isso porque havia sido pensada com base em uma nova ordem constitucional e por essa razão havia preenchido os critérios de iniciativa e obedecido o devido processo legislativo.

Não menos importante eram os requisitos materiais da nova lei, ou seja, seu conteúdo deveria estar de acordo com os valores e princípios previstos na constituinte recém-formada. Esse aspecto é de suma importância em razão de todo processo histórico que inspirou a redação

---

<sup>19</sup> STF – HC: 69912 RS, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 16/12/1993, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 25-03-1994 PP-06012 EMENT. VOL. – 01738-01 PP-00112 RTJ.VOL-00155-02 PP-00508)

<sup>20</sup> STF – HC: 73351 SP, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 09/05/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 19-03-1999 PP-00009 EMENT VOL-01943-01 PP-00007(STF - HC: 73351 SP, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 09/05/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 19-03-1999 PP-00009 EMENT VOL-01943-01 PP-00007)

dessa nova ordem constitucional, tendo como um dos principais objetivos o caráter prospectivo-democrático de suas normas buscando como finalidade em assegurar de maneira plena os direitos individuais tão tímidos de outras constituições.

A lei interceptações representa um progresso, tinha sido criado um estatuto jurídico específico para as interceptações tendo como característica ser uma norma descritiva sobre as tantas hipóteses de interceptação. Por outro lado, a legislação criada era uma importante ferramenta a serviço da Justiça Criminal muito em função dos sofisticados meios que os criminosos usavam para obter êxito na empreitada criminosa de forma a combater com paridade, mas sem prejuízo dos direitos fundamentais essas práticas irregulares.

Com efeito, como consequência direta da vigência dessa lei é a sua aplicação imediata tendo em vista que o seu emprego não altera de maneira substancial nenhum direito referente a liberdade do suspeito, indiciado ou acusado, pelo contrário a nova norma visava extirpar do ordenamento as irregularidades das interceptações arbitrárias. Por isso, os processos em curso e os que vierem a tramitar que envolvessem atos de interceptação se dariam de acordo com a nova lei promulgada.

Vale ressaltar, ante a aplicabilidade imediata dessa nova legislação, na impossibilidade de convalidação das interceptações precedentes, isso porque critérios teriam que ser observados ao contrário das fundamentações deficientes anteriores baseadas na discricionariedade das autoridades responsáveis pelo procedimento de interceptação. Ademais essa norma em vigor é alcançada pelo princípio do *tempus regit actum*, por meio do qual o direito deve ser regido pela lei de seu tempo obrigando-se assim a disciplina por essa.

Assim de maneira bem clara a referida lei passou a disciplinar a matéria como impunha o texto constitucional admitindo a interceptação telefônica desde que houvesse autorização judicial, por solicitação do Ministério Público ou outra autoridade com poderes para tal, demonstração de existência de indícios razoáveis de autoria na participação do fato investigado ou a ser investigado e investigação, em tese, de crime apenado com pena de reclusão.

No entanto, o advento da lei regulamentadora das interceptações telefônicas não supriu de maneira efetiva a lacuna normativa, isso porque a aplicação da lei acabava por favorecer

aquele que ocupava a condição de acusado da prática de um delito. Sabe-se que não era essa a intenção do legislador, ou seja, ele não pretendia assegurar ao delinquente garantias para uma prática delituosa perfeita, mas tão somente que mais um direito fundamental tivesse sua efetividade assegurada, não obstante ao papel de persecução do Estado de Direito.

Esse é o ponto relevante que se pretende abordar, qual seja, o processo hermenêutico que revesti a Lei 9.296/96, isso porque não se pode afirmar que uma simples lei ordinária viesse a esgotar ou mesmo tutelar todas as situações envolvendo a restrição de um direito fundamental. Nesse momento é necessário levar em consideração critérios essenciais das normas constitucionais, tal como o seu próprio valor constitucional em si e os seus fundamentos de validade, responsáveis por atribuir a importância devida dentro dessa sistemática estrutural.

Merece atenção nessa mudança de paradigma o papel importante que é atribuído a linguagem do texto tanto constitucional como ordinário, muito por conta dos métodos interpretativos conhecidos até então. Dentre os quais, se destaca a mudança do processo interpretativo de “reprodutivo” para “produtivo” ao assim se admitir temos que o intérprete assume papel muito importante, pois o processo de produção da interpretação exige dele uma compreensão de tudo que envolve aquela determinada matéria.

Assim, a nova forma interpretativa exige que para que se tenha a produção uma pré-compreensão daquilo que se irá decidir de forma que o intérprete não mais buscaria um sentido de validade para as premissas adotadas por ele, mas de certa forma estaria vinculado a preconceções acerca das premissas a qual determinado caso está inserido. Não parece, mas ao assim proceder uma mudança no comportamento do intérprete surge naturalmente, já que o argumento que não acompanha essa mudança tende a ser fraco e conseqüentemente facilmente atacável.

Vale ressaltar o entendimento do Streck, no que diz respeito a essa questão da pré-compreensão a ser adotada pelo intérprete que assim diz:

“Para compreender, temos que ter uma pré-compreensão (por exemplo, para uma adequada compreensão da Constituição, necessitaríamos de uma prévia teoria da Constituição), constituída de uma estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsich*) e concepção prévia (*Vorgriff*) – que já une todas as partes (textos) do ‘sistema’. É a condição-de-ser-no-mundo que vai determinar o sentido do texto (e não o método de interpretação,

p.ex.). A pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo *Dasein* (o *ser-ai heideggeriano*) que compreende esse sentido. A compreensão que o *Dasein* tem de si mesmo e que nasce da compreensão do ser significa dizer que o mensageiro já vem com a mensagem, afinal como magistralmente assinala Stein, o *Dasein* une universalidade e singularidade, universalidade e contingência; enfim, *Dasein* é sempre síntese”<sup>21</sup>.

Quis indicar Streck a mudança de paradigma interpretativo a ser utilizado pelos aplicadores da lei, especialmente aqueles que tem o poder de decidir nas mãos, pois ao sustentar essa tese reconhece o doutrinador a existência de uma crise nos padrões interpretativos adotados até então. Constatando que há uma crise no Direito como um todo refletindo em uma instabilidade social crescente, demandando do legislador uma resposta à sociedade.

Essa “resposta” efetiva, acaba por ser a edição ou alteração da legislação aplicáveis aos casos criminais, tais alterações ou criações são em sua maioria sempre no sentido de aumenta/agravação das penas aplicáveis ao caso é o que aquele doutrinador chama de reação simbólica do legislador. Isso porque as pesquisas realizadas na área criminal comprovam como essas medidas têm sido ineficazes, entretanto os legisladores e os governantes ainda não conseguiram propor uma melhor medida a ser tomada que não as que a população clama.

Com o tempo vai restando evidente que a solução clamada pela maioria populacional, desconhecadora dos estudos que permeiam a seara criminológica, não surtiu e nem surtirá efeito já que a escolha legislativa não foi pautada nas pesquisas que apontam o quanto são ineficazes essas medidas “populistas”.

Não é diferente com relação à lei de interceptações telefônicas, isso porque se observa uma institucionalização da escuta, ou seja, os órgãos persecutores se apropriam dessa legislação como se essas legitimassem o uso abusivo por parte deles em nome do interesse social, sob um discurso de proteção para de toda sociedade.

No entanto, pela análise das decisões que deferem as cautelares de interceptações o que se vê é uma contaminação dos discursos pela pré-compreensão que o julgador faz acerca de critérios subjetivos sobre a pessoa do acusado. Fato que dificulta em muito a aplicação do

---

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado.2001

direito em sua essência, isso porque há um dever moral do julgador se distanciar e além disso não se deixar influenciar por essas questões.

Como forma de estabelecer um método a ser aplicado a essas decisões, uma das medidas a serem observadas seria essa, a de não “julgar” e aqui a palavra julgar no sentido de juízo de valor pessoal da pessoa que irá julgar a pessoa do acusado pela sua aparência física ou sua maneira de falar, alguns do que aqui consideramos critérios subjetivos. É um bom começo para aqueles que pretendem respeitar o Estado Democrático de Direito em sua plenitude.

Isso porque, esperamos ver que distinções existentes nos dias atuais sejam abolidas de vez da nossa sociedade, assim esperamos de fato que a submissão aos tribunais das pessoas de alto poder aquisitivo e as de baixo poder aquisitivo lutando em pé de igualdade para provar a sua inocência ou pela aplicação de uma pena justa não tendo qualquer tipo de privilégio ou de detrimento por qualquer dessa classe de pessoas.

Como segunda medida, sem qualquer prejuízo de ordem, deveria o julgador se colocar diante da norma de maneira que ela fosse singular, ou seja, cada caso exige daquela determinada norma uma interpretação e uma aplicação individualizada sem qualquer resquício do que o julgador acha que aquele determinado caso se enquadre dentro de um rol pré-existente do que aquele crime acarreta de conduta, razão pela qual faz jus que se aplique as medidas pré-concebidas sobre aquele fato para aplicá-las.

Não se quer aqui menosprezar a capacidade intelectual de juízes, procuradores, promotores ou delegados, mas tão somente lembra-los que também estão limitados pela sistemática constitucional garantista que aqui se pretende expor. Parece-nos que a visão Estado Democrático de Direito na leitura desses órgãos está um tanto deturpada por conta da relativização sustentada por eles, nesse sentido assevera Streck:

“Não há dúvida de que no Brasil, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito – em que o direito deve ser visto como instrumento de transformação social – ocorre uma disfuncionalidade do direito das instituições encarregadas de aplicar a lei. O direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza está assentado em um paradigma (ou modelo de direito) liberal-individualista que sustenta essa disfuncionalidade, que paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade! Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modelo de direito representado pelo Estado Democrático de

Nesse contexto incluem-se o caso das sucessivas renovações de interceptação telefônica autorizadas de maneira deliberada, sem uma análise caso a caso por parte do magistrado que de uma maneira quase que automática vai proferindo decisões padronizadas. Vez que os casos cada vez mais se repetem, mas os personagens e os diversos contextos sejam diferentes, nesse sentido há que se reconhecer que o volume de processos é grande, mas esse não pode ser o motivo para a repetição das decisões de maneira padrão.

Do mesmo modo, aos defensores e promotores cabe o papel fundamental de buscar em suas respectivas peças a individualização das condutas e a melhor narrativa dos fatos, não se atendo aos famigerados modelos sem descaracterizar a importância estrutural que o modelo traz consigo, mas o uso correto do direito o necessário ajuste da jurisprudência em favorecimento de uma mais atual e o poder que a uma petição sintética pode ter é de grande valia.

Assim, a responsabilidade não é única exclusivamente dos magistrados mais também de todo sistema judiciário como um todo que trata os envolvidos no processo criminal, especialmente os que envolvem interceptação telefônica nas suas diversas modalidades, como se estivéssemos diante de uma linha de produção alimentadas pelo fenômeno social a que denominamos crime. Esse é um dos principais fatores que contribuem para a manutenção da sistemática penal na forma em que se encontra atualmente.

Sem pretensão de alcançarmos o processo penal ideal, nem tampouco uma sobreposição da legislação infraconstitucional sobre a Constituição Federal o trabalho a ser desenvolvido por todos os partícipes desse complexo e desequilibrado sistema é tenta-lo mantê-lo estável pelo maior tempo possível, usando para isso de critérios que se harmonizem com a situação trazida a lume.

Dessa forma, os juízes devem sim observar a sistemática constitucional quando estiverem diante de uma violação a um direito fundamental, ainda que esse direito seja regulamentado por

---

<sup>22</sup> STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas. Lumen Iuris. Rio de Janeiro.2006. págs. 45/46

uma legislação ordinária ou complementar, pois se assim o estiverem a legislação regulamentadora não irá se sobrepor em hipótese alguma sobre a Constituição Federal.

Assim como os magistrados todos os envolvidos devem observar antes de fundamentarem suas decisões observando estritamente o texto infraconstitucional, pois um equívoco na sua fundamentação/interpretação reflete em um dos direitos mais importantes, qual seja, a liberdade de locomoção dos acusados.

## **2. DOS DIVERSOS CONCEITOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PREVISTOS NA LEI 9.296/96**

Ao procedermos a análise da Lei 9.296/96, convém esclarecermos os diversos conceitos de interceptação que ela nos traz, seja para nos informar quais espécies não estão abarcadas pela lei seja para dizer de quais hipóteses são abarcadas por ela. É sempre importante lembrar que os conceitos definidos na legislação devem ter sempre como parâmetro o inciso XII do artigo 5º da nossa Constituição da República isso porque esse será sempre o alicerce a ser observado.

