



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

SARAH RAÉLYDA ALMEIDA FREIRE SANTOS

**A OBTENÇÃO DE PROVAS POR MEIO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA:
EXCEÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL**

SOUSA-PB
2021

SARAH RAÉLYDA ALMEIDA FREIRE SANTOS

**A OBTENÇÃO DE PROVAS POR MEIO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA:
EXCEÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Me. Leonardo Figueiredo de Oliveira



S237o Santos, Sarah Raélyda Almeida Freire.

A obtenção de provas por meio da interceptação telefônica: exceção da garantia constitucional. / Sarah Raélyda Almeida Freire Santos. – Sousa, 2021.

75 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2021.

Orientador: Prof. Me. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

1. Interceptações telefônicas. 2. Inviolabilidade das comunicações. 3. Direito constitucional. 4. Quebra de sigilo de comunicações. 5. Obtenção de provas. 6. Impacto e repercussão. I. Oliveira, Leonardo Figueiredo de. II. Título.

CDU: 342.738(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Marly Felix da Silva

Bibliotecária-Documentalista

CRB-15/855

SARAH RAÉLYDA ALMEIDA FREIRE SANTOS

**A OBTENÇÃO DE PROVAS POR MEIO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA:
EXCEÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Data da Aprovação: 14/05/2021

Banca Examinadora

Prof. Me. Leonardo Figueiredo de Oliveira
Orientador

Julia Raquel Coêlho Gomes Bezerra
Membra da Banca Examinadora

Francivaldo Gomes Moura
Membro da Banca Examinadora

À fonte de inspiração de todos os dias, que durante os anos de curso foram minha motivação e incentivo para nunca desistir: Deus, meus pais e meus sonhos. Por eles, elejo esse o primeiro passo da minha longa caminhada em busca do sucesso e felicidade.

AGRADECIMENTOS

Parece clichê, mas os anos na universidade passam mais rápido do que aparenta os 365 dias do ano, tantas experiências adquiridas, histórias para contar e a evolução de seres humanos, se aprende mais do que se imagina, foi nesse período que aprendi a amadurecer e saber lidar com os ciclos da vida. Assim, com essa bagagem encerro mais um ciclo repleto de memórias que irei guardar com imenso carinho, seja os momentos de felicidade ou até mesmo os de absoluta lástima.

A minha trajetória seria irrealizável sem a benção e oportunidade sucedidas por Deus, Ele me concedeu a graça de manter a esperança quando tudo parecia arruinado, nos momentos que pensava estar tudo perdido, me reanimava com a fé de que tudo passa, e no final tudo realmente passa e acontece conforme vontade Dele.

Aos meus pais, Francisca e Richard, agradeço pela paciência e por se envolverem em todas as minhas etapas acadêmicas, me apoiarem quando estava desacreditada da minha capacidade e principalmente por compreenderem as dificuldades do estudante na universidade, contribuindo diretamente para a produção desse trabalho, seja o lendo, revisando ABNT e até mesmo esboçando críticas do que poderia ser melhorado, sem a assistência de vocês talvez não tivesse sequer concluído o curso ou até mesmo não teria ingressado na UFCG, já que me trouxeram para conhecer o campus, me deixando aberta para decidir o meu futuro.

Ao meu orientador e excelente professor, Leonardo Figueiredo, agradeço pela paciência, atenção e zelo em me acompanhar na jornada desse trabalho científico, sempre recordarei das suas aulas inigualáveis e do talento em transmitir conhecimento, o tenho como exemplo de profissional e por causa da confiança que me passa não poderia escolher outro orientador para encerrar esse ciclo acadêmico.

Aos meus amigos, Maria Eduarda e Igor Hendy, por terem sempre acreditado no meu potencial, escutado minhas reclamações, vibrado com minhas conquistas, acompanhado meus momentos difíceis e acima de tudo por demonstrarem interesse em participar desse ciclo. A amizade tem o preço de estar presente em momentos ruins, mas tem a recompensa de compartilhar a felicidade, espero retribuir todo esse apoio comemorando também o sucesso de vocês.

À minha dupla inseparável durante todo o curso, Talyson Monteiro, pois dizem que energia não mente e com ele encontrei meu alicerce para conseguir enfrentar todas as situações acadêmicas e pessoais, a tranquilidade e segurança que me transmite diante de todas as adversidades é inigualável, é uma honra tê-lo como amigo e na minha trajetória.

Às pessoas que no início do curso me deram mais do que apoio e contribuíram diretamente pelo meu ingresso na universidade, Rosinha, Antônio e Márcio, agradeço pela atenção e por destinar o tempo deles se deslocando comigo até Sousa para realizar a matrícula, o cadastramento e conhecer o campus, sei que sempre acreditaram no meu potencial.

Aos amigos que cultivei na universidade, Maria Máira, Marília Macêdo, Marcela Mileo e Vaclav Havel, que compartilharam comigo diversas situações, agradeço por todas as risadas e reciprocidade nessa caminhada da vida acadêmica, é incrível pensar em tudo que vivemos, inclusive os perrengues na van do deslocamento Cajazeiras (PB) até Sousa (PB).

E por fim, agradeço aos meus queridos gatos que foram companheiros das madrugadas em claro, enquanto estudava eles sempre estavam perto e me transmitiam energia para superar todos os perrengues. E claro, agradeço a mim mesma, pois diante das adversidades sempre mantive a força de vontade para concluir a graduação e permaneci acreditando nos sonhos que quero alcançar com muita dedicação, concluo essa etapa visando o próximo passo para atingir minhas metas pessoais e profissionais.

*“Tempos difíceis nos aguardam e em breve teremos
que escolher entre o que é certo e o que é fácil.”*
(Alvo Dumbledore – Harry Potter e o Cálice de Fogo)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

Rel. – Relator

ABIN – Agência Brasileira de Inteligência

ADECON – Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais

AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

COANA – Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda.

CPP – Código de Processo Penal

DATAJUD – Base Nacional de Dados Processuais do Poder Judiciário

ECHR – European Court of Human Rights

HC – Habeas Corpus

JF – Justiça Federal

LEP – Lei de Execução Penal

MP – Ministério Público

MPF – Ministério Público Federal

MST – Movimento Sem Terra

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SNCI – Sistema Nacional de Controle de Interceptações de Comunicações

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos do Homem

RESUMO

O direito em manter as conversas privadas sigilosas possui fundamento no artigo 5º, XII da Constituição Federal, no entanto devido ao entendimento que inexistente direito absoluto, o legislador fixou ressalva no próprio dispositivo que protege a garantia de inviolabilidade das comunicações, concedendo espaço para a atuação de interceptação telefônica no âmbito penal com a finalidade de obter provas necessárias para o andamento da apuração do fato típico e que não seriam produzidas por outros meios. Isso posto, a legislação preconiza limitações para afastar o emprego abusivo e ilícito da ‘quebra’ do sigilo de comunicações, visando conservar ao máximo a intimidade e privacidade do indivíduo. Dessa forma, o presente trabalho vislumbra elucidar a seguinte problemática: quais os limites que a legislação estabelece para o rompimento do direito constitucional na utilização da interceptação como meio de produzir provas? Assim, o objetivo geral da pesquisa é analisar o procedimento e os impactos das interceptações telefônicas frente ao direito constitucional da inviolabilidade das comunicações, para alcançar o escopo que trata o trabalho utilizou-se o estudo bibliográfico e exploratório com abordagem qualitativa e, pesquisa bibliográfica e o método exegético-jurídico como procedimento para elaboração da pesquisa. Portanto, através de uma explanação doutrinária, apoiada pela legislação brasileira, internacional e material proveniente das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), o trabalho obteve como resultados as hipóteses que a legislação vigente impõe limites para o uso das interceptações telefônicas sob o risco de ilicitude, inferindo a importância do juiz competente em realizar uma ponderação prévia acerca da necessidade do mecanismo no caso concreto em face de preservar o sigilo das comunicações, visualizando que após desvirtuada o objeto da interceptação e propagada em veículo midiático acarretam prejuízos ao sujeito pela exposição e ofensas à sua imagem, honra e moral, tendo como exemplo dessa afirmativa os casos do “grampo do BNDES” e da Operação Lava Jato que foram elevados ao STJ e STF para discussão da sua legalidade. Conclui-se que as inovações legais tipificadoras de condutas por abusar da quebra do sigilo de comunicações, juntamente com as resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tentam frear os vazamentos de gravações, aperfeiçoando o ordenamento jurídico na busca de abarcar todas as situações provocadas pelo enfrentamento da interceptação telefônica para evitar de torna-la habitual, restringindo as situações que permitem sua utilização, pois exposta genericamente na legislação própria.

Palavras-chave: Interceptação Telefônica. Inviolabilidade das Comunicações. Obtenção de Provas. Processo Penal.

ABSTRACT

The right to maintain private conversations is based on Article 5, XII of the Federal Constitution, however due to the understanding that there is no absolute right, the legislature fixed a caveat on the device itself that protects the guarantee of inviolability of communications, granting space for the telephone interception in the criminal scope for the purpose of obtaining necessary evidence for the progress of an investigation that would not be produced by other means. That being said, the legislation advocates limitations to ward off the abusive and illicit employment of the 'break' of the confidentiality of communications, aiming to maintain the individual's intimacy and privacy. Thus, the present work glimpses elucidate the following problem: what limits does legislation establishes for the disruption of constitutional law in the use of interception as a means of producing evidence? Thus, the general objective of this thesis is to analyze the procedure and impacts of telephone interceptions against the constitutional right of communications inviolability, to achieve the scope that addresses the work was used the bibliographical and exploratory study with a qualitative approach and, bibliographic research and The exegetical-legal method as a procedure for elaborating research. Therefore, through a doctrinal explanation, supported by Brazilian, international and material legislation from the Jurisprudences of the Supremo Tribunal Federal (STF) and the Supremo Tribunal de Justiça (STJ), the work obtained as a result of the hypotheses that the existing legislation requires limits to The use of telephone interceptions under the risk of Illicitude, infecting the importance of the judge competent in a prior consideration about the need for the mechanism in the face of preserving the confidentiality of communications, visualizing that after distorted the object of interception and propagated Mídiactic vehicle carry out losses to the subject by exposure and offenses to his image, honor and moral, having as an example of this affirmative cases of the "Grampo do BNDES" and the Operação Lava-Jato, that were taken to STJ and STF for discussion of its legality. Concluding, the legal innovations that typify conducts for abusing the breach of the confidentiality of communications, together with the resolutions of the Conselho Nacional de Justiça (CNJ) try to stop the leaks of recordings, improving the legal system in the attempt to cover all the situations provoked by coping with telephone interception to avoid making it habitual, restricting the situations that allow its use, as it is exposed generically in the legislation itself.

Keywords: Telephone Interception. Inviolability of Communications. Obtaining Evidence. Criminal Proceedings.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES..	15
2.1	O DESDOBRAMENTO DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE FRENTE A INVOLABILIDADE DAS TELECOMUNICAÇÕES.....	15
2.1.1	Breve histórico do direito ao sigilo das comunicações.....	18
2.2	O DISPOSITIVO DE INVOLABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	19
2.3	EXCEPCIONALIDADE CONSTITUCIONAL E A VIABILIDADE DA ‘QUEBRA’ DO SIGILO.....	24
3	A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA....	28
3.1	FUNDAMENTOS PARA A CRIAÇÃO DA LEI Nº 9.296/96.....	28
3.2	A OBTENÇÃO DE PROVAS.....	33
3.3	MÉTODOS DE CAPTAÇÃO DA COMUNICAÇÃO VERBAL.....	39
4	O LIMITE DO USO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	43
4.1	PROVAS PRODUZIDAS POR INTERCEPTAÇÕES E A VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES.....	43
4.2	“QUEBRA” DO SIGILO DE COMUNICAÇÕES NO ÂMBITO INTERNACIONAL.....	49
4.2.1	Condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH): caso Escher e outros.....	52
4.3	O IMPACTO E A REPERCUSSÃO DA ATUAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS FRENTE A INVOLABILIDADE DE COMUNICAÇÕES NO BRASIL.....	54
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
	REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

As comunicações são importantes fontes para estabelecer entre os seres humanos a aproximação e troca de informações, constituindo importante aspecto inerente a personalidade do indivíduo, seja motivada pela natureza socializadora ou pelo caráter pessoal que influi nos diálogos proferidos entre familiares, amigos ou rodas de conversas. Dessa forma, foi despertado o interesse em proteger esse traço tão habitual como uma forma de defender a intimidade e a privacidade, porquanto devido o conteúdo que muitas vezes possui cunho particular ou até confidencial, a publicidade é sugerida como ocorrência constrangedora podendo causar prejuízos, resultantes das conversas divulgadas, ao sujeito.

Difundido o direito à privacidade e a intimidade como garantias de primeira geração e firmadas após Revolução Francesa, passaram a ser expressas nos ordenamentos jurídicos e conforme as mutações sociais produziram desdobramentos que corroboraram no direito da inviolabilidade das telecomunicações do indivíduo, encontrando-a nas Constituições brasileiras mais remotas e assegurada pela atual Constituição Federal promulgada em 1988.

Por outro lado, o constante avanço tecnológico e os mecanismos que proporcionam a troca de comunicação instantânea conquistaram a atenção do legislador, despertando a elaboração de novas normatizações que regulamentassem esse cenário, pois vislumbravam eventuais acontecimentos que poderiam ser de interesse além do indivíduo, nesse ponto acenando uma relevância ao âmbito penal no sentido de obtenção de provas, portanto tendo que conciliar uma garantia individual com a utilidade do acesso a determinadas conversas privadas para auxiliar resoluções de crimes (CERNICCHIARO, 1997).

Preceituada no art. 5º, XII da CF, o sigilo das comunicações contempla um rol importante de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas, no entanto o próprio dispositivo preceitua sua relativização, concretizando a percepção que inexistente direito absoluto. Assim, a questão se concentra na expressa exceção ao direito constitucional que firmou uma abertura para privilegiar o direito penal, mantendo o respeito pela prerrogativa que é a regra, motivo pelo qual disseminam tantas controvérsias.

Observa-se, sobretudo, que a relativização do direito constitucional foi regulamentada em legislação própria por meio da Lei nº 9.296/96, destinando a cumprir o propósito de garantir a legalidade do mecanismo de interceptação telefônica sob a ótica constitucional estabelecendo critérios a serem cumprido, potencializando o desempenho das investigações criminais, cuja finalidade é o combate aos delitos (CABETTE, 2015).

A complexidade do tema passa pelos entendimentos doutrinários e dos Tribunais Superiores que se transmitem de acordo com o índice de vazamentos e aumento dos casos que recorrem a esse instituto. Assim, diante da utilização desmesurada de meios tecnológicos, unidos com a criação cada vez maior de aplicativos de comunicação, o direito é compelido em adequar seus métodos, visto tratar de uma fonte de produção de provas invasiva e aplicação subsidiária.