De forma a evitar confusões acerca das conceituações terminológicas sobre o escopo da Lei de interceptações telefônicas é necessário que se diferencie a comunicação por via telefônica da conversa entre presentes, bem como há que se verificar se houve interferência de terceiro na conversa ou se foi um dos interlocutores o responsável pelo registro do ato de comunicação.

Dessa forma, podemos elencar as seguintes espécies: comunicação telefônica com a interferência de um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores se denominando interceptação telefônica; comunicação telefônica, com interferência de um terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores denominando-se escuta telefônica há também a comunicação telefônica gravada por um dos interlocutores, sem a ciência da outra parte, chamada gravação telefônica clandestina.

Há uma quarta espécie classificando uma conversa entre presentes, interceptada por um terceiro não participante sem o conhecimento dos interlocutores chamada de interceptação ambiental e também uma quinta espécie classificada como gravação ambiental, que consiste em uma conversa entre presentes gravada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.

Essas classificações estão presentes na maioria da doutrina, especialmente na obra do professor Luiz Flávio Gomes que elencou expressamente as cinco situações possíveis da mesma forma a doutrina do professor Gustavo Badaró também previu as mesmas cinco situações se

assemelhando a com a classificação apresentada por Gomes bem como as definições correlatas a cada espécie elencada pelo doutrinador.

Nos dizeres de Gomes<sup>23</sup> a primeira espécie é a interceptação telefônica em sentido estrito configurada a partir da captação da comunicação telefônica por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores nessa espécie de interceptação a característica principal é a ingerência externa captando a comunicação dos interlocutores. A segunda espécie se trata de escuta telefônica, onde a captação da comunicação é feita por um terceiro com a ciência de um dos comunicadores e desconhecimento daquele que vai ter a liberdade restringida.

Vale ressaltar a sutil, mas sensível diferença entre interceptação e escuta, ao passo que na primeira não há ciência de qualquer das partes da captação feita na segunda uma das partes tem a ciência do procedimento que está sendo realizado. Assim, no primeiro caso ocorre a violação da intimidade de todos os envolvidos e no segundo somente quanto a uma das partes envolvidas na relação emissor e receptor.

Uma terceira espécie é a gravação clandestina ou gravação telefônica é a gravação de uma conversa realizada por um dos interlocutores, ou seja, o próprio emissor ou receptor porta aparelho com a finalidade captar conversa específica com interlocutor definido. A quarta espécie é denominada interceptação ambiental configurada a partir da captação de uma comunicação no ambiente em que ela ocorre, realizada por um terceiro, sem o consentimento de um dos comunicadores.

Além dessas também fazem parte do rol de espécies de interceptação o constante na doutrina de Greco Filho onde se encontra a quinta e última espécie denominada gravação ambiental configurada a partir da captação feita no ambiente em que ocorre comunicação feita por um dos interlocutores<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica. Comentários à lei 9.296 de 24.07.1996. 3ªEd. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>24</sup> Sobre as distinções ver também JESUS, Damásio E de Interceptação de comunicações telefônicas. RT 735, p 458-473

Alguns doutrinadores usam expressões diferentes para dizer a mesma coisa, assim o que aqui definimos por gravação telefônica clandestina outros definem como gravação unilateral clandestina<sup>25</sup>, ou gravação clandestina<sup>26</sup>. Há também a expressão tida como a mais correta com relação a espécie em questão que é a de gravação clandestina de conversa telefônica própria<sup>27</sup>, expressão pouco utilizada por seu caráter estritamente técnico.

Não raro os operadores do direito, como os julgadores, misturam as definições deixando o defensor do acusado muitas vezes confuso com o argumento que irá servir de fundamento para rebater e na maioria das vezes buscar a reforma da decisão. No entanto, a diferenciação entre as situações tem a finalidade de esclarecer que somente são objetos da Lei 9.296/1996 a interceptação em sentido estrito (interceptação telefônica) e escuta telefônica.

As outras situações não são abarcadas pelo regime jurídico daquela legislação, entretanto entre aquelas hipóteses há previsão na Lei nº 12.850/2013 (revogou a lei 9.034/1995) conhecida como lei do crime organizado que admite as espécies de captação ambiental de maneira análoga a prevista na lei que foi revogada, guardada a devida proporção já que a lei revogante trouxe uma redação mais ampla e atual, mais adequada aos dias de hoje conforme inciso II do artigo 3º da Lei 12.850/13.<sup>28</sup>

Incontestável é a necessidade de lei regulamentadora expressamente prevendo como as gravações telefônicas e as captações ambientais devem ser utilizadas tanto no processo penal como no processo civil, isso porque tais situações envolvem via de regra intimidade e privacidade. Caso não haja lei expressa prevendo tais situações estaríamos diante de violação clara ao dispostos no inciso X do artigo 5º da CF/88 asseguradores da privacidade e da intimidade.

Em que pese a confusão linguística na diferenciação daquelas espécies o Superior Tribunal de Justiça em esclarecido voto do Ministro Relator do HC 161.053/SP fez a necessária

---

<sup>25</sup> GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006

<sup>26</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal e Constitucional. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2006

<sup>27</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. In. A marcha do processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000

<sup>28</sup> Art. 3º - Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de prova:

II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos;

separação para melhor entendimento do caso e transparência da legislação a necessária distinção. Confira-se:

De início, cumpre diferenciar as diferentes espécies de interferência nas comunicações telefônicas. A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal. Por sua vez, a escuta é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro. A escuta e a gravação telefônicas, por não constituírem interceptação telefônica em sentido estrito, não estão sujeitas à Lei 9.296/1996, que regulamentou o artigo 5º, inciso XII, da Carta Magna, podendo ser utilizadas, a depender do caso concreto, como prova no processo<sup>29</sup>

Vale salientar nesse mesmo caso, o importante acerto na decisão desse julgado que decidiu que os casos de interceptação telefônica que necessitam de ordem judicial o fato de um dos interlocutores autorizar posteriormente a divulgação da conversa que foi interceptada não convalida a prova captada ilegalmente.

Isso porque o caso em questão se tratava de caso em que o marido desconfiava que sua mulher tinha um amante e por isso resolveu por conta própria interceptar a comunicação telefônica entre ela e seu suposto amante, pelo que descobriu que na sua ausência a mesma marcava com ele pelo telefone e ministrava o medicamento “Lexotan” para as duas filhas.

Assim, o magistrado de maneira acertada fez aplicar de maneira adequada a legislação que se amolda perfeitamente ao caso em questão, pois o que o marido fez foi interceptação em sentido estrito na medida em que nem a esposa e seu amante tinham conhecimento que estavam sendo interceptados e que tal gravação para ser aceita deveria ter sido autorizada judicialmente, fato que não ocorreu.

Sendo assim, ainda que a sua esposa autorizasse, o direito fundamental previsto na constituição parâmetro que foi observado para a edição da lei de interceptações se sobrepõe devendo ser aplicado de forma cogente. Ademais, a mesma legislação prevê crime para aqueles que se utilizarem de interceptações que não foram autorizadas pelo juízo competente<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> STJ, HC 161.053/SP, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03.12.2012.

<sup>30</sup> Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos e multa.

Importante destacar esse caso, pois exemplifica que o elemento volitivo da acusada foi relegado à segundo plano de forma que a decisão do magistrado assegurou a efetividade de uma regra que advém de uma norma de caráter fundamental, concretizando um princípio penal muito importante que é o da legalidade.

Como bem assinalado anteriormente, em que pese toda disposição legislativa sobre interceptação telefônica de certa forma tudo dependerá da interpretação que irá ser utilizada para solução de determinado. Muitos doutrinadores têm tentado encontrar uma técnica de decisão adequada para que os operadores do direito responsáveis por julgar, os magistrados, possam dela fazer uso.

Ocorre que ao assim procederem, incorrem em verdadeiro equívoco isso porque ao coletarem as premissas sobre as quais serviram de base para a construção da técnica ficam de fora aquelas que surgem depois dessa coleta e possuem características peculiares. Isso não quer dizer que essa atitude é sempre nociva ao direito, pelo contrário há diversas técnicas criadas com base nesse recorte.

No entanto, há que se ter cuidado ao fazer esse recorte metodológico, pois em se tratando de regras que preservam na natureza de sua criação o fato de derivarem de normas fundamentais é suficiente para que haja um erro epistêmico no fato de procurarem um padrão para encaixar os casos em que haja interceptação. É inegável que existem muitas decisões incongruentes, muito em razão dos volumes de processos que são distribuídos.

Há de se ressaltar o quantitativo de processos que seja por via originária, seja por via derivada (ordinária) chegam aos Tribunais Superiores, que em função de um dos princípios norteadores, o da celeridade, precisam dar uma resposta rápida e eficaz para o jurisdicionado. Entretanto, essa rapidez e eficiência tida ao longo tempo como característica própria do Poder Judiciário não pode perder em qualidade no sentido aplicação com conhecimento de causa.

Assim, há de haver a devida diferenciação entre os conceitos para que na razão de decidir fica claro para a defesa os pontos a serem impugnados. Um conceito importante a ser esclarecido que traz importantes provocações é o conceito que a regra traz sobre comunicação telefônica e conversação telefônica.

Essa diferenciação se faz pertinente em razão das novas tecnologias utilizadas no emprego da comunicação entre pessoas, onde antes se verificava a ocorrência somente de conversa telefônica, atualmente se vê o envio e recebimento de sons, imagens, dados, informações entre outros. Nota-se, portanto, a mudança no conceito de telefonia atual motivo pelo qual deve o conceito jurídico acerca desse fato acompanhá-lo.

O conceito a que a lei faz referência então, não mais se restringe à apenas a conversação entre os interlocutores mais também toda troca de informação que seja pertinente para o embasamento de uma denúncia. O operador do direito deve dar a interpretação conforme o panorama social da época de modo a compreender a intenção da lei no seu sentido transcendental que lhe é próprio, não a tornando letra morta.

Nesse sentido a Doutrina do Professor Luiz Flavio Gomes<sup>31</sup> assevera:

“É deveras pertinente a denominada interpretação progressiva, mesmo porque, como destaca Jose Cichoki Neto, enquanto a norma jurídica integrando-se ao ordenamento permanece com sua descrição inicial, os fatos sociais dinamizam-se perenemente em amplitude, espécie e número; o que importa numa lei, em última análise, não é a “*volunta legislatoris*, senão a *volunta legis*, o legislador, aliás, criando leis para viger no futuro, tem necessariamente de levar em conta a variação futura dos fatos e, por isso, na medida do possível, sopesa-os e seleciona-os, para serem abarcados pela lei segunda sua vontade”.

Assim o conceito de comunicação telefônica deve ser estendido para alcançar hipóteses atuais que por conta da evolução tecnológica e o rigor técnico a que os julgadores se prendem acabam por fugir ao escopo da lei, e conseqüentemente descriminalizando as condutas praticadas pelos suspeitos. Logo a comunicação telefônica atualmente deve ser entendida como qualquer tipo de comunicação telefônica permitida em razão do desenvolvimento tecnológico.

Não obstante ao aumento do espectro do significado de comunicação telefônica, convém salientar que deve sempre ser interpretado em caráter restritivo na medida em que se trata de direitos fundamentais de suma importância onde o sigilo e a regra enquanto a interceptação é exceção. Nesse sentido interessante é o posicionamento do professor Vicente Greco Filho estreitando o significado do conceito de comunicação telefônica.

---

<sup>31</sup> GOMES, Luiz Flávio. Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296 de 24.07.1996. 3ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014

Pois, segundo o doutrinador a interceptação da comunicação telefônica é aquela convencional (tradicional), ou seja, somente conversas telefônicas com transmissão e recepção de palavras ou sons excluindo a transmissão de dados e as telegráficas. Vai mais além quando ressalta que a comunicação telefônica não se confunde com comunicação pela linha telefônica sob a justificativa que “telefone é aparelho de comunicação de voz, e que os outros instrumentos que se utilizam da linha telefônica não podem por essa razão serem equiparados”.

Sem prejuízo ao posicionamento adotado por esse doutrinador, a maior parte da doutrina com ele não concorda, justamente pelas razões que aqui já foram expostas no sentido de há como fazer uma interpretação conforme a constituição sem ferir uma garantia fundamental previsto no artigo 5º e assim em uma espécie de freios e contrapesos da interpretação se busca a concretização do Estado Democrático de Direito.