Portanto, a realização desse estudo se justifica na busca de compreender até que ponto interceptar a rede de telefonia de um indivíduo não irá invadir o direito de manter as conversas em sigilo lhe causando danos demasiados, desvendando a necessidade do judiciário em recorrer a esse mecanismo devido as tentativas infrutíferas de obtenção de provas por outros meios ou pela facilidade do recurso para conseguir apontamentos de incriminações.

Nessa perspectiva, a pesquisa versará acerca do instituto da interceptação telefônica como fonte de obtenção de provas, buscando projetar a sua legalidade no ordenamento jurídico brasileiro em confronto ao direito de sigilo das comunicações, garantia fundamental disposta no texto constitucional pátrio. Norteará, ainda, sobre o procedimento da interceptação telefônica, delimitando seu alcance e excessos, bem como trazendo jurisprudências dos Tribunais e entendimentos doutrinários que relativizaram a inviolabilidade das comunicações, ao mesmo tempo em que garantem as hipóteses possíveis da produção de provas por esse instituto, conferindo o devido valor de excepcionalidade, declarando a ilegalidade quando violado seu procedimento e observado o abuso.

Ademais, levando em consideração os impactos dos casos em que os conteúdos interceptados foram divulgados e repercutidos na mídia, o presente trabalho vislumbra elucidar a seguinte problemática: quais os limites que a legislação estabelece para o rompimento do direito constitucional na utilização da interceptação como meio de produzir provas?

Dado o exposto, o objetivo da pesquisa se sustenta em analisar o procedimento e os impactos das interceptações telefônicas frente ao direito constitucional da inviolabilidade das comunicações, buscando de forma específica atingir os objetivos relacionados em: examinar a exceção constitucional da quebra da inviolabilidade de comunicação em face da investigação criminal e instrução processual penal; especificar a legislação da interceptação telefônica no que concerne a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e a posição do cenário internacional; identificar as jurisprudências dos Tribunais no que tange a violação das comunicações para obtenção de prova e a posição diante dos vazamentos das gravações.

Para atingir os objetivos propostos, o trabalho será estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo irá abordar o direito da privacidade e intimidade que proporcionou o

surgimento da garantia da inviolabilidade das comunicações, apresentando a linha temporal dessa proteção até a excepcionalidade fixada na Constituição Federal de 1988 (CF/88) que possibilitou a ‘quebra’ do sigilo das conversas telefônicas desde que cumpridos os preceitos estabelecidos.

No segundo capítulo será explanado os fatores que impulsionaram a criação da Lei nº 9.296/96 que regulamenta a interceptação telefônica como mecanismo excepcional ao direito constitucional do sigilo das comunicações, sendo destinada ao apoio nas investigações criminais e em sede de instrução processual penal, visando através das limitações estabelecidas legalizar esse meio de obtenção de provas, apontando os métodos existentes que retêm comunicação e as situações abarcadas pela lei.

Por último, o terceiro capítulo apresentará os limites legais para empregar a interceptação telefônica, abordando a ilicitude das provas obtidas por esse recurso no âmbito penal devido violar direito constitucional, fazendo ainda um paralelo com as legislações vigentes no cenário internacional que o Brasil se comprometeu em acolher e efetiva também a excepcionalidade do direito da inviolabilidade das comunicações como necessária para resolução de delitos, exibindo ainda as violações decorrentes pelo excesso e abusividade da utilização dos mecanismos de captação de interlocuções por parte do judiciário, elevando os debates para os Tribunais que tentam contornar a situação que excede o uso da exceção.

Trata-se de um estudo bibliográfico e exploratório com abordagem qualitativa, visto que os dados coletados para estruturar a pesquisa serão descritos e baseados nos pensamentos empíricos, aproveitando o vasto campo da literatura jurisprudencial fornecida pelos Tribunais que manifestam entendimentos acerca do tema em estudo.

A pesquisa bibliográfica se baseia em facilitar o acesso às considerações já existentes da fonte estudada, abrangendo toda literatura publicada acerca da matéria pesquisada, sem restrições quanto a sua procedência, utilizando o método dedutivo para através dos preceitos gerais alcançar os específicos. (MARCONI; LAKATOS, 2003).

Como método de procedimento para elaboração da pesquisa científica será utilizado o exegetico-jurídico, que como afirma Maximiliano (2007, p.39) é:

A Interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese; enquanto a Construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conhecimento e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico; uma estuda propriamente a lei, a outra conserva como principal objetivo descobrir e revelar o Direito; aquela presta atenção maior às palavras e a sentido respectivo, esta ao alcance do texto; a primeira decompõe, a segunda recompõe, compreende constrói.

Tomando por base preceito constitucional geral, a pesquisa – com base nas literaturas levantadas – irá buscar examinar a exceção de uma garantia fundamental, delimitando seus limites a partir da análise do alcance da norma disposta na Lei. 9.296/96, estreitando a aplicabilidade através dos entendimentos dos Tribunais conforme caso concreto.

2 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES

A necessidade de comunicação que conduz o ser humano careceu do olhar atento do legislador, pois com as adaptações e facilidades que permitiram a constante transmissão de diálogos ou informações, é evidente a dimensão que se tornou o impacto das interações individuais ou coletivas perante a sociedade, sendo instituídas essas fontes de comunicações como mecanismos de trocas instantâneas para conduzir relações privadas, demandando a importância para manter reservado o teor de conversas em consonância com o que seus participantes desejam.

Nesse aspecto, surge uma preocupação maior concernente ao vazamento de comunicações pessoais, estando ligado diretamente com o íntimo do indivíduo, pois a divulgação de informações que estão sendo trocadas privativamente deve ser, em regra, faculdade dos respectivos autores, requerendo a devida privacidade delas, o que logo fez manifestar a necessidade de mecanismos jurídicos que garantam a comunicação de maneira sigilosa.

Com isso, nota-se a estreita correlação entre o direito a inviolabilidade das comunicações e o direito à intimidade do indivíduo, os quais foram devidamente consolidados no superior livro que rege a República Federativa do Brasil, estando todos os dispositivos preconizados no *'status'* de direito e garantia fundamental no Título II da Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, é necessário compreender a essência ampla de intimidade e privacidade, pois seus desdobramentos acarretaram concepções de garantias inerentes a particularidade de cada pessoa, fazendo parte da cadeia do ordenamento jurídico brasileiro dispositivos próprios para regulá-los, pois as normas gerais eram insuficientes para abarcarem situações específicas, como é o caso das comunicações íntimas.

2.1 O DESDOBRAMENTO DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE FRENTE A INVOLABILIDADE DAS TELECOMUNICAÇÕES

A intimidade e a vida privada são garantias constitucionais inerentes ao indivíduo, ambos estão protegidos e guiados por textos legais, além de serem temas abordados em tratados internacionais. No entanto, a discussão acerca desses direitos tem início desde o firmamento da burguesia no aspecto de classe social, bem como a ideia de liberdade individual surgida com a

Revolução Francesa no final do século XVIII. Assim, ao longo do tempo seus conceitos sofreram modificações conforme a mutação social e os valores adquiridos.

Dessa forma, diante da omissão do legislador em fornecer definição para o que seria o direito à intimidade, doutrinadores e juristas buscaram estabelecer esse conceito. Portanto, delimita seu objeto como a garantia da intimidade do indivíduo, partindo dos eventos que invadem os acontecimentos íntimos da vida deste, compreendendo as relações familiares e demais laços afetivos (MENDES; BRANCO, 2018).

Cada sociedade, em seu tempo, possui aspectos diferentes na maneira de agir e na moral, dessa forma, é complexo traçar uma definição para a intimidade, sendo considerado subjetivo por tratar de tudo que envolve o indivíduo isoladamente, permanecendo sob égide de si próprio, incapaz de transcender, tratando das perspectivas e relações familiares ou social que pretende manter nesse ciclo, sem repassar para outros, além do âmbito objetivo que regula essa limitação de acesso a terceiros, de modo a permanecer resguardado (GRECO FILHO, 2015).

Perdurando nessa mesma ideia, traçando a linha conceitual para diferenciar os aspectos que envolve a privacidade e a intimidade, apresentando os detalhes que abarcam cada direito, ainda que para o senso comum trate como duas concepções correlatas, Branco (2009, p. 420) leciona que:

[...] O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

Diante do exposto, no direito brasileiro, a privacidade não é interpretada amplamente, possuindo outros direitos especificados ao longo do rol do artigo 5º da Constituição da República Federativa Brasileira, sendo tratados de forma autônoma. No entanto, mesmo com a distinção feita pelo legislador, utiliza-se a interpretação extensiva para compreender o direito da privacidade e intimidade, sendo a garantia de inviolabilidade do sigilo das telecomunicações uma forma de manifestação delas, como também é uma maneira de expressar a liberdade de pensamento.

Assim, partindo da concepção genérica do direito à privacidade, a exposição de conteúdos e informações particulares, devem ser submetidos pelo titular desses dados, sendo publicados ou não, conforme sua autonomia da vontade, seja a matéria de âmbito familiar, profissional, opiniões ou pensamentos (TAVARES, 2021).

Conforme esse ponto de vista, se tratando de matéria além da definição restritiva da intimidade, o legislador delimitou ainda mais a garantia e dispôs acerca da inviolabilidade das comunicações. Veja que tal fundamento não se afasta muito do preceito elucidado anteriormente, visto que, conversas, diálogos e troca de informações ainda constituem o setor privado e íntimo da pessoa, podendo tais conteúdos causar transtorno se for indevidamente exposto publicamente.

Para firmar esse entendimento, a Lei nº 13.709/18¹ disciplinou a proteção dos dados pessoais, tanto de pessoas jurídicas ou naturais, a qual teve como fundamento a privacidade, intimidade, liberdade de expressão e as diversas formas de ocorrência que possam incorporar dados nessa perspectiva, contemplando o rol ao longo dos incisos do artigo 2º da lei.

Ainda, depreende-se da matéria legal supracitada a especificação dos dados pessoais, bem como de dados sensíveis, sendo todos tratados em dispositivo próprio (artigo 5º do texto da Lei nº 13.709/18²), se tornando mais acessíveis aos olhos do operador legal para distinguir e interpretar os termos mencionados, assim como delimitar o direito previsto constitucionalmente.

Dessa forma, vislumbrando toda a proteção à privacidade e seus desdobramentos, o sigilo das telecomunicações está inserido como manifestação desse fundamento, ainda que tratado de forma específica, versa sobre conteúdos pessoais que são inerentes ao indivíduo, tendo esse a garantia de dispor como achar conveniente, até mesmo preservá-los.

¹Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

² Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

[...]

2.1.1 Breve histórico do direito ao sigilo das comunicações

Acompanhando o desenvolvimento tecnológico e a mutação social nos costumes, novos hábitos e mecanismos, o legislador se atentou em atualizar a legislação brasileira para atender novas demandas que surgissem com o avanço. Portanto, é importante compreender que a garantia do sigilo de telecomunicações não foi novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, tal direito já se encontrava no texto constitucional de 1946 de forma implícita, pois mesmo sem estar expresso em artigo específico, o entendimento é que estava incorporado no dispositivo que tratava sobre a inviolabilidade de correspondência (CABETTE, 2015).

A consagração do sigilo das comunicações aconteceu de forma plena na Constituição Federal de 1967, na qual o legislador dispôs em dispositivo próprio acerca desse direito, sendo tratada a partir de então de forma autônoma e sendo regido conforme suas peculiaridades. Entretanto, no lapso temporal que vigorou o texto constitucional supracitado e com o advento da Emenda Constitucional de 1969, o direito acerca do sigilo das telecomunicações foi pactuado de forma absoluta, de maneira que não existia exceção constitucional visando quebrar essa garantia ou ao menos relativizá-la (CABETTE, 2015).

No entanto, em contraposição, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2006) leciona o caráter absoluto aparente das normas que tratavam acerca da inviolabilidade das telecomunicações que foram redigidas nas Constituições anteriores a de 1988, pois havia excepcionalidades extraordinárias conforme necessidade do Estado na possibilidade da relativização do direito nas situações de estado de sítio e estado de emergência.

Na fase inaugural do constitucionalismo, preconiza Sarlet e Mitidiero (2016) que o segredo das comunicações além de estar associada com o direito à privacidade e intimidade, também corresponde a um mecanismo que preserva o direito à liberdade de expressão, pois garantem a reversa de diálogos, podendo se expressar em devida harmonia com o destinatário da mensagem, sendo íntimo o conteúdo manifestado. Aprofundando no plano infraconstitucional, se depara que o legislador já tinha se posicionado quanto ao assunto antes de consagrá-lo na Constituição, sendo formalizado através da Lei nº 4.117/62 que preceituava o Código Brasileiro de Telecomunicações. Na redação do texto, assegurou o sigilo das comunicações telefônicas, contudo, determinou de forma excepcional a receptação por parte do juiz competente a dados, sendo permitido através de autorização legal (art. 57, II, e)³.

³Art 57. Não constitui violação de telecomunicação: [...] e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Nesse sentido, em busca de conformidade dos textos legais, no âmbito doutrinário surgiram duas vertentes acerca da legalidade do dispositivo supracitado. Preconiza Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2006, p. 167)

[...] o dispositivo seria inconstitucional (assim como também seriam inconstitucionais todos os dispositivos legais que excepcionam a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações: CPP, arts. 232, 233, parágrafo único, 234 e, sobretudo, 240, § 1º, f, que prevê a exibição e apreensão de cartas, abertas ou não, em determinadas circunstâncias). De acordo com outra tendência, porém, o dispositivo constitucional não poderia configurar regra absoluta, uma vez que nenhum direito ou garantia pode ser assim entendido, dentro dos princípios de interpretação harmônico do sistema constitucional e da conveniência das liberdades.

Foi compreendido que inexistia preceito, ainda que constitucional, com força para instituir caráter absoluto a determinado direito, necessitando a norma ser interpretada de maneira sistemática, ou seja, considerando todo o sistema normativo. Assim, a omissão da Constituição em delimitar excepcionalidades quanto ao sigilo das telecomunicações ainda recusa a ideia de absoluta proibição de romper essa inviolabilidade, que poderia ser realizada conforme ressalvas do Código Brasileiro de Telecomunicações (GRECO FILHO, 2015).

Assim, diante da inflexibilidade constitucional e a excepcionalidade infra legal, os Tribunais discutiram acerca da recepção ou não do Código Brasileiro de Telecomunicações, elaborando entendimentos para conciliar a aplicação no aspecto judicial, sendo os posicionamentos majoritários a favor do cabimento da relativização da inviolabilidade do sigilo das comunicações, conforme prescrevia a legislação infraconstitucional da época. Essa discussão encerrou com a concretização de tal firmamento com o advento da Constituição de 1988.

2.2 O DISPOSITIVO DE INVIOABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A promulgação da Constituição Brasileira de 1988 foi um marco para a nova fase da garantia do sigilo das telecomunicações, visto que na redação do texto constitucional o legislador instituiu de forma específica um dispositivo para tratar acerca desse direito, mantendo o tema como autônomo e com diretrizes específicas, bem como já era tratado de maneira desmembrada de outras inviolabilidades na Constituição anterior.