Esclarecedora é a posição de Antônio Scarance Fernandes<sup>32</sup> que diz:

No primeiro artigo está definida a abrangência da interceptação, que alcança qualquer forma de comunicação telefônica, incluindo-se a que se processa em sistema de informática e telemática. O fundamental, pensamos, é o uso da telefonia: tudo quanto hoje se comunica (ou se transmite) pela telefonia (sons, imagens, dados, escritos, informações, sinais etc.) é interceptável legalmente. É por isso que a lei diz “comunicações telefônicas, de qualquer natureza”

Afigura-se, portanto, inequívoca o texto da legislação da interceptação haja vista o uso da expressão comunicação em detrimento de conversação – que restringe – ao passo que a mesma discussão se cinge a partir do parágrafo único do artigo primeiro da lei quando faz referência expressa à “fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática”<sup>33</sup>. Ademais, a cada dia que se passa o mundo dá um passo a diante nas inovações tecnológicas, modernizando-se cada vez mais, de forma que com as comunicações não é diferente.

Nesse sentido, convém lembrarmos a ADIn 1.488-9<sup>34</sup> da relatoria do e. Ministro Néri da Silveira ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil onde o plenário do

---

<sup>32</sup> Em Boletim IBCCrim, n45, p15.

<sup>33</sup>BRASIL. Lei 9.296 de 24 de Julho de 1996, Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal

<sup>34</sup> Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Parágrafo único do art. 1º. E art. 10 da Lei 9.296/1996. 3. Alegação de ofensa aos incisos XII e LVI do art.5º da Constituição Federal, ao instituir a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática. Relevantes os

Supremo Tribunal Federal indeferiu o pleito de pedido liminar e logo após negou seguimento ante a ilegitimidade ativa *ad causam* da requerente. Não obstante, a não apreciação do mérito que poderá em algum momento ser suscitado novamente, a negativa da liminar demonstra certa inclinação para o não conhecimento da inconstitucionalidade.

Roga também pela constitucionalidade do parágrafo único o qualificado entendimento do Professor Geraldo Prado quando afirma que se os dados informáticos estiverem “estáticos”, ou seja, armazenados em um local a sua comunicação (transmissão) não poderá objeto de interceptação e caso seja estaríamos diante de uma violação à disposição constitucional.

Ao passo que se estivermos diante de dados transmissíveis, ou seja, dados que parecem quando da sua transmissão de forma que não repousem em nenhum banco de dados ou plataforma que seja similar e tais dados sejam destinados à instrução criminal ou investigação de mesma natureza sob a ótica de uma interpretação sistemática e teleológica da disposição constitucional com a lei não haverá colisão entre a garantia pretendida e a interceptação.

Colidi com o entendimento defendido pelo doutrinador Luiz Francisco Torquato Avolio ao dizer que as comunicações de dados não são passíveis de interceptação alegando ser o referido parágrafo inconstitucional sustentando parra tanto que a expressão comunicações telefônicas se referem exclusivamente as conversas telefônicas e que os outros meios de utilização do telefone importam em comunicação de dados, podendo portanto ser limitados no âmbito da lei aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Parece-nos um tanto incoerente o posicionamento defendido pelo doutrinador e aqueles que compartilham da mesma ideia, pois ao consentirem que os dados podem ser limitados por uma aplicação principiológica e não por disposição expressa de lei estaria a deixar ao bel prazer da relativização sem precedentes. Ao passo que se deixarmos dentro do escopo da legislação das interceptações saberíamos de fato quais parâmetros poderiam ser observados.

Enquanto os que assim entendem defenderiam a devassa na vida pessoal de alguém sob a justificativa de que a devida “quebra”, ou seja, o devido conhecimento daqueles dados seria

---

fundamentos da ação proposta. Inocorrências de *periculum in mora* a justificar a suspensão da vigência do dispositivo impugnado. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Medida cautelar indeferida. (Lex – JSTF 257/19)

medida proporcional em face de determinado fato (aplicação do princípio da proporcionalidade - inconstitucionalidade) outros defendem ser passíveis de interceptação e por essa razão caso não fossem obedecidas as regras que tutelam uma interceptação seriam desconsideradas.

Além do mais, já foi feita essa distinção entre comunicação de dados e dados em si, aduzindo que a apreensão de dados ao contrário do que maioria venha a inferir também carece de ordem judicial uma vez que se trata de direito a intimidade e a privacidade, não sendo então objeto de violação ao inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

É notória a importância que o telefone tem na vida pessoal de cada cidadão, a ponto de algumas pessoas afirmarem que a perda daquele bem móvel ensejaria a perda da própria vida, isso por conta da reunião em um só item tarefas das mais diversas, como o envio de dados e informações e imagens em que possam estar contidas práticas de crimes. Assim, inúmeros crimes graves podem ser cometidos ficando impunes se a restrição constante na lei for interpretada de maneira extrema causando sérios danos para a persecução penal.

Sendo a forma mais acertada a relativização do conceito para abarcar as hipóteses aqui tratadas até porque conforme entendimento pacífico a gravação telefônica clandestina, a gravação ambiental, a interceptação ambiental e a escuta ambiental encontram-se fora do escopo dessa lei, fato que comprova o comprometimento com o asseguramento dos direitos fundamentais.

É importante ressaltar que a finalidade da interceptação telefônica é a obtenção de uma prova que irá ser materializada, por meio das transcrições ou do auto circunstanciado, em um documento responsável por ratificar ou não os fatos afirmados no processo de modo a tornar a decisão judicial mais idônea demonstrando respeito não só para as partes ali envolvidas mais também para a sociedade que deposita sua confiança da prestação jurisdicional.

Assim, nos dizeres de Lênio Streck o previsto no artigo primeiro da lei prevê o que ele convencionou chamar de “ sistema de prévia verificação”<sup>35</sup>, baseado em três ideias:

---

<sup>35</sup> STRECK, Lênio Luiz. As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

Em primeiro lugar, a autorização da interceptação – escrita e fundamentada, como veremos melhor depois – deve ser concedida somente pelo juiz que for competente para apreciação da ação principal; juiz competente significa que, na hipótese de o investigado ter prerrogativa de foro, a autorização de interceptação somente pode ser deferida pelo juiz natural.

(...)

Em segundo lugar, a interceptação somente pode ser autorizada para constituir prova em investigação criminal ou em instrução processual penal.

(...)

O terceiro ponto – o sigilo do procedimento de interceptação – aparentemente poderá suscitar alguns problemas. Não há, porém, novidade na determinação do dispositivo, mormente se verificarmos o conteúdo do Código de Processo Penal. Não há violação do inciso LX do art. 5º da Constituição, até porque, se assim não o fosse, a própria interpretação estaria inviabilizada.

Não menos importante é a questão da quebra do sigilo dos dados telefônicos que representa o acesso à relação das ligações efetuadas e recebidas por determinada linha telefônica, sem acesso ao conteúdo da conversa. Não há, portanto, nenhuma relação com a interceptação telefônica já que essa se dá instantaneamente ao momento da comunicação.

Assim, esses registros que a comunicação produz, tais como: data da chamada, horário, número do telefone chamado, duração da comunicação, valor da chamada, todos esses dados são documentados e armazenados pela companhia telefônica (operadora) integram as famigeradas conta telefônicas e estão inseridas dentro do amplo conceito de privacidade.

Fato é que os dados telefônicos não gozam de sigilo absoluto, pode-se ter acesso aos registros que digam a respeito de chamadas pretéritas mediante autorização legal que seja distinta da Lei 9.296/1996. Devendo o magistrado ficar atento quando utilizar o princípio da proporcionalidade para autorizar o acesso aos registros, isso porque não será qualquer caso de investigação criminal ou instrução penal que irá justificar a medida invasiva.

Deve, portanto, observar o comando constitucional pertinente para que não extrapole a privacidade daquele que terá os registros devassados, buscando sempre outra medida a ser implementada. Desse modo, ao agir assim o Magistrado prova a sua inserção no Estado Democrático de Direito e simultaneamente zela pelo interesse social, pois afinal o Estado não litiga em processos criminais com paridade de armas e por essa razão deve carregar o maior ônus para produzir as provas incriminadoras.

O Superior Tribunal de Justiça inclusive já se manifestou esclarecendo a diferença supra apontada, dizendo:

(...) A quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e os números das linhas chamadas e recebidas, não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela Lei 9.296/96 (que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Constituição federal) ressalvadas constitucionalmente tão somente na investigação criminal ou instrução processual pena (...)<sup>36</sup>

Esses são conceitos muito importantes, pois esclarecem de fato o que cada nomenclatura significa pugnando pela plena estrita observância do conceito a ser utilizado quando o magistrado toma a sua decisão e facilita a defesa no manejo da sua peça e na exposição da sua tese concretizando o direito assim como tem que ser.

Claro que há e sempre irá haver uma diferença entre o que se espera que aconteça do que realmente é, o trabalho da disciplina jurídica com a contribuição da hermenêutica vem a suprir, em uma projeção mais ousada, ou melhor, vem a reduzir essas divergências para que haja a plenitude das normas jurídicas, afastando as zonas de penumbra das normas em geral.

Isso só será possível pelo amplo debate entre as diversas comunidades jurídicas de modo a contribuir para a harmonia entre os sistemas e a coesão nas decisões que formam a jurisprudência para que não se atenham aos critérios subjetivos do acusado e se mantenham afastadas dos interesses sociais de maneira geral.

Assim, faz parte da sistemática democrática os conceitos jurídicos penais bem definidos isso garante confiança na sistemática penal brasileira demonstrando ter um sistema processual penal brasileiro lógico que não é contraditório nos seus conceitos e institutos, não ferindo as garantias de um processo penal justo e mesmo condenando ou absolvendo mantém irretocada a sua integridade como órgão jurisdicional competente.

Dessa forma, os conceitos defendidos pela maioria da doutrina acabam por ser tachados de garantistas por serem asseguradores anteriormente das justas condutas elencadas pelo legislador e interpretadas sempre sob a ótica da constituição, fato que faz com que os que seguem essa ideia sejam rotulados de “defensores de bandidos”.

---

<sup>36</sup> EDcl no RMS 17732/MT, 5ª T., j. 23.08.2005

Contudo, não se trata somente da defesa do acusado ou suspeito, mas aqueles advogados que defendem a justa aplicação da morfologia dos procedimentos processuais penais ao assim proceder exemplificam para os outros ramos do direito como deve ser a devida aplicação e interpretação das normas. E mais, comprovam que a interpretação das regras sob a ótica constitucional em nada atrapalha a aplicação e a efetivação do direito.

### **2.1. Da interceptação telefônica como meio de pesquisa ou investigação da prova**

Antes de adentrarmos na natureza jurídica da decisão que defere a interceptação da comunicação, convém tratarmos sobre a classificação a que a interceptação está inserida. Para tanto precisamos destrinchar alguns conceitos acerca do termo prova procurando expor todos os seus significados e conseqüentemente a seu significado dentro do mundo jurídico.

É comum no mundo jurídico o emprego equivocado das expressões que circundam o termo “prova”, quais sejam, a expressão meio de prova, resultado de prova e elemento de prova tais espécies são previstas respectivamente nos artigos 155, 156 e 157<sup>37</sup> do código de processo penal regulando de maneira geral o tema.

Atualmente, se reconhece a polissemia do termo prova, no entanto há que ressaltar que a correlação adequada do termo no mundo jurídico faz toda a diferença, para acusação e para a defesa técnica – mais para a defesa porque na maioria das vezes não dispõe de recursos para elaborar uma defesa que se atenha a esses critérios minuciosos – pois, a depender da espécie de prova a decisão judicial que dela decorre pode ser considerada e robusta ou frágil.

Dentre as várias significações existentes a partir do termo prova, convém destacar três acepções esposadas por Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>38</sup>, que define a expressão “prova” como demonstração, como experimentação e como desafio. Segundo esse doutrinador na

---

<sup>37</sup> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício

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

<sup>38</sup> Nota sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)

primeira acepção provar significa apresentar elementos de informação idôneos para concluir se uma afirmação ou negação acerca da dinâmica de um fato é verdadeira.

Na segunda concepção a prova indica uma atividade ou procedimento com a finalidade de aferir o acerto de uma hipótese ou afirmação, ou seja, como o próprio termo diz nesses casos há a realização da espécie de amostragem para saber se determinada afirmação pode ser admitida como verdadeira, fundada ou provável. Por último, mas não menos importante é a prova no sentido de desafio ou competição como sendo um obstáculo a ser superado *como condições para se obter o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões*.

Fazendo-se a transposição das significações expostas anteriormente para o mundo processual segundo a classificação daquele autor, a prova no sentido de demonstração na seara jurídica estaria configurada quando há prova de um fato que reflete diretamente na decisão judicial na medida em que são apresentadas informações irrefutáveis fazendo com que seja verdadeiro enunciado acerca daquele mesmo fato.

Já no sentido de experimentação, pode ser considerada como toda a pesquisa ou diligência que se faz com a finalidade de apreender e analisar elementos necessários para confirmar ou refutar as asserções sobre aquele fato. Finaliza Gomes Filho definindo o emprego do vocábulo prova na acepção de obstáculo para definir as hipóteses relacionadas ao ônus da prova encargo direcionado a parte que acusa, na maior parte do caso o Ministério Público.

Além dessa distinção acerca do termo “prova” convém tratarmos das expressões bastantes usadas pela doutrina, presentes na obra do doutrinador Gomes Filho<sup>39</sup> na sua obra diferenciando os conceitos de fonte de prova, meios de prova e meios de investigação de prova. O primeiro definido pelo fato de designar pessoas ou coisas das quais se consegue extrair a prova razão pela qual se ramifica em fontes pessoais e fontes reais.

Quanto aos meios de prova, são definidos como as atividades ou ferramentas por meio das quais os dados são introduzidos e fixados no processo, essa classificação fica mais evidente quando estamos diante de um depoimento do réu, na medida em que o réu em si já é uma fonte real e o ato de testemunhar um meio de prova. Assim no processo acusatório a qual estamos

---

<sup>39</sup> V. *Notas sobre a terminologia da prova...* Págs.308-310.

inseridos não seria, em tese, admitido que o acusado faça prova contra si mesmo devendo tal testemunho ser admitido como instrumento de defesa.

Há ainda os chamados meios de pesquisa ou investigação que segundo aquele seriam procedimentos regulados por lei *com o objetivo de conseguir provas materiais e que podem ser realizados por outros funcionários*. Essa classificação se amolda perfeitamente às interceptações telefônicas, pois o ato de interceptar nada mais é do que meio empregado para obtenção do elemento de prova.

Não por acaso, a lei de interceptações ao definir que sejam esclarecidos qual empresa de telecomunicações fará a interceptação, que aparelhos utilizará confirma a característica procedimental da lei descaracterizando o argumento de quem defenda a interceptação como fonte de prova, o que há é uma operação técnica. Somente quando há a transcrição do conteúdo captado e o mesmo é submetido ao contraditório e a ampla defesa podemos dizer que estamos diante de fonte de prova.

Assim, a natureza jurídica da interceptação pode ser considerada como meio de investigação ou de pesquisa da prova enquanto que a sua transcrição pode ser admitida como fonte de prova desde que obedeça aos princípios constitucionais cogentes e observe a disciplina do sistema acusatório.

## **2.2. Natureza jurídica da decisão de “interceptação” e seus desdobramentos**

A Lei 9.296/1996 traz consigo toda uma sistemática quanto aos procedimentos que devem ser observados pelos órgãos e pessoas envolvidas com os crimes que possam ser passíveis da medida de interceptação. Dentre os artigos da referida lei, podemos afirmar que um dos artigos mais importantes é o primeiro, dado que define as hipóteses legítimas de interceptação esclarecendo logo após a necessidade ordem judicial como condição de validade.

Não menos importantes, são os artigos segundo e terceiro dessa lei quando diz que só haverá a necessidade de tais medidas se quaisquer das hipóteses previstas no artigo ocorrer, quais sejam, houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, a prova a

ser produzida puder ser feita por outros meios disponíveis e por fim, o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção<sup>40</sup>.

Para determinar essas hipóteses usou o legislador de técnica muito criticada no universo do direito, que é aquela produzida por meio de proposições negativas descrevendo casos em que as interceptações não são admitidas, tal método é conhecido como método de exclusão. Tal método colide com a Constituição uma vez que quis ela a enumeração de hipóteses taxativas de condutas passíveis de interceptação, o que não foi atendido pelo legislador.

Antes de adentrarmos os critérios legais estabelecidos pela Lei de interceptações, convém falarmos da sua natureza jurídica, qual seja, a medida cautelar tendo em vista o seu caráter provisório ou temporário a depender da medida que irá ser tomada. Importante destacar também acompanhando a maioria da doutrina estamos de acordo que a tutela cautelar não gera uma ação autônoma, mais tão somente uma medida de auxílio em relação ao processo principal.

Segundo Liebman<sup>41</sup> “o que caracteriza o processo cautelar é a sua função instrumental em face de um processo principal em relação ao qual visa a garantir a proficuidade do resultado”. Alinhado com esse pensamento está Barbosa Moreira quando sustenta que a tutela cautelar não seria um terceiro gênero ao lado das tutelas cognitiva e executiva, sob a justificativa que essas se afiguram como tutelas imediatas, assim asseverou o i. doutrinador:

“Creio que ela mais verdadeiramente se contrapõe ao processo de conhecimento e ao processo de execução considerados em conjunto, já que um e outro têm natureza satisfativa, visando, portanto, a tutela jurisdicional imediata, ao passo que o processo cautelar se distingue precisamente por constituir uma tutela mediata, uma tutela de segundo grau”

Dentre as principais características da tutela cautelar temos a instrumentalidade hipotética, a acessoriedade, a preventividade, a sumariedade e a provisoriedade, além dessas

---

<sup>40</sup> Art. 2 da Lei 9.293/1996: Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

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

<sup>41</sup> *Unità del procedimento cautelare. Problemi del processo civile*. Napoli: Morano.1962

são também características da tutela cautelar a referibilidade e a proporcionalidade utilizadas especificamente nas medidas cautelares de natureza patrimonial. Alguns doutrinadores não a reconhecem ou simplesmente a colocam dentro de outros conceitos existentes nas cautelares.

A começar pela instrumentalidade hipotética, essa característica vem a explicitar que a medida cautelar a ser tomada para determinado caso vem a ser o instrumento assegurado de uma futura hipótese de condenação formulada pela acusação. Muito por conta do fator tempo no processo, ou seja, caso não seja deferida a cautelar fica prejudicado o alegado pela acusação na sua denúncia, pois pode haver o perecimento pelo tempo quer se provar.

Alguns doutrinadores vão mais além quando afirmam haver uma dupla instrumentalidade na medida cautelar e de forma bem técnica defendem esse posicionamento falando que o processo não é um fim em si mesmo, ao contrário ele de nada servirá se não houver a previsão do direito material. Assim, esses doutrinadores dizem ser o processo instrumento do direito material e conseqüentemente a cautelar é instrumento para assegurar a utilidade e eficácia do resultado final do processo, por isso dupla instrumentalidade.

Calamandrei<sup>42</sup> ao tratar desse princípio inerente as cautelares consagra à medida cautelar característica do que ele convencionou chamar de *instrumentalidade qualificada* de forma que o procedimento cautelar se afigura como o instrumento do instrumento ressaltando bem esse caráter instrumental a ela atribuído.

Veremos de certo modo, que essa característica em muito se assemelha aos critérios estabelecidos nos incisos do artigo segundo da lei de interceptações, principalmente quando em seu inciso I destaca que a só será admitida *quando houver indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal*, isso representa fidedignamente o requisito conhecido na seara processual penal como *fumus comissi delicti*, enquanto probabilidade de ocorrência de delito.

É de se destacar também a acessoriedade da medida cautelar ao afirmar que o provimento cautelar não é um fim em si mesmo, tal característica decorre do fato dessa medida não ser considerada ação autônoma e por isso o caráter acessório. Ou seja, tais medidas servem de

---

<sup>42</sup> *Introduzione allo estudio sistemático dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

suporte ao processo principal e ainda que venham a ser atuadas em apartado, em uma eventualidade, não descaracteriza a finalidade de ser serviente.

Do mesmo modo destacamos a preventividade, onde o objetivo é prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação durante tempo suficiente para o desenvolvimento do devido processo legal, tal característica tem a finalidade de evitar, que caso o processo dure por muito tempo, a inutilidade ou ineficácia do provimento final geralmente o provimento de uma sentença penal condenatória.

Há que se explicitar diferenciação feita por Grinover, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes<sup>43</sup> quando ressaltam que não se deve confundir “*tutela preventiva com tutela cautelar ou antecipatória*” na medida em que a cautelar como visto anteriormente possui caráter instrumental e visa assegurar o próprio processo ao passo que a tutela preventiva ocorre uma verificação prévia do direito em função da urgência que lhe é exigida.

Nesse sentido há que se fazer um paralelo entre essa característica e o disposto na lei 9.296/1996 no artigo segundo, pois estamos de mais um requisito intrínseco pertencente nessa lei que é o fato de a interceptação autorizada ser tida como único meio possível para se obter a prova. A disposição do inciso II desse artigo deixa claro quando a contrário senso diz *a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis* demonstrando o porquê de ser considerada cautelar.

Quanto a característica da provisoriedade do provimento cautelar muito tem a ver com o critério que falaremos melhor adiante quando tratarmos das sucessivas renovações de interceptação tema central do presente trabalho, nos reservamos por ora de deixar de falar dessa característica para tratarmos desse tema quando estivermos inseridos no contexto do artigo quinto da lei em comento.

A tutela cautelar também tem como característica a cognição sumária, ou seja, não se destina o juízo acerca da medida cautelar a esgotar a matéria versada no processo principal, mais tão somente em razão da urgência da medida até mesmo por conta do momento em que é requerida, qual seja, antes do término da instrução ou do processo. Tal característica está

---

<sup>43</sup> *Recursos no Processo Penal*. 3ª Ed. São Paulo: Ed. RT,2001.

intimamente ligada ao *fumus comissi delicti*, pois é com base nessa probabilidade que é decidido.

Nesse sentido, vale ressaltar que a cognição realizada não pode ser tão profunda sob pena de esvaziar a finalidade e o significado da cautelaridade pretendida. Seguindo essa linha de raciocínio Ovídio B. da Silva<sup>44</sup> assevera que “*não se pode pensar em verdadeira tutela de simples segurança instrumentalizada por meio de um procedimento ordinário*” já que a celeridade é condição inafastável que reveste o provimento cautelar.

É no mínimo incoerente que se faça em sede de provimento cautelar uma cognição minuciosa acerca dos fatos assim, em outras palavras Ovídio sustenta que a cognição exauriente a que o magistrado tivesse de desenvolver, quando fosse instado a prestar a tutela cautelar se afigura “inútil e supérflua” incompatível com a urgência necessária.

Não se quer dizer que ao assim proceder o julgador despreze os princípios constitucionais penais existentes, tal como o princípio da presunção de inocência, mitigado perante o julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP onde abriu-se um precedente para execução provisória da pena em segunda instância contrariando-se disposição constitucional expressa. Mas o julgador quando da decisão de uma medida cautelar pode-se eximir de proceder a uma cognição exauriente devendo observar o *fumus comissi delicti e o periculum libertatis*.

Reiterando o entendimento esposado por Ovídio, Dinamarco<sup>45</sup> seguindo essa lógica afirma que essa celeridade da apreciação do provimento cautelar impede uma análise profunda por isso afirma que o “*juiz na instrução sumária que faz no processo cautelar, não passa da superfície, apreciando apenas o quesito da aparência da existência de um direito*”.

Assim presente esses cinco elementos em uma decisão, podemos afirmar que essa decisão é uma medida cautelar, pois conforme dito anteriormente a medida cautelar é ato que tem a finalidade de resguardar o desenvolvimento regular do processo penal através de uma medida que recai sobre a pessoas do acusado ou investigado de forma a impor uma restrição em caráter temporário ou provisório.

---

<sup>44</sup> *As ações cautelares e o novo Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

<sup>45</sup> *A instrumentalidade do processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

Clara nesse sentido é a redação do artigo 282 do Código de Processo Penal<sup>46</sup> que em especial carrega intrinsecamente todos esses critérios de forma implícita na sua redação impondo como condição para aplicação a utilidade para investigação ou instrução criminal e que tais medidas se mostrassem adequadas a gravidade das condutas supostamente praticadas pelo acusado.

De forma bem genérica a disposição desse artigo chancela as interceptações ao permitir que os casos em que haja necessidade de investigação criminal ou instrução criminal com a finalidade de se coibir a prática de atividade lícita, sem embargo da adoção de outras medidas diferente da interceptação.

São características da tutela cautelar também, a referibilidade e a proporcionalidade, atributos esses segundo a melhor doutrina pertencente somente a classe das medidas cautelares que envolvem natureza patrimonial. Tem-se por referibilidade o ato de vincular e conectar a um determinado caso a medida cautelar apropriada que se pretende assegurar, repare que essa também é uma característica implícita da interceptação das comunicações telefônicas.