Contudo, a atualização do assunto se deu com o encerramento das discussões sobre compatibilidade geradas pelas matérias do texto constitucional de 1967 e o Código Brasileiro das Telecomunicações (1962), em virtude do direito das telecomunicações terem seu sigilo com caráter absoluto, mas na legislação infraconstitucional conter exceção que vislumbrava a quebra da inviolabilidade.

Assim, jurisprudências já se manifestavam, as garantias e direitos não são absolutos, podendo ser relativizados de acordo com a necessidade e a disposição legal. Dessa forma, a inviolabilidade das telecomunicações deixou de ser tratada como irrefutável e a própria CF/88 de 1988 dispôs sobre a excepcionalidade da garantia estabelecida.

Portanto, para assegurar a garantia da inviolabilidade das telecomunicações, o legislador ao redigir a norma constitucional, atestou ressalva para encerrar os debates jurisprudenciais e instituir limite tênue entre o próprio direito ao sigilo nessa espécie, como também o alcance a outros direitos, como por exemplo, o acesso de comunicações privadas que sejam suficientes para serem utilizadas como prova processual.

Conforme dito, o dispositivo legal do art. 5º, XII da CF/88, em sua transcrição literal, dispõe que: “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”.

Nesse sentido, o legislador especificou além de haver a ressalva, o rol para determinar as medidas cabíveis que autorizassem o acesso as telecomunicações privadas, bem como delimitou as situações que poderiam ocorrer a excepcionalidade.

Importante destacar que a previsão constitucional, além de estabelecer expressamente a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros. O segredo das correspondências e das comunicações é verdadeiro princípio corolário das inviolabilidades previstas na Carta Maior (MORAIS, 2003).

De acordo com a interpretação extraída da norma, surge o questionamento acerca da receptividade do artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, uma vez que sua matéria dispunha de eventuais excepcionalidades do sigilo garantido. No entanto, por vigorar na redação constitucional a exigência de uma legislação qualificada para descrever as hipóteses cabíveis e estabelecer os limites, direcionando o modo que deveria acontecer a interceptação, o preceito em pauta não atendia essas peculiaridades, pois apenas elencava as situações que seriam passíveis de ‘quebra’ do sigilo, sendo incompleto com que o legislador pretendia.

Com esse formato, foi considerado que a norma infra legal seria insuficiente para atender as necessidades demandadas pelo dispositivo constitucional, sendo firmado o entendimento em decisão do julgamento do Habeas Corpus 73.351-4/SP, ocorrido em 09 de maio de 1996, tornando o preceito constitucional dependente de regulamentação legal específica e encerrando os debates anteriores com a decretação de não receptividade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações (GRECO FILHO, 2015)

Dessa forma, foi superada a possibilidade da existência de garantia ou direito constitucional absoluto, sendo os limites apontados pela própria Carta Magna, como também sendo ponderado em confronto com garantia diversa manifestada no próprio texto constitucional, assim, um direito pode sofrer limitações legais, bem como ser relativizado por outro direito constitucional que se sobreponha em situação concreta.

Isto posto, acerca da ressalva legal, Capez (2019) anotou que a intenção do legislador ao estipular a exceção da norma constitucional foi exclusivamente em relação à hipótese do sigilo das comunicações telefônicas. Destarte, ao preconizar as demais situações do direito de inviolabilidade das comunicações permaneceu estas em seu direito absoluto.

Entretanto, de maneira divergente compreende Mendes e Branco (2018), reiterando a compreensão de que não há direitos absolutos, portanto, todos estão à mercê de restrições judiciais, ainda que sem menção expressa do texto constituinte. Faz-se mister salientar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal (STF) condiz com a diferenciação entre a comunicação de dados e os dados propriamente ditos, assim, verifica-se que a primeira circunstância não atende ao disposto no art. 5º, XII da CF/88.

Nessa perspectiva, acerca das garantias absolutas ou relativas, preconizando a não existência de direito absoluto, como também ampliando a perspectiva do porquê é necessário sofrerem limitações, assenta Moraes (2003, p. 60) que:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Destarte, a jurisprudência é uniforme para o apontamento da inexistência de direito absoluto, sendo reafirmado em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do tema e em matéria do sigilo das telecomunicações, estando indicada também na fundamentação do

Habeas Corpus (HC) 115.983/RJ, que tinha como questão de discussão a violação do direito à inviolabilidade de correspondência:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. DELITO DE HOMICÍDIO. BUSCA E APREENSÃO DE CARTAS AMOROSAS ENVIADAS PELA RECORRENTE A UM DOS CORRÉUS COM QUEM MANTINHA RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL. ART. 240, § 1º, F, DO CPP. VIOLAÇÃO DO DIREITO À INVIOABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA. AUTORIA INTELLECTUAL EVIDENCIADA POR OUTRAS PROVAS COLHIDAS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DO JÚRI. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ADMITIR-SE O WRIT CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. I - A jurisprudência desta Corte consagrou o entendimento de que o princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações (art. 5º, XII, da CF) não é absoluto, podendo o interesse público, em situações excepcionais, sobrepor-se aos direitos individuais para evitar que os direitos e garantias fundamentais sejam utilizados para acobertar condutas criminosas. [...] (BRASIL, STF, 2013, grifo nosso)

Assim, em virtude do princípio da supremacia do interesse público, é compreendido que as garantias e direitos, sejam eles individuais ou coletivos, podem sofrer relativizações, isto é, devido ao interesse social ser amplamente manifesto e estar em eventual confronto ao direito individual, aquele irá prevalecer, sendo o segundo passível de sofrer ponderações conforme os aspectos legais e o caso concreto.

Ademais, sobrevivendo um conflito entre direitos fundamentais não é possível logo definir qual deverá prevalecer, visto que não há hierarquia entre eles, portanto necessita da análise da situação inserida para verificar qual garantia será excedente.

Nesse caso, a inviolabilidade das comunicações está sujeita a reposicionamento, conforme instituiu a excepcionalidade constitucional. Em situações específicas, seria dado o acesso às comunicações, em regra sigilosas, em virtude de importância superior ao direito garantido. Com relação a matéria protegida e no primeiro momento inviolável, faz necessário apresentar a distinção entre a comunicação de dados e os dados propriamente ditos, ou seja, não é toda informação que é protegida pelo disposto no artigo 5º, XII da CF/88, pois o objeto contemplado no dispositivo se trata do conteúdo da comunicação dos dados.

Isto quer dizer que a matéria protegida no texto constitucional é bem mais específica, estando ausente da sua incorporação os dados em si, em outros termos, onde está inserido os dados, como por exemplo a apreensão de notebook ou celular, não estão protegidos pela

legislação de inviolabilidade do sigilo de comunicação, visto que não são as comunicações de dados, mesmo contendo dentro deles (servido de armazenamento) informações de conhecimento privado e sigilosas.

Esse entendimento é encontrado nas decisões e jurisprudências do STF, se tornando harmônico a fim de encerrar discussões que travavam no âmbito processual acerca de violação ao sigilo de comunicação, bem como acerca de ofensa a legislação infra legal que discorre da interceptação telefônica. Nesse aspecto, firmou a fundamentação do Recurso Extraordinário (RE) nº 418.416-8 Santa Catarina (Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário) que alegava a violação do art. 5º, XII da CF/88 no que se refere a proteção da matéria constitucional do sigilo da comunicação, assim, foi declarada a ausência do descumprimento sob a arguição de que:

I. Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análise de teses relevantes da Defesa: recurso extraordinário: descabimento. Além da falta do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356), não há violação dos art. 5º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão esteja motivada, e a sentença e o acórdão recorrido não descumpriram esse requisito (v.g., RE 140.370, 1ª T., 20.4.93, Pertence, DJ 21.5.93; AI 242.237 - AgR, 1ª T., 27.6.00, Pertence, DJ 22.9.00).