Essa característica está intimamente ligada a proporcionalidade, pois há que se guardar uma relação lógica entre o que se quer assegurar e o provimento final da tutela jurisdicional penal. Assim, a presente característica vem como um limitador para a referibilidade ao mesmo tempo em que é decorrência lógica da instrumentalidade e da provisoriedade.

Assim, o nos dizeres do professor Gustavo Badaró<sup>47</sup> a característica proporcional da tutela cautelar penal poderia ser entendida como o gravame causado pela tutela cautelar que dever ser proporcional a constrição ou restrição que poderá ser causada ao direito como provimento final. Transpondo-se esse atributo para os dizeres da lei de interceptações telefônicas podemos afirmar que está diretamente ligada ao previsto no inciso III do artigo segundo da lei.

---

<sup>46</sup> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:  
I – Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;  
II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

<sup>47</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Segundo esse artigo se afigura proporcional a medida de interceptação nos fatos que constituem infração penal cominada, no máximo, com pena de detenção. Quis a lei assim, em um primeiro momento sem abrir brechas para outras hipóteses, que os crimes que não fossem cominados com pena de detenção não fossem passíveis a essas medidas, por uma questão bem óbvia a regra é o sigilo a exceção é a interceptação, logo concluiu o legislador que crimes de menor potencial ofensivo em sua maioria não seriam alcançados por tais medidas.

Há que ressaltar com relação a essa característica que muitos julgadores ao atribuírem medidas cautelares não se atentam à proporcionalidade que se espera. Razão que enseja por parte dos defensores o manejo de Recurso de Habeas Corpus ou Recurso Ordinário em Habeas Corpus para refutar que tal medida não se afigura proporcional sobre aquele caso. Nesse sentido em HC do Tribunal de Minas Gerais<sup>48</sup>:

HABEAS CORPUS. FURTO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. MEDIDA CAUTELAR DESPROPORCIONAL E MAIS GRAVOSA DO QUE A PROVÁVEL CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DESCARCARIZADORES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1- A prisão cautelar só se legitima quando, além de presentes os requisitos e as hipóteses autorizadas descritas no art. 312 do Código de Processo Penal, não exceder o mal que pode ser causado pela imposição da reprimenda a ser aplicada em caso de eventual condenação. 2- Se ao final da persecução criminal por furto não restar materializada a imposição de cárcere, face à possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, vez que se trata de paciente primário, ilógica a manutenção da privação de sua liberdade durante a instrução criminal, devendo o status libertatis ser restabelecido, em homenagem ao princípio da presunção de inocência constitucionalmente garantida. 3- Ordem concedida, com aplicação de medidas cautelares.

Essa questão de a medida cautelar imposta pelo juízo ser desproporcional é causa recorrente nos juízos nos estados da Federação, nos tribunais de todos os estados a enxurrada dessa espécie de recurso constitucional é comum, com a finalidade da reversão da medida que primariamente foi imposta ao acusado ou ao investigado.

Pelo que se concluiu que há presente nos tribunais uma interpretação com verdadeiro equívoco, pois não se observa as características básicas da cautelar, a acessoriedade da medida ao passo que se quer antecipar muitas das vezes um provimento final de condenação e ao

---

<sup>48</sup> TJ-MG - HC: 10000140324450000 MG, Relator: Antônio Armando dos Anjos, Data de Julgamento: 03/06/2014, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/06/2014)

contrário do que dispõe outro requisito básico que é o da cognição sumária o julgador acaba por via transversa fazendo um juízo de cognição exauriente.

Ao agir assim acaba o magistrado por desrespeitar a forma do procedimento como tem que ser e citando mais uma vez o emérito professor a forma no processo penal é garantia, garantia de que o Estado faz o seu papel de persecutor de acordo com as regras do jogo, ou seja, pratica seus atos chancelados pela legislação em vigor, sempre interpretando os direitos fundamentais de maneira restritiva obediente ao comando constitucional.

Logo, é oportuno tais esclarecimentos, pois após essa breve exposição fica claro que os elementos supracitados além de outros que veremos a frente estão presentes quando do deferimento da decisão que autoriza a interceptação pelo que podemos afirmar com veemência que a natureza jurídica da interceptação é provimento de tutela cautelar conforme já explicitado

Assim ao entendermos que a decisão que decide sobre a interpretação tem natureza jurídica de medida cautelar, muito se esclarece sobre como ela deve ser encarada e tratada no bojo de uma investigação ou de um processo, ante ao seu caráter de excepcionalidade.

Importante frisar que a interceptação é meio de obtenção de prova e não o meio de prova, isso porque esses são formas pelas quais se levam aos autos um elemento de prova hábil a esclarecer ao Juiz a *verdade* de um fato enquanto aqueles são os instrumentos utilizados para a colheita de fontes ou elementos de prova. Sensível, mas absolutamente importante tal diferença para se entender melhor o mecanismo das interceptações telefônicas.

Isso porque na redação da lei, trata-se a interceptação como meio de prova e não meio de obtenção de prova como deveria ser na medida em que o ato de interceptar a ligação não é um fim em si mesmo pois não demonstra ao Juiz um fato juridicamente relevante para a formação do convencimento, mas tão somente que o instrumento utilizado para a captação daquela prova foi a constante na lei 9.296/1996 de onde se inicia o primeiro juízo de valoração.

Em que pese tais medidas já estarem sendo amplamente aceitas, é no mínimo impreciso que tais medidas sejam encaradas como regra ao invés de exceções. É possível fazer tais informações tendo como parâmetro o banco de dados fornecidos pelo portal da Corregedoria Nacional de Justiça revelando números alarmantes acerca das interceptações, tal sistema

conforme dizeres extraídos do próprio portal concentras as informações sobre interceptações feitas nos tribunais.

Números alarmantes são aqueles que demonstram a quantidade de telefones interceptados que atingiu o auge em julho do ano de 2017 quando foram objetos de escuta 2.060 telefones no âmbito do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, fazendo um recorte desde janeiro de 2015 até julho do ano de 2017 a média de telefones interceptados supera os 1.400, fato que demonstra o uso indiscriminado desse tipo de medida nas investigações em geral.<sup>49</sup>

E além disso revela tais medidas podem estar sendo usadas contra crimes de menor potencial ofensivo ao invés das medidas despenalizadoras possíveis na medida em que crimes como furto e o estelionato, por exemplo, em tese admitiriam interceptação telefônica por parte da autoridade legitimada.

No entanto, há que se levar em consideração a análise do caso a caso, pois há hipóteses em que o furto pode ter como pena em concreto somente multa ou o estelionato que pode ser passível de suspensão condicional do processo

A decisão que defere o provimento cautelar além das características a ela inerentes deve estar bem fundamentada, conforme expressa disposição constitucional que tutela as decisões judiciais em geral na forma do seu artigo 93, inciso IX<sup>50</sup> ao falar que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas sob pena de serem consideradas nulas. Seguindo essa lógica a legislação em comento também previu expressamente a fundamentação da decisão que defere a interceptação constante no artigo 5º da Lei 9.296/1996, que diz:

Art.5. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma da execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

---

<sup>49</sup> Pesquisa realizada no site: [http://www.cnj.jus.br/interceptacoes\\_tel/relatorio\\_quantitativos.php](http://www.cnj.jus.br/interceptacoes_tel/relatorio_quantitativos.php) em 29/10/2017

<sup>50</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

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

A primeira parte desse artigo é esclarecedora e nítida quando obriga que a decisão além de estar fundamentada deverá indicar o *modus operandi* da operação de interceptação, muito por conta da importância que é restringir um direito fundamental de forma a zelar ao máximo pela aplicação da legislação em observação aos princípios constitucionais limitadores.

Há também dentro desse espectro uma zona de penumbra da norma, isso porque a decisão de interceptação ainda deve conter a qualificação do investigado e a clareza do que irá ser objeto dessa medida, isso dá ensejo a uma discussão sobre a possibilidade de outros fatos criminosos que venham a ser descobertos bem como vem ou virão a ser praticados por outras pessoas que não as indicadas na decisão de interceptação da forma da lei.

Onde podem ocorrer quatro situações, a primeira quando é autorizada a interceptação para apuração de determinado crime praticado por determinada pessoa ou pessoas e são descobertos outros crimes praticados por essa mesma pessoa (ou pessoas); a segunda, quando é autorizada a interceptação para averiguação de determinado crime praticado por certa pessoa e é descoberto não só o crime pretendido, mais também o envolvimento de outras pessoas, coautoras ou partícipes desse crime.

A terceira quando é autorizada a interceptação para apuração de determinados crimes praticados por certa pessoa e são descobertos os crimes pretendidos, mais também o envolvimento de outras pessoas; e a última situação em que é autorizado a interceptação para apuração de determinado crime praticado por determinada pessoa, e é descoberto outro crime praticado por outra pessoa ou outros crimes praticados por outras pessoas.

Em que pese a divergência doutrinária, o melhor entendimento em observação a interpretação constitucional de norma de direito fundamental em relação a primeira hipótese nos novos crimes descobertos desde que sejam conexos ao crime objeto da interceptação e caso não sejam a interceptação não é válida como prova, mas pode servir como *notitia criminis* a ser encaminhada a autoridade competente para averiguação e eventual prosseguimento.

Em relação a segunda e terceira hipóteses a prova colhida somente será válida em relação aos novos crimes já que há um concurso de pessoas para o cometimento de uma mesma infração ou infrações penais que foram objeto de interceptação. Na última hipótese a prova

obtida não é considerada válida na medida em que o crime ou criminoso distinto do objeto da interceptação motivo pelo qual de maneira análoga a primeira hipótese o mesmo só servira de base para a *notitia criminis*.

Via de regra, há um princípio implícito na lei 9.296/1996 que é o da congruência ou identidade, segundo qual deve haver uma correlação entre o fato e o sujeito passivo indicados na decisão e o fato e o sujeito passivo que são investigados bem como há que se ter uma identidade entre o que se procurava investigar e o que efetivamente foi encontrado. De sorte que caso se encontre algo que extrapole o que estava ali previsto deve haver a imediata comunicação ao juiz competente para que faça juízo de valor a respeito.

Por essa razão, parte da doutrina entende que o encontro fortuito não é válido como prova em nenhuma hipótese em uma interpretação legalista e restritivíssima da lei em comento, como é o caso da doutrina do professor Damásio de Jesus<sup>51</sup>. Enquanto outros adotam o posicionamento de que só aqueles crimes conexos com o crime objeto da interceptação, pelo critério da conexão seria válido, corrente adotada pelo professor Vicente Greco Filho<sup>52</sup>.

Há um entendimento mais reacionário adotado por doutrinadores, a exemplo de Antônio Scarance Fernandes, Grinover e Gomes Filho<sup>53</sup> que defende que em todos os casos as interceptações seriam lícitas uma vez que houve ordem judicial para tanto. Respeitamos a posição esposada pelo doutrinador, mas ousamos discordar por toda lógica que vínhamos seguindo sobre a interpretação da regra sob a ótica constitucional de interpretarmos norma oriunda de direito fundamental conforme a constituição sem prejuízo para a parte tão pouco para o direito.

Admitimos então que o posicionamento mais adequado seria usar dos critérios da conexão/continência para identificar em qual das quatro hipóteses estariam inseridos o caso a ser resolvido, não permitindo consequentemente que nenhum direito fundamental seja violado ao mesmo tempo que permite ao Estado a investigação de prática de suposto crime sem violar garantias constitucionais do suposto autor de determinado fato.

---

<sup>51</sup> V. *Interceptação de Comunicações*. Pag. 467.

<sup>52</sup> V. *Interceptação telefônica*. Op cit. Pag. 34-35.

<sup>53</sup> V. *As nulidades no processo penal*. Pag. 167.

Nesse sentido é esclarecedor os dizeres de Luiz Flávio Gomes, sobre o quão importante é respeitar a morfologia dos procedimentos constantes no Código de Processo Penal, além dos outros que estão previstos nas legislações extravagantes como a lei de interceptações telefônicas, por essa razão assim asseverou:

“O que acaba de ser descrito revela uma coisa que o povo, de um modo geral, especialmente quando está indignado com as notícias de altos índices de violência, tem muita dificuldade de compreender: que o direito é constituído de formas jurídicas. Sobretudo o direito de provar um fato está cheio de formas jurídicas (não se pode obter uma prova a qualquer preço, não se pode descobrir a verdade de qualquer maneira). Existem formas jurídicas que são garantias em prol de um devido processo legal. As formas jurídicas podem gerar impunidade? Não há dúvida, podem. Mas esse é, excepcionalmente, um dos preços que devemos pagar para viver sob a égide do Estado de Direito. O direito tem regras, tem formas (que fazem parte do devido processo legal). Quando essas regras não são observadas o produto produzido (ou encontrado) não tem valor jurídico. A opinião pública, que confia tanto na eficácia das leis penais, fica muito frustrada quando o réu, por problemas técnico-jurídicos, fica impune. Mas é assim que, às vezes funciona o Direito, que não constitui um instrumento absoluto para a realização do valor justiça.”<sup>54</sup>

Perfeito em sua sustentação o doutrinador se coloca ao mesmo tempo ao lado das normas constitucionais sem desprezar o que dispõe a regra que nasceu para essa finalidade demonstrando a convivência harmônica entre elas, o que dá mais segurança jurídica para o cidadão no que toca ao respeito aos seus direitos, como intimidade e privacidade.

O mesmo não se pode dizer da jurisprudência, já que em alguns julgados se mostra vacilante no sentido de admitir como prova válida fatos que não há ocorrência de conexão ou continência com o objeto da interceptação, assim temos:

“Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria lei 9.296/1996 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. II – A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne às infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. *Habeas Corpus* denegado”<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> GOMES, Flavio Luiz. Op. Cit. Pág. 118.

<sup>55</sup> STJ, HC 69552/PR, 5ª T., j. 06.02.2007)

Não obstante ao pensamento do e. julgador, teratológica é tal decisão isso porque ao tomar conhecimento de indícios da prática de crime diverso do pretendido, o mesmo deve ser objeto de nova investigação preliminar sob pena de se desviar até mesmo foco da presente investigação, ao passo que o novo acusado ou o mesmo acusado a depender do caso deve tomar ciência da nova acusação para assim poder se defender.

Não pode o legitimado para tal destinar a interceptação para aferir se de fato há crime tráfico de entorpecentes e ao final de escuta devidamente autorizada denunciá-lo pelo crime de extorsão mediante sequestro, por exemplo, violaria o princípio da ampla defesa e do contraditório gerando consequentemente a nulidade do procedimento.

Em que pese entendimentos admitindo tal possibilidade, a maioria da jurisprudência segue no sentido da tese da conexão ou continência dos crimes encontrados fortuitamente, espera-se, portanto, que o entendimento contrário seja suplantado por esse.

### **3. DAS SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES**

Ponto central do presente trabalho é a questão das sucessivas renovações das interceptações telefônicas e como essas ocorrências tem sido tratada perante os tribunais, no sentido de haver uma preterição das classes mais desfavorecidas economicamente já que não podem dispor de uma defesa técnica de modo a fazer com que o magistrado análise o caso desconsiderados os estigmas que certa classe de pessoas sofre quando o assunto é o cometimento de um delito.

A discussão então cinge-se sobre como as decisões que deferem a renovação tem ocorrido e se essas diversas renovações seriam referendadas pela lei além do demonstrar o entendimento dos doutrinadores e da jurisprudência acerca do tema, dissecando o instituto. Sempre atento a sensibilidade do momento social procurando projetar um futuro para a legislação no que diz respeito a esse assunto frente a política de encarceramento existente atualmente no Brasil.

Assim, convém para tanto iniciarmos pela característica inerente as medidas cautelares como um gênero que deixou de ser analisada em momento anterior para aqui ser melhor explicada. Essa característica é a provisoriedade, o próprio nome já dá entender que dinâmica essa característica tem, qual seja a de algo que tenha efeito passageiro como uma medida cautelar, no entanto não está somente relegada a isso.

A provisoriedade, portanto, é provimento cautelar provisório pois seus efeitos somente têm fim ante a superveniência de um evento sucessivo, de modo que a medida cautelar pode ser provisória ou temporária. Dois conceitos importante de serem destacados, isso porque cada qual tem significados diferentes.

Ao falarmos que algo é provisória estamos a dizer que seu limite temporal ou de duração está condicionado à ocorrência ou a não ocorrência de outra situação processual, ao passo que ao falarmos em temporária estamos de algo que tem uma duração bem mais limitada pelo tempo, medida que tem tempo certo para que seus efeitos tenham aplicabilidade.

Somada a essa característica, ora apresentada, podemos falar que o magistrado ao deferir a interceptação com base na lei 9.296/1996 estaria a deferir uma medida cautelar, vez que preenche todos requisitos inerentes a ela, ainda que alguns sejam mitigados como iremos ver.

Nos cabe agora rememorarmos o artigo 5º da lei 9.296/1996 que diz:

Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

O referido artigo define o prazo de 15 (quinze) dias para a duração da interceptação, renováveis inicialmente pelo mesmo período somente uma única vez, no entanto seria perfeitamente aceitável uma interceptação que dure menos que 30 dias tendo em vista que esse seria o prazo máximo. Essa seria a literalidade da lei e a melhor interpretação a ser feita de acordo com os parâmetros constitucionais.

Não seria lógico que a legislação autorizasse a interceptação por tempo indeterminado, haja vista que de acordo com a disciplina constitucional a regra é a inviolabilidade dessas comunicações de que trata a lei, logo a presente lei deveria vir de alguma forma a estabelecer um tempo razoável para duração da interceptação de forma a resguardar o papel do Estado de investigar fatos de maneira lícita.

No sentido de dar ao referido artigo interpretação de acordo com a constituição convém falarmos sobre o início da contagem do prazo de interceptação, logo por se tratar de medida limitadora de direito fundamental razoável que seja computado o dia da ingerência, ou seja, em que se iniciou a devassa como dia do começo da interceptação. Seguindo, portanto, lógica da diversa dos prazos processuais comuns.

Importante frisar que o pedido de renovação da interceptação deverá se dar antes de terminado o prazo para fixado em lei ou dependendo do caso, do prazo fixado na decisão que deferiu a interceptação como forma de resguardar o direito a intimidade do sujeito passivo. Assim, cabe a autoridade competente ao vislumbrar que o prazo da interceptação está prestes a acabar tomar as medidas cabíveis para legitimar a continuidade da interceptação.

Há jurisprudência invalidando provas em razão da continuidade da interceptação telefônica em período em que ainda não estava agasalhado pela autorização judicial, sendo, portanto, considerada prova ilícita havendo que ser desconsiderada. Nesse sentido o HC 152.092/RJ:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA PROVA POR AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE DO PERÍODO DE DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (1 ANO E 7 MESES) OU DO EXCESSIVO NÚMERO DE TERMINAIS OUVIDOS (50). INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA JUDICIALMENTE DE FORMA FUNDAMENTADA. PRORROGAÇÕES INDISPENSÁVEIS DIANTE DA EXTENSÃO, INTENSIDADE E COMPLEXIDADE DAS CONDUTAS DELITIVAS INVESTIGADAS E DO NÍVEL DE SOFISTICAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COM RAMIFICAÇÕES NA AMÉRICA DO SUL, NA EUROPA E NOS ESTADOS UNIDOS. DESNECESSIDADE DA DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DAS MÍDIAS E DE PERITOS ESPECIALIZADOS PARA TAL FIM. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PEQUENO PERÍODO (7 DIAS), EM QUE REALIZADA A ESCUTA SEM AMPARO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, AINDA QUE POR ERRO DA OPERADORA DE TELEFONIA. PROVA ILÍCITA. INDISPENSABILIDADE DO DESENTRANHAMENTO DO ÁUDIO E DA DEGRAVAÇÃO CORRESPONDENTE DOS AUTOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL PELO TRIBUNAL A QUO, EM HABEAS CORPUS, SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO, NO PONTO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS PARA DETERMINAR O DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS E A DESCONSIDERAÇÃO PELO JUÍZO DO ÁUDIO E TRANSCRIÇÕES REFERENTES AO PERÍODO DE 05.01.2006 A 11.01.2006, POR AUSÊNCIA DE DECISÃO AUTORIZADORA DA MEDIDA.<sup>56</sup>

Vales destacar na jurisprudência ora colacionada, vale destacar o entendimento nesse caso do período de 7 (sete) dias em que a interceptação permaneceu sem autorização para prosseguir, ainda que tenha havido erro por parte da operadora de telefonia, motivo pelo qual a prova obtida nesse interim deve ser considerada ilícita já que não havia autorização para tanto.

Há grande divergência na doutrina com relação ao prazo máximo que pode durar uma interceptação telefônica, para os doutrinadores que entendem por uma interpretação mais restritiva da regra contida no artigo 5º da lei de interceptações como Altamiro Lima Filho asseveram que a renovação só pode ocorrer uma única vez, de forma que em hipótese alguma haveria interceptação por mais de 30 (trinta) dias.

---

<sup>56</sup> STJ. HC 152.092/RJ, 5ª. T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Dje 28.06.2010

Indo em sentido totalmente contrário, outros doutrinadores, como Damásio de Jesus e Vicente Greco Filho defendem posição totalmente diferente e em uma visão nada democrática asseveram que não há limite para as renovações de interceptação telefônica, admitindo as renovações quantas vezes forem necessárias.

Tais posicionamentos são extremamente opostos e um tanto quanto radicais em suas propostas, busca-se um posicionamento alinhado com doutrina constitucional prospectivo democrática. Nessa busca, há uma decisão proferida pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2008 que na decisão de um *Habeas Corpus*<sup>57</sup> definiu prazo pouco mais ampliativo do que o previsto na lei sob uma fundamentação que se adequa bem à interpretação que se espera quando se está diante dessa classe de direito.

Nessa decisão o referido ministro ressaltou a relatividade amplamente aplicada a questão dos sigilos das comunicações, argumentando em seu voto pontos relevantes para solução do caso trazido ao Tribunal. A começar pela análise da redação do artigo 5º que fala em “renovável por igual tempo”, fato que denota não haver possibilidade para sucessivas renovações e sim somente uma renovação, pois se fosse assim o legislador não teria redigido tal expressão no singular e sim usado o plural.

Também ressaltou o i. ministro que a lei estabelece um prazo de 15 dias e o sigilo não é absoluto, sustenta o ministro que há um conflito entre normas de inspiração “ideológica” devendo tal conflito ser resolvido em favor da liberdade por se tratarem de normas que limitam direitos fundamentais e, portanto, devem ser interpretadas restritivamente. Relativizou também o prazo máximo estabelecido em lei de 30 (trinta) dias ao fazer uma “analogia” entre essa regra e a situação de emergência do Estado de Defesa<sup>58</sup>

Sob essa justificativa o i. magistrado entendeu por bem estender o prazo da interceptação para até 60 (sessenta) dias, ou seja, seriam plenamente admissíveis 4 pedidos de renovação de interceptação devidamente fundamentados em atendimento ao comando constitucional do art.

---

<sup>57</sup> STJ. HC 76.686/PR, 6ª. T., rel. Min. Nilson Naves. J. 09.09.2008, DJe 10.11.2008

<sup>58</sup> Art. 136, §2º da CF/88

93, IX, à lei de interceptações bem como o disposto no artigo 10, especificamente no seu parágrafo §2º da Resolução nº 59/2008<sup>59</sup> do CNJ alterada pela Resolução nº 217/2016<sup>60</sup>

Um dos doutrinadores que defende o prazo máximo de 60 (sessenta) dias é o professor Geraldo Prado, sob a justificativa de que durante esse estado de exceção o Presidente da República pode limitar o direito ao sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas, considerando que o Estado de Defesa não pode superar o prazo de 60 (sessenta) dias não há motivo para que as interceptações ultrapassem esse período.

Sabemos que atualmente a sociedade passa por momentos complicados com o crescente aumento da violência no Brasil e também com os casos de corrupção, que de certa forma acabam por gerar mais desigualdade. No entanto, essas situações não são e não podem ser consideradas de emergência a ponto de ensejar a decretação do Estado de Defesa não podendo, portanto, que a interceptação dure mais do que esse período, em que há flexibilização de direitos fundamentais.

Em que pese a adequada decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça a jurisprudência majoritária tanto nesse tribunal quando no Supremo Tribunal Federal é de que não haja limitação nas prorrogações, interpretando *contra legem* chancelando as sucessivas renovações segundo seu entendimento. Ao proceder a busca nos sites desses tribunais há incessantes julgados que optam pela interpretação pela renovação sem escrúpulos.

Como exemplo, confira-se o julgamento do RHC 84.880/SP<sup>61</sup>:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E PRORROGAÇÕES. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA LEI N. 9.296/1996. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal assegura o sigilo das comunicações telefônicas, de modo que, para que haja o seu afastamento, é imprescindível ordem judicial, devidamente fundamentada, segundo o comando constitucional estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna.

---

<sup>59</sup> Resolução nº 59/2008. Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

<sup>60</sup> Resolução nº 217/2016. Altera e acrescenta dispositivos na resolução 59, de 9 de setembro de 2008.