[...]

3. Não há violação do art. 5º. XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra de sigilo das comunicações de dados, mas sim apreensão de base física na qual se encontravam (interceptação das comunicações) os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial". 4. A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270). [...] (BRASIL, STF, 2006, grifo nosso).

Preconizada e uniformizada, a jurisprudência do STF alinhou as demais decisões proferidas por outras instâncias e tribunais, estando compreendido que a proteção à comunicação não abrange dados cadastrais em si. Superada mais uma discussão em âmbito da interpretação e o alcance protetivo do dispositivo constitucional, o alvo tornou a ser a excepcionalidade expressa, que necessitava ser regulada por lei própria e específica para definir sua área de intervenção, bem como os mecanismos do modo que deveria ocorrer.

Dessa forma, a intervenção judiciária no direito da inviolabilidade das telecomunicações foi inclusa no dispositivo constitucional de 1988, com isso, outros ramos do direito foram contemplados em benefício, porquanto que o ‘rompimento’ desse sigilo constitui fator importante em face de casos concretos que se dispõe em coletar provas.

Com esse intuito, a esfera penal se dispôs a ganhar amparo em outras formas de resoluções de fatos típicos, ou seja, ampliou seu rol de obtenção de provas, pois a comunicação é fator importante para planejamento e execução de crimes, principalmente quando se trata de vários autores do fato criminal.

2.3 EXCEPCIONALIDADE CONSTITUCIONAL E A VIABILIDADE DA ‘QUEBRA’ DO SIGILO

A redação dada ao preceito constitucional que tratou da inviolabilidade do sigilo das comunicações expressou, explicitamente, ressalva para permitir a quebra da segurança protetiva assegurada por esse dispositivo.

Por isso, para compreender as dimensões e os efeitos dessa excepcionalidade, é necessário fazer a interpretação da literatura redigida pelo legislador, assim, a parte final da norma aduz que o sigilo das comunicações pode ser de acesso a terceiro: “[...] 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” (Art. 5º, XII da CF, 1988).

Desta maneira, logo percebe-se a restrição do alcance da exceção constitucional, firmando o privilégio da possibilidade de aquisição de comunicações privadas apenas com o destino de auxiliar investigações no âmbito criminal ou em sede de instrução processual na esfera do ramo penal, sendo permitidas apenas por expressa autorização judicial.

Estando contemplada apenas a área penal do ordenamento jurídico brasileiro, é notável a preocupação manifestada através da ressalva instituída, uma vez que já firmou em campo jurisprudencial e doutrinário a impossibilidade de suscitar uma garantia fundamental para livrar-se de delito cometido. Elucidando dessa forma, a precaução em afastar a impunidade frente a arguição de direitos fundamentais, assim, como exaurido no tópico anterior, não há direito absoluto, portanto, é refutável a comparação de garantia constitucional em sede de conduta típica criminal.

Com escopo, foi suscitada perante o STF a questão de violação do sigilo das correspondências do preso, sendo preconizada sua relativização através do HC 0257874-60.2006.3.00.0000 SP, sob a premissa de que por motivos de segurança coletiva e ordem no presídio, está ressaltada a interceptação de correspondências dos presos, seguindo as orientações da Lei de Execução Penal nº 7.210/84 (LEP), pois a norma que garante a proteção

da inviolabilidade devido à natureza sigilosa do conteúdo privado não pode ser utilizada como meio de imunidade de fatos típicos.

HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO.

[...]

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. [...] (BRASIL, STF, 1994, grifo nosso)

Na mesma perspectiva reiterou Alexandre de Moraes (2003) no plano doutrinário, evidenciando que a medida da necessidade abarcada diante dos casos concretos e respeitando os alcances da garantia fundamental, bem como as limitações concernentes a interceptação, poderá acontecer a retenção para o acesso das correspondências e telecomunicações de dados em virtude da proteção social contra a impunidade de fatos ilícitos criminais.

Assim, a ressalva que constitui espaço para haver interceptações dentro do ordenamento jurídico brasileiro consiste em uma reserva legal qualificada, visto que o legislador ao instituir o texto constitucional do inciso XII, artigo 5º da CF/88, autorizou não somente a intervenção dentro de um direito fundamental, mas delimitou a atuação interventiva.

Partindo dessa premissa, o conceito expresso por Mendes (2009, p. 343) acerca do tema contempla tal entendimento, asseverando em sua doutrina que:

Tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.

Posto isso, é evidente a atuação do princípio da reserva legal qualificada no teor da norma constitucional do sigilo das comunicações, vislumbrando no conteúdo da sua redação o apontamento de condições especiais necessárias para desenvolver a exceção, ainda determinando finalidades para que sejam atingidas através dos meios que poderão ser utilizados.

Atentando-se ainda para o princípio tratado que rege o dispositivo em estudo, é de suma importância observar as possibilidades para o seu cabimento, distribuindo os devidos requisitos essenciais, sendo exigido, necessariamente, a ordem judicial e rompimento do sigilo destinado a prover elementos em sede de investigação criminal ou instrução processual penal, se achando incompatível com a concessão da excepcionalidade situação diversa da expressa, ainda que com autorização (SARLET; MITIDIERO, 2016).

Da reserva excepcionada do texto constitucional extraem-se formas para ela ser materializada, surgindo assim os institutos da interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina, os quais são espécies de violação das comunicações, destinadas ao mesmo fim, porém constituem definições diferentes, sendo vislumbrados para garantir o postulado básico que orienta a possibilidade de redução da garantia do sigilo das comunicações, o fato que direito fundamental não pode ser usado para mascarar a prática de ilícitos.

Assim, utilizando com base na concepção definida por Cunha e Ferracini Neto (2016), as espécies de violação das comunicações, são diferenciadas, tendo em vista que na interceptação telefônica os dois interlocutores desconhecem o fato de que a conversa está sendo gravada por um terceiro; a escuta telefônica, por sua vez, ocorre quando um dos interlocutores está ciente que um terceiro está gravando a conversa, dispondo de sua anuência; por fim, na captação ou gravação, um dos interlocutores é quem grava a conversa, seja telefônica ou ambiental, em detrimento ao desconhecimento do outro. Ressalte-se ainda a necessidade da autorização judicial nos dois primeiros métodos, facultada no último.

Ademais, a interceptação telefônica disposta na excepcionalidade da norma constitucional acerca da inviolabilidade das telecomunicações, contém seus aspectos normatizados em legislação específica, a fim de delimitar sua dimensão de atuação, como foi definido pelo legislador e no campo jurisprudencial a necessidade de regulamento apartado, visto sua natureza de romper com um direito fundamental.

Outrossim, é inequívoco apresentar que há distinção entre a interceptação telefônica e a quebra de sigilo telefônico, assim, o primeiro instituto trata da interceptação propriamente dita do teor da conversa de terceiros (ou sua, como no caso da gravação), enquanto o último só se destina a constituir informação ao acesso do registro de ligações efetuadas e recebidas do indivíduo (GARCIA; JORGE, 2017).

Destarte, a explanação exauriente desses métodos, bem como as diferenças do ponto de vista procedimental com base na aplicação legal será aprofundada em tópico específico, visando transmitir as minúcias que exige cada técnica que envolve as modalidades de ruptura do sigilo de comunicação.