<sup>61</sup> STJ.RHC 84.880/SP, 5ª. T., rel. Min. Ribeiro Dantas. J. 17/08/2017, DJe 28/08/2017.

2. O art. 5º da Lei n. 9.296/1996 determina, quanto à autorização judicial de interceptação telefônica, que "a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

3. Hipótese em que se verifica a idoneidade da decisão que deferiu a interceptação telefônica, pois descrito com clareza a situação objeto da investigação, com a indicação e qualificação dos investigados, justificando a sua necessidade e demonstrando haver indícios razoáveis da autoria e materialidade das infrações penais punidas com reclusão, além de não se pode promover as investigações por outro meio, para elucidação dos fatos criminosos.

4. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos, devendo o seu prazo de duração ser avaliado fundamentadamente pelo magistrado, considerando os relatórios apresentados pela polícia.

5. No caso, as decisões que prorrogaram as interceptações telefônicas, encontram-se devidamente fundamentadas e subsidiadas na análise do material coletado pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado, que justificou a necessária continuidade da medida, para o esclarecimento do *modus operandi* da organização criminosa, identificando o grau de participação dos agentes nas condutas delitivas.

6. Recurso em habeas corpus não provido.

Absurdo é o entendimento do magistrado, quando em sua fundamentação chancela a possibilidade da interceptação se protrair no tempo colocando como termo o fim da investigação sobre o suposto autor do fato. Ao assim entender, o e. Ministro ignora o comando legal em que o legislador previu prazo máximo de 30 (trinta) dias, e conseqüentemente gera um rompimento no pacto entre os poderes, na medida em que ao assim decidir estaria o Superior Tribunal legislando.

Data máxima vênia, ousamos discordar do entendimento esposado pelos ministros, tanto do STJ quanto do STF, quando em suas decisões se utilizam dos mais diversos argumentos para manter as interceptações ocorrendo sem data para terminar. Conforme trecho extraído do RHC 28.794/RJ<sup>62</sup> da relatoria da Ministra Laurita Vaz que diz:

“O prazo para de duração para interceptação telefônica pode ser seguidamente prorrogado, quando a complexidade da investigação assim o exigir, desde que em decisão fundamentada, como *in casu*, em se considerando a ausência de comprovação da ilicitude das renovações”

A fundamentação da e. Ministra, soa forçosa quando fala em “complexidade da investigação”, pois a rigor toda e qualquer investigação já é complexa ainda mais as que envolvem as interceptações pela importância do direito que está sendo restringido. Assim,

---

<sup>62</sup> STJ, RHC 28.794/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 13.12.2012

melhor seria que a restrição tivesse de fato o tempo máximo de 60 (sessenta) dias como bem asseverou o Ministro Naves em sua decisão.

Ademais, o aparato estatal deve sobressair nesse momento e não repousar sobre uma manobra do judiciário, já que dispõe de tantos recursos para obter sucesso na persecução. Todos sabemos que o Estado enquanto provedor da segurança tem plena capacidade de instruir a polícia técnica com o intuito de obter êxito nas investigações sem violar direitos e garantias fundamentais do cidadão.

De forma que uma interceptação ultrapassa o limite de 30 (trinta) dias – 15 renováveis por mais 15 – bem como o limite de 60 (sessenta) dias – em uma interpretação jurisprudencial – se alongando demasiadamente no tempo sem fundamentação, ou seja, fundamentações rasas ou com justificativas lacônicas não atendendo as especificações de praxe estaríamos diante do que pode chamar de uma “interceptação de prospecção”

Esse tipo de interceptação é segundo os dizeres do Gomes<sup>63</sup> *aquela onde tudo se deixa correr para saber se o sujeito está praticando algum delito, a interceptação não foi idealizada para isso, e sim para comprovar a autoria (ou materialidade) de delito que já conta com indícios probatórios*. Nesses casos, não há como afirmar que o material colhido durante todo esse tempo seja considerado lícito.

Portanto, há que se usar da proporcionalidade para saber se o caso em questão de fato carece de uma renovação na interceptação. Como melhor entendimento, achamos que a solução mais acertada é a admissibilidade da interceptação por prazo não superior a prazo determinado para o período de Estado de Defesa, qual seja, sessenta dias (3 renovações) desde que haja exaustiva fundamentação e a medida se mostrar absolutamente inafastável.

### **3.1. Caso Escher vs Brasil e a condenação do Estado Brasileiro ao pagamento de indenização**

Trata-se do caso em que Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni eram membros da Associação Comunitária de

---

<sup>63</sup> GOMES, Luiz Flavio. Interceptação Telefônica. Op cit.

Trabalhadores Rurais – ADECON e da Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda – COANA, as quais mantinham relações com o Movimento dos Trabalhadores sem Terra, no Estado do Paraná.

No dia 5 de maio de 1999, a Polícia Militar do Paraná requereu ao Juízo de Direito da Comarca de Loanda interceptação e monitoramento de linha telefônica, instalada na sede da COANA. Sustentou-se a suspeita de que essa entidade estaria sendo utilizada “pela liderança do MST para práticas delituosas”, tais como o desvio de recursos de financiamentos rurais perfazendo-se necessária a “quebra” (leia-se interceptação) do sigilo telefônico para a investigação de suposto homicídio.

No mesmo dia, a juíza Elisabeth Khater autorizou a interceptação telefônica, mediante simples despacho à mão “na margem da petição, na qual escreveu “*Recebido e Analisado. Defiro. Oficie-se. Em 05.05.99*”. No entanto, a essa altura o Ministério Público não havia sido notificado conforme disposição literal da lei em seu artigo 6º o que por si só já geraria nulidade do procedimento.

Como se não bastasse, a polícia militar, órgão despido de legitimidade para realizar tal procedimento, sem qualquer fundamentação, pediu a interceptação de linha telefônica diversa da que supostamente teria motivado o lacônico despacho da magistrada referente à COANA e de uma linha da ADECON. As gravações tornaram-se pública por meio de um vazamento feito teoricamente por alguém da investigação chegando ao conhecimento de uma conhecida rede de televisão.

Logo depois, os autos foram enviados ao Ministério Público estadual, que emitiu parecer com as seguintes conclusões: a) os policiais militares requerentes, além de não terem vínculos com a Comarca, não presidiam qualquer investigação, sendo partes ilegítimas; b) o pedido foi requerido sem qualquer conexão com inquérito ou processo em curso; c) o segundo pedido de interceptação não foi motivado; d) o procedimento de quebra não foi anexado a qualquer processo; e) as decisões judiciais não foram fundamentadas. Ao final, o Ministério Público concluiu que as interceptações tiveram fim exclusivamente político, “em total desrespeito ao direito constitucional a intimidade, a vida privada e a livre associação”.

Assim, os investigados fizeram uma representação contra essas atitudes descabidas por parte dos agentes estatais, o Ministério Público então enviou *notitia criminis* ao Tribunal de Justiça em face do ex-secretário, da magistrada e dos militares envolvidos. A investigação criminal foi arquivada por decisão da Corte Especial, a qual ordenou apenas a remessa dos autos ao primeiro grau a fim de se analisar a conduta do ex-secretário, em razão da suposta divulgação ilícita dos diálogos interceptados.

Concluída a investigação, foi apresentada denúncia contra a referida autoridade, havendo condenação em primeira instância; contudo, o Tribunal de Justiça a absolveu, sob o fundamento de que não houve quebra, pois, os “dados que já haviam sido divulgados no dia anterior em rede de televisão”.

Em relação à juíza, o procedimento administrativo para apurar falta funcional foi arquivado pela Corregedoria do Tribunal de Justiça. Em seguida, após recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República enviou o caso ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ. O procedimento foi igualmente arquivado, sob a justificativa de que a rejeição da ação penal foi exaustiva, não deixando margem para qualquer processo administrativo.

Insatisfeitas com a arbitrariedades dos entes estatais envolvidos a Rede Nacional de Advogados Populares e a Justiça Global representando os membros do CONAE e da ADECON representaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sustentando que a interceptação feita pela Juíza da Comarca de Loanda violou o direito à privacidade e que o Estado Brasileiro teria ficado inerte a essa questão.

A Comissão então apresenta a demanda à CIDH, alegando que em razão dos fatos que já foram narrados o Estado brasileiro teria violado os artigos 8.1, 11, 16 e 25 do Pacto de São José da Costa Rica que tratam respectivamente de garantias judiciais, proteção da honra e da dignidade, liberdade de associação e proteção judicial.

Posteriormente o Estado Brasileiro apresentou contestação arguindo três preliminares, onde sustentou o descumprimento pelos representantes dos prazos previstos no regulamento da Corte para apresentação de argumentos e provas, argumentou também pela impossibilidade de

alegar violações não consideradas durante o procedimento perante a Comissão Interamericana e por último sustentou a falta de esgotamento dos recursos judiciais internos.

No entanto, tais preliminares não foram suficientes para impedir que o caso fosse apreciado pelo Tribunal, é claro que em qualquer julgamento as normas legais devem ser observadas. Nesse sentido, assevera Carlo Velho Masi<sup>64</sup>:

“Quando iniciou a análise da prova produzida nos autos, o Tribunal afirmou que os procedimentos perante si não estão sujeitos às mesmas formalidades das autuações judiciais internas e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada em atenção às circunstâncias do caso concreto, tendo presentes os limites que impõe o respeito à segurança jurídica e ao equilíbrio processual entre as partes. Embora reconhecendo que o escrito dos representantes foi extemporâneo, vez que o prazo terminava no domingo, e a petição foi entregue na segunda-feira, entendeu, na linha de outros precedentes invocados, que o atraso mínimo não afetava a segurança jurídica ou o equilíbrio processual das partes, porquanto o direito internacional dos direitos humanos cuida da devida e completa proteção desses direitos.”

Pela análise dos fatos pelo Tribunal um dos artigos tidos como violado foi o artigo 11 da Convenção, segundo ele é proibida toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas explicando a Corte que o âmbito da privacidade é tachado por estar dispensado e livre de invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou por parte do Estado.

Reconhece-se que a dinamização da informação gera uma insegurança quanto a vida privada das pessoas, isso porque cada vez mais novas tecnologias surgem com a finalidade de melhorar a comunicação, mas acabam por ter desviada sua finalidade. Esse progresso não pode representar algo nocivo aos cidadãos, é preciso que o Estado adeque as novas tecnologias aos tempos atuais fazendo, caso necessário, as respectivas alterações legislativas.

Em que pese já existir legislação que disciplinasse a questão das interceptações, restou comprovado que o Estado Brasileiro foi inerte, quando ante as diversas violações ocorridas não puniu de maneira contundente os envolvidos nas diversas arbitrariedades. Foi reconhecido pelo Tribunal que as intervenções telefônicas foram ilegais, ilegítimas e nulas por seis motivos especificamente, pontuados por Masi:

---

<sup>64</sup> *O Caso Escher e outros VS. Brasil E O Sigilo das Comunicações Telefônicas: A fundamentação como garantia da efetividade dos direitos humanos.* Revista dos Tribunais nº 932. Pags. 309-352.

“(…) o pedido para interceptar a linha da Adecon foi posterior ao início do monitoramento; o pedido foi feito por um policial militar, o qual não possuía competência funcional para tanto, já que as investigações recaíam exclusivamente sobre a Polícia Civil, as vítimas não estavam sendo formalmente investigadas quando do pedido; as interceptações duraram 49 dias, sem que houvesse autorização de ampliação do prazo legal de 15 dias; a decisão que autorizou as escutas não foi devidamente fundamentada, tampouco indicou a forma como elas deveriam ser procedidas ou o seu prazo de duração; o Ministério Público não foi notificado da quebra do sigilo telefônico”

O Estado Brasileiro foi condenado a pagar aos autores a indenização no valor de US\$ 22.000 dólares além de obrigar o Estado a retomar investigações dos fatos que geraram as violações. Na decisão, a corte reconheceu a ocorrência de violação ao direito à privacidade e honra, liberdade de associação, garantias judiciais, difamação e impunidade.

Nos cabe no caso em questão destacar o prazo de 49 dias que durou a interceptação, dos quais somente os primeiros quinze dias foram “autorizados”, e mesmo assim a partir de uma decisão sem a fundamentação necessária para deflagrar medida dessa magnitude. Isso confirma a evidente violação aos parâmetros constitucionais e as regras regulamentadoras das interceptações das comunicações.

### **3.2. Do Julgamento em repercussão geral e a razão de decidir em favor da continuidade das sucessivas renovações**

Há perante o Supremo Tribunal Federal a tramitação do RE 625.263 tratando sobre a possibilidade de poder se renovar as interceptações enquanto ainda estiver ocorrendo investigação. Trata-se de recurso extraordinário que impugna acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 76.686/PR que reconheceu ser ilícita a prova obtida tendo em vista o prazo limite para interceptações.

O referido teve a repercussão geral reconhecida depois do recurso interposto pelo Ministério Público Federal ao justificar que o prazo de 2 (dois) anos da investigação em razão da extensão da investigação que apurou diversos crimes graves como formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, corrupção entre outros. Diante disso os investigados impetraram o habeas corpus para que fosse reconhecida a nulidade dessa interceptação no prazo superior a 30 dias.

A sexta turma do STJ, por unanimidade, acolheu o pleito dos investigados, concedendo a ordem em favor deles reconhecendo a ilicitude das interceptações pelo que determinou que os autos retornassem ao juízo de origem para o prosseguimento como de direito. O parquet em sede de Recurso extraordinário alegou que o referido acórdão em sua decisão afrontou o artigo 136, §2º da Constituição Federal ao limitar a interceptação a determinado período sustentando que as prorrogações estavam devidamente justificadas.

Convém ressaltar que o caso, ora narrado foi conhecido como caso Sundown que tramitou perante o juízo da Segunda Vara Criminal da Seção Judiciária Federal do Paraná e teve ampla repercussão midiática ocupado espaços nas manchetes de jornais e site do País. O Tribunal responsável por aquela seção judiciária negou seguimento ao respectivo RE sob a alegação que a ofensa arguida pelo recorrente seria reflexa.

Para atacar a referida decisão inadmissão foi interposto agravo de instrumento a qual foi dado seguimento ordenando a remessa imediata do recurso para o Supremo alegando ter a matéria a repercussão geral suscitada pelo Ministério Público Federal, ora recorrente.

Instado a se manifestar o Procurador Geral da República opinou pelo provimento do recurso no sentido de ter reconhecida a admissibilidade das sucessivas renovações das interceptações sob o argumento de que necessitam as causas complexas aliadas as imprescindibilidades dessa medida para investigação dos fatos, devendo a interceptação, segundo dizeres do i. membro da PGR “durar o tempo necessário à completa investigação das condutas criminosas”.

Finalizou alertando sobre os possíveis efeitos negativos que poderiam advir caso o entendimento adotado no acórdão embargado seja endossado pelo pretório excelso a exemplo de anulações de condenações e procedimentos investigativos em andamento. Atualmente o caso encontra-se parado a espera de uma data para ir a julgamento, a relatoria é do e. Ministro Gilmar Mendes e pelo entendimento que vem adotando se espera decisão favorável à permissão das sucessivas renovações.

A razões expostas pelo parquet em sua manifestação nos parecem um tanto quanto equivocadas e distantes daquilo que a finalidade da instituição se propõe, ao requerer uma

interpretação que reconheça como legítima as sucessivas renovações, é no mínimo incongruente com o texto legal. Pois, ao entender assim não parece estar em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e tão pouco dos interesses sociais e individuais disponíveis como prevê a constituição no seu artigo 127, caput.

O Supremo há muito vem desempenhando um papel de ativista no Judiciário, as decisões há muito extrapolam as competências desse órgão, quando não estão, por via oblíqua, legislando estão proferindo decisões que contrariam a própria lei e até mesmo a própria jurisprudência do Tribunal que habitam. Em uma clara violação ao princípio da separação dos poderes prevista no artigo segundo da constituição.

O Supremo deve dar o exemplo para os outros tribunais se limitarem a julgar as causas de acordo com uma interpretação prospectiva democraticamente e não uma interpretação que serve ao anseio punitivista estatal. Caso seja aberto esse precedente no excelso, que já possui farta jurisprudência admitindo as renovações por tempo indeterminado por conta das complexas investigações, estará a corte esvaziando o conteúdo da regra.

Ao assim proceder, tem-se uma instabilidade social muito grande em razão da mitigação do texto constitucional que prevê a separação, harmonia e independência entre os poderes, no entanto somente vislumbramos a ocorrência da separação e a independência, pois a harmonia foi esquecida quando decisões judiciais são proferidas colidindo frontalmente com o texto legal. O legislativo perde o prestígio quando assiste o Judiciário desmitificar o seu trabalho como se quisesse acumular função.

Não que o judiciário não tenha o condão de decidir de maneira contraditória a legislação, devendo nesse caso se utilizar de uma manobra jurídica para fazer com que aquela norma, talvez ultrapassada ou sem efeito, seja retirada do ordenamento jurídico não produzindo efeitos práticos. No entanto, o que se vê atualmente as decisões que simplesmente ignoram as disposições da única lei aplicável, relativizando-as ou não as aplicando.

Fazem isso tudo, sem suscitar a inconstitucionalidade da lei ou dispositivo, mais se utilizando da hermenêutica para solucionar os conflitos considerados aparentes por eles. Ao contrário de como deve ser as decisões judiciais cada vez mais estão carregadas de vícios, pois

estão cada vez mais parciais e contraditórias, na maioria das vezes diante de um mesmo caso decisões distintas são aplicadas não pela peculiaridade que reveste cada caso, mas pelos traços cada vez mais característicos da cultura do “sabe com quem você está falando”.

Se engana quem acha que essa política é “privilégio” dos tempos do coronelismo em que os donos de terra obrigavam seus empregados a votarem no candidato de sua preferência. Infelizmente, essa prática nos acompanhou até os dias de hoje e vem causando sérios transtornos para a sociedade como um todo, os praticantes tentam deixá-las ocultas, mas quanto mais tentam mais as tornam evidente.

É notório que há uma preterição das classes mais pobres da sociedade no momento em que o magistrado julga suas causas, quando há a suspeita da prática de um crime então a parcialidade do magistrado aumenta. O instituto persecutor do magistrado fala mais alto e acaba contaminando o julgamento, assim decisões que versam sobre medidas cautelares como prisão preventiva acabam sendo interpretadas em seu desfavor.

Não diferente ocorre com as interceptações, aqueles que não tem recursos para contratar uma defesa técnica ficam sujeitos a uma interceptação de prospecção, já àqueles que têm condições financeiras de gozar de uma defesa técnica de qualidade não estão sujeitos a esse tipo de arbitrariedade.

Deve, portanto a decisão cumprir requisitos mínimos de existência e validade para se adequar a forma que a legislação que regula as interceptações exige. Espera-se uma isonomia do julgador quando se tratarem de casos envolvendo pessoas que ocupam posição de alto poder aquisitivo como aquelas que não ostentam tanto poder aquisitivo assim.

## CONCLUSÃO

Conclui-se do presente trabalho que há por parte do direito como um todo um necessário acompanhamento com a realidade social e pelo que nos parece esse é, e será o grande desafio do direito para o futuro. Há de haver uma integração da realidade com a norma, de modo que hajam revisões legislativas sempre que um caso exigir da norma resultado diferente do previsto anteriormente.

Isso acontece com muita frequência com a regra que trata das interceptações, pois assim como tratamos no início desse trabalho contexto em que se deu a elaboração desse tema e como ele veio evoluindo ao longo do tempo é exemplo clássico disso. No início, eram autorizadas as mais diversas violações a esse direito, que até então não eram consideradas fundamentais, mas no decorrer da história sua importância foi sendo reconhecida.

Assim, no início da nova ordem jurídica no ano de 1988, em um acerto do legislador ordinário tal direito foi reconhecido como fundamental para o avanço da política e da sociedade como um todo. Tomando por base toda essa evolução histórica podemos afirmar que assim como a constituição veio sendo inovada ao longo do tempo, da mesma forma deve ocorrer com as interceptações telefônicas.

Muito em razão, da forma como esse método de investigação vem sendo empregado nas diversas operações deflagradas diariamente pelos órgãos competentes. É preciso que haja uma regulação mais criteriosa dessas interceptações principalmente quando da sua concessão, momento em que deve ser considerado outras formas de investigação possíveis para a conclusão sem prejuízos para investigação.

Sabe-se que a tendência é utilizar cada vez mais esse meio de obtenção de prova em razão do crescente número de comunicações feitas através de celulares e outros meios que permitem a ingerência da regra contida na lei de interceptações. Entretanto, esse alcance ainda é muito permitido por força da interpretação das regras por parte do poder Judiciário e na maioria das vezes essa opção desagradada e causa prejuízos as pessoas investigadas.

É preciso que haja uma reforma na lei de interceptações para que o prazo seja fixado em tempo superior ao atualmente permitido sugerindo como prazo ideal o 30 (dias) admitindo somente uma prorrogação, consignando expressamente no texto essa vontade da norma. Isso porque conforme já se explicitou no presente trabalho a referida medida é instrumento e que o acesso ao conteúdo da interceptação deixa em “vantagem” o estado que tem o poder de punir.

Essa posição privilegiada deve ser aproveitada para direcionar a investigação de modo que consiga atingir a finalidade da investigação sem extrapolação das competências constitucionalmente previstas. Não se quer aqui permitir com a ampliação do prazo para interceptação a perpetuação das “arbitrariedades legais”, ou seja, a verdadeira mitigação do disposto na lei pelos intérpretes de modo a esvaziar o instituto.

Mas reconhecer que há uma necessidade de um prazo maior, na medida em que com os avanços tecnológicos tornam mais custosas o acesso as informações através da tecnologia da criptografia das comunicações celebradas entre os cidadãos. O prazo estabelecido pelo professor Geraldo Prado através da sua interpretação prospectiva e a mais acertada atualmente se afigura insuficiente havendo necessidade de ser dilatado.

Não pretende o presente o trabalho exercer papel contramajoritário, sob pena de o ser, mas tão somente se mostrar sensível a uma necessidade de reforma legislativa como forma de garantia e efetividade as normas que tutelam a privacidade.

É necessário ser combativo as políticas que alimentam o encarceramento dos investigados sob a justificativa do princípio do *in dubio pro societate* presumindo em sede de cognição sumária um juízo de valor sobre aquela pessoa. Isso nada mais é que um adiantamento de uma sentença condenatória, pois ainda que o acusado reúna elementos suficientes para não ser alcançado pela medida o é por conta desse princípio.

Por outro lado, há uma timidez por parte dos legisladores com relação a esse assunto, de forma que somente merecem atenção aquelas alterações que venham a beneficiar seus aliados no momento atual. Há tempos tramita o projeto de lei no senado sob o número 236/2012 pleiteando reformas no código penal brasileiro, alterações essas que venham adequar os institutos a realidade em que o sistema se encontra.

Todavia, não é dada a prioridade devida no momento em que a violência atinge números alarmantes, ao se mostrarem omissos demonstram não estarem interessados em construir uma lei mais adequada ao momento complicado em que vivemos. Isso não quer dizer que os legisladores devem constantemente estarem modificando as leis para que durante cada período tenha sua lei própria.

O que se quer dizer, que só irá haver uma boa interpretação por parte do Judiciário, quando de fato os poderes se tornarem harmônico entre si buscando fazer literalmente um trabalho de complementação um do outro. Só assim, a sociedade se tornará muita mais equilibrada se aproximando do sentimento que tanto se espera dele, a tão famigerada justiça.

Logo, a crítica que aqui se tece em face desses órgãos é sempre no sentido de ver ocorrer a transformação nas instituições na organização estrutural e pessoal conscientização da importância do papel desempenhado por cada um dos integrantes.

Em que pese toda a análise que aqui se pretendeu fazer não houve o esgotamento da matéria, mas o empenho nesse trabalho foi examinar de forma concreta o tema procurando demonstrar a forma como o tema é tratado diante dos tribunais e pelo os doutrinadores.

## Referências bibliográficas

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

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo estúdio sistemático dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica: comentários a Lei 9.296, de 24.07.1996**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, ADA Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antônio. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. São Paulo: Ed. RT, 2001

LIMA, Joel Corrêa; CASARA, Rubens Roberto Rebello. (Coord.). **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASI, Carlo Velho. **O caso Escher e outros VS Brasil e o sigilo das comunicações telefônicas: A fundamentação como garantia de efetividade dos direitos humanos**. Revista dos Tribunais, 932, 309-352, 2013

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Interceptação telefônica: Breves reflexões**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 21, 411-412, 1998.

PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2ª ed. São Paulo: Lumen Iuris, 2012.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MADURO, Flavia Mirza (Organizadores). **Interceptação Telefônica: Os 20 anos da Lei 9.296/96**. Minas Gerais: DPlácido, 2016.

SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

WINTER, Lorena Bachmaier. **Investigación penal y protección de la privacidad: La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos.** Revista de Processo, 152, 259-278, 2007.

\_\_\_\_\_. **Doutrinas essenciais de Direito Internacional.** 3.375-398, 2012.