Por conseguinte, com a lacuna deixada pela redação final do artigo 5º, inciso XII da CF/88, a qual recepcionou a quebra do sigilo de comunicações telefônicas em hipóteses a serem conferidas por legislação própria, foi promulgada em 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.296, que disciplinou esse dispositivo e constituiu regulamentação legal para a atuação da excepcionalidade constitucional em face do assentamento de prova em âmbito de investigação criminal e instrução processual penal.

3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O entendimento jurisprudencial consolidado pelo STF na decisão do HC 73.351-4/SP, no que tange a efetiva aplicação prática da excepcionalidade pactuada na redação final do art. 5º, XII da CF/88, tratou de vedar a execução de interceptações telefônicas enquanto não houvesse a promulgação de lei específica que cuidasse dessa matéria e estabelecesse os limites de sua atuação no plano prático.

Assim, se referindo a uma norma com caráter de eficácia limitada, ou seja, carecendo de normatização do Poder Público para ter aptidão de atuar produzindo todos os seus efeitos, o legislador se atentou a necessidade e a demanda abarcada por essa falta de regulamentação, visto que comprometia outros ramos do direito, especificando o direito penal que deveria ser beneficiado com a relativização do direito fundamental da inviolabilidade das telecomunicações, abrindo espaço para a atuação penalista e investigações criminais nos meios de comunicações, os quais podem fornecer elementos essenciais para a resolução de condutas típicas.

Condizente a exigência do STF, para sanar de vez a lacuna legislativa e dar eficácia plena ao dispositivo que instituiu a excepcionalidade, o legislador decretou a Lei nº 9.296/1996 responsável pela regulamentação do dispositivo apontado. Assim, em razão dos aspectos que envolveram os precedentes para a elaboração da Lei, diante a deficiência causada por sua inexistência, fatores externos corroboraram para que, enfim, essa legislação fosse criada.

3.1 FUNDAMENTOS PARA A CRIAÇÃO DA LEI Nº 9.296/96

A redação que vigorou no art. 5º, XII da CF/88, foi alvo de discussões no âmbito jurisprudencial devido ao questionamento acerca da sua eficácia, sendo o foco das análises hermenêuticas a parte final do dispositivo que concedia legalidade as interceptações telefônicas. No entanto, na mesma redação foi preconizada sua adoção em sede de *'ultima ratio'*, ou seja, em casos que não possam recorrer a outro meio, sendo instituída apenas como último recurso e de acordo com as “[...] hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 1988).

Portanto, nesse contexto, quando promulgada a Constituição em 1988, no ordenamento jurídico brasileiro inexistia lei específica que regulamentasse a matéria exigida pelo artigo supracitado, os operadores do direito da época tentaram preencher a lacuna legal com um artigo do Código de Telecomunicações, o que fora negado, visto a exigência do texto constitucional

em tratar o tema em legislação específica. Assim, em decorrência dessa inferência, o uso da interceptação telefônica estaria impedido até que fosse editada lei própria.

Por conseguinte, as expectativas criadas pelo legislador na redação do dispositivo explanado, apresenta uma pretensão para tornar o processo de ‘quebra’ do sigilo de comunicação mais complexo e até mesmo burocrático, pois como tangível no texto constitucional, esse recurso deve ser utilizado em casos que inexistem outros meios para se obter as informações necessitadas e também em sede de investigação criminal ou instrução do processo penal.

Com isso, apesar da possibilidade de relativização do direito fundamental, essa não aconteceria de forma fácil, devido se tratar de garantia em regra inviolável, possuindo termos próprios para relativizá-la, cabendo ao próprio legislador a tarefa de regulamentação para evitar margem ao uso desenfreado de uma exceção.

Sob essa perspectiva, Cabette (2015, sp) dispôs que a normatização do rompimento da inviolabilidade das comunicações:

[...] Não se contenta com a existência de lei ordinária que somente mencione a possibilidade da interceptação. Exige mais, tal lei há que ser ‘descritiva’, estabelecendo pormenorizadamente as ‘hipóteses e a forma’ em que a diligência poderá realizar-se sob o manto da legalidade.

Nessa vertente, a necessidade de legislação específica sobre a matéria das interceptações telefônicas comprometeu a atuação do direito em âmbito penal, pois atravancou casos concretos que foram comprometidos por carecer do recurso de captação para progredir com a sua definitiva resolução. Assim, a carência legal interferiu diretamente em situações práticas, devido ao entendimento jurisprudencial posicionado na impossibilidade da ocorrência das interceptações enquanto não houvesse texto legal regendo.

Posto isto, importante ressaltar que a jurisprudência se posicionou além da inviabilidade de atuação do rompimento do sigilo, também estendeu seu entendimento para compreender a ilegalidade na insistência em utilizar algum recurso que pudesse ter acesso as comunicações alheia sem consentimento necessário e prévio, tornando-se descartados os dados que foram conquistados de forma indevida.

Ainda nesse aspecto, é interessante ter a ciência que uma prova obtida de forma ilegal contamina de igual forma as que provieram dela, o que causa um prejuízo no progresso das tentativas de elucidar o caso concreto. Acompanhando essa ideia, Grinover (1997, p. 21-22)

deslindou tal entendimento de maneira a detalhar o posicionamento do STF no ponto de vista da interpretação eleita para aplicação factual, apresentando que:

À luz das normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal foi construindo sua interpretação, deixando assentados, por maioria, os seguintes pontos: a) impossibilidade da ordem judiciária de quebra do sigilo telefônico, enquanto não houvesse lei específica disciplinando a matéria, sendo conseqüentemente ilícitas as interceptações assim obtidas; b) adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, de modo a considerar contaminadas pelo vício da ilicitude derivada as provas alcançadas a partir do conhecimento de fatos apurados pela prova ilícita (GRINOVER, 1997, p. 21-22).

Dessarte, depreende-se do entendimento exposto que a necessidade da criação de lei específica é constatada até mesmo na questão de elementos que possam ser obtidos por meio de interceptações, ou seja, mesmo que seja um produto secundário do mecanismo, a ilegalidade irá abranger-la por tratar de recurso utilizado sem fundamento legal exigido. Assim, ainda que cumprida a exigência da autorização judicial e diante da manifesta necessidade, recorrendo apenas em último recurso, a falta da lei regulamentadora comprometia todo procedimento, já que contaminava todas as informações obtidas por meio de captura de comunicações alheias.

Pactuadas nesse sentido, a jurisprudência recusou e indeferiu de maneira concreta a utilização de interceptações durante o período que inexistia a normatização do mecanismo para a captação de comunicações. Desse modo, no HC 73.351-SP, processo nº 0282883-24.2006.3.00.0000 SP, julgado em 09 de maio de 1996, o STF concluiu que:

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 (BRASIL, STF, 1996).

Com essa posição firmada, a retenção de comunicações que foi excepcionada constitucionalmente ficou inerte e impossibilitada de ser colocada em prática definitivamente, estando limitada até a edição de norma específica. Pois, a interpretação dada a matéria ficou restrita a subordinação de uma lei com o papel de legitimar a atuação e estabelecer os limites que deveriam ser obedecidos para apenas assim não configurar violação da garantia das

telecomunicações. Nessa percepção, a teoria dos frutos da árvore envenenada era bem aceita majoritariamente, o que reprimia a atuação dos mecanismos de captação de comunicações, porquanto a obtenção ilegal de interlocuções afetava as informações que poderiam convir como provas em sede de investigação criminal, se tratando dessa forma de uma ilicitude por derivação.

Desse modo, o princípio do devido processo legal rege o ordenamento jurídico penal e possui conexão com a obrigatoriedade de impedir a execução de provas com origens ilícitas, portanto excluindo do rol do conjunto probatório o conteúdo que também foi contaminado por ilicitude em sua origem, ou seja, afetada por derivação. Assim, efetiva o afastamento da utilização de provas integradas por meios ilícitos, bem como trata de preservar as prerrogativas constitucionais responsáveis pela tutela dos direitos e garantias que pertencem aos acusados no âmbito do processual penal (QUAREZEMIN, 2017).

Contudo, a impraticabilidade da execução de retenção de comunicações obstruiu o andamento processual de casos práticos, induzindo a ilicitude espalhar sobre os demais prenúncios que foram gerados da sua origem portadora do fator ilícito, assim, os métodos do processo penal devem ser rigorosamente desempenhados para a produção de provas, indicando a dificuldade que percorreu durante o espaço de tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988 até a vigência da lei que normatizou a parte final do art. 5º, inciso XII da CF/88.

Ainda nesse contexto, como forma de esclarecer a posição predominante do STF em relação a conveniência da regulamentação para a operação das interceptações telefônicas, a jurisprudência do Tribunal se encontrava uniforme, bem como desempenhava além da adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, também praticava a teoria da fonte independente. Elucidando a citada percepção por meio da decisão firmada no HC 0245851-82.2006.3.00.0000 RS, julgada em 30 de junho de 1993:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROVA ILICITA: "DEGRAVAÇÃO" DE ESCUTAS TELEFONICAS. C.F., ART. 5., XII. LEI N. 4.117, DE 1962, ART. 57, II, E, "HABEAS CORPUS": EXAME DA PROVA. I. O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (c.f., art. 5., XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso xii do art. 5. Não recepcionou o art. 57, II, e, da lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. E que a constituição, no inciso XII do art. 5., subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei. II. - No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na "degravação" das escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de "habeas corpus", descer ao exame da prova. III. - H.C. indeferido (BRASIL, STF, 1993).

Conforme o exposto, o julgado abordou a falta de norma regulamentadora para garantir a efetividade de escutas telefônicas, entretanto asseverou a possibilidade das provas, objeto de impugnação do HC, serem adquiridas por fonte adversa e independente, confirmando a sua validade e legalidade, podendo continuar no processo.

Assim, para validar as provas adquiridas, tinha que ser analisada a natureza do conteúdo colhido como material probatório, verificando se sua aparição ocorreria por outro meio e sem a necessidade de recorrer ao uso das interceptações. Segundo essa compreensão, é entendido pela doutrina de Rangel (2011) que o conceito da teoria da fonte independente concentra-se na forma que a prova foi adquirida, não estando apenas ligada diretamente com a prova ilícita, sendo evidente que ela poderia ser produzida através dos desdobramentos naturais das investigações comandadas em razão do caso concreto.

Nesse sentido reconhece o Superior Tribunal de Justiça (STJ) na sua jurisprudência, exceptuando a prova absolutamente independente, como é visto no HC 0083009-70.2018.3.00.0000 SC 2018/0083009-3, julgado em 03 de setembro de 2019:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEVASSA NÃO AUTORIZADA. PROVA ILÍCITA. PROVAS DERIVADAS. ANULAÇÃO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.

[...]

4. O reconhecimento da ilicitude de prova torna imprestáveis todas as que dela são derivadas, exceto se de produção independente ou de descoberta inevitável, conforme entendimento doutrinário, jurisprudencial e legal de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. 5. Ordem concedida para anular as provas obtidas por devassa ilegal dos aparelhos telefônicos e as delas derivadas (BRASIL, STJ, 2019a).

Diante de todo contexto que se encontrava os entendimentos jurisprudenciais, era visto a falta de unanimidade entre os tribunais, diante do STF que majoritariamente seguia a linha da necessidade fundamental de normatização da parte final do art. 5º da CF/88 para viabilizar a ‘quebra’ de sigilo, frente ao confronto de decisões dos outros tribunais, inclusive do STJ, que chegou a decidir de forma oposta, o que gerava instabilidade jurídica e conseqüentemente uma pressão para a definição da lacuna que havia sido deixada pelo ordenamento jurídico (CABETTE, 2015).

Assim, a inércia legislativa gerava tensão devido a indefinição causada pela interpretação concedida ao dispositivo que visava auxiliar o direito penal na resolução de fatos típicos, não sendo possível a atuação efetiva tendo em vista a omissão legal, gerando por meio

disso inúmeras provas ilícitas que no final foram descartadas e deixaram escapar além dos fatos, caminhos que poderiam ser percorridos para resolução justa de uma situação concreta criminal. Com essa preocupação exalante, Grinover (1997, p. 23) tratou de elucidar a dificuldade traçada no período que inexistia a norma regulamentadora devido a urgência que desencadeava, de forma que era vista:

[...] necessidade de promulgação de lei disciplinadora da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, que até tardou demais, principalmente em face da firme posição do Supremo Tribunal Federal quanto à sua indispensabilidade para legitimar as ordens judiciárias autorizadoras.

Portanto, com o advento da Lei nº 9.296/96 que finalmente normatizou a matéria das interceptações telefônicas, o mecanismo passou a ser aplicado de forma efetiva, visto que o dispositivo constitucional que excepcionava sua atuação passou a ter eficácia plena, tornando-se um recurso para auxiliar as investigações e instruções criminais em consonância com as normas impostas no referido ato legal.

Desse modo, ainda que os doutrinadores discutam acerca de suas falhas, importante ressaltar a relevância da legislação em estabelecer os limites, as hipóteses e os procedimentos que deverão ser desempenhados em torno do método de interceptação. Ampliando também o campo de visão para a alteração legal atribuída pelo pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019) que reafirmou o caráter excepcional dos mecanismos de captação das comunicações.

3.2 A OBTENÇÃO DE PROVAS

O estudo da legislação acerca do instituto da interceptação telefônica é guiado pela própria Constituição Federal que ao dispor da inviolabilidade das comunicações no art. 5, XII, conferiu eficácia limitada, pois na sua literalidade transcreveu que a violação da garantia constitucional seria “na forma que a lei estabelecer”. Assim, seguindo o pensamento do autor Capez (2019), a norma constitucional exige complementação, seja por lei complementar ou ordinária, e somente após a edição desta será possível gerar seus devidos efeitos.

Exposto isto, o legislador discorreu acerca da matéria em questão na Lei n. 9.296/96, conferindo a eficácia completa do dispositivo constitucional e dessa forma abrindo novos horizontes para o Poder Judiciário alcançar em casos específicos a verdade real utilizando de outro método para a confecção de provas.

Para delimitar o alcance das interceptações de comunicações telefônicas, é necessário compreender a extensão do seu conceito. A legislação não tratou de definir explicitamente, porém a doutrina de forma inexaurível tenta apresentar de forma lúcida a dimensão do termo, ajudando até mesmo para limitar sua aplicação, que conforme será elucidado não cabe em qualquer situação.

A princípio cabe distinguir dados cadastrais, dados telefônicos e interceptação telefônica. Utilizando o disciplinamento de Garzella, Freitas Júnior e Jorge (2020), os dados cadastrais se tratam dos registros inerentes da própria conta da linha telefônica, ou seja, são o número de contato, nome do proprietário, endereço e número de documentos pessoais, descartando a autorização judicial por não caracterizar direito da intimidade ou privacidade. Enquanto os dados telefônicos lidam com as informações armazenadas pela utilização da conta telefônica, sejam elas as ligações realizadas e recebidas, as mensagens trocadas instantaneamente com outro sujeito e também o reconhecimento da difusão do sinal eletromagnético produzidos pela Estação Rádio Base que proporciona essa comunicação.

Diferente do que sugere a concepção ampla da interceptação telefônica que dá margem ao seu uso perante qualquer comunicação por meio do telefone, o conceito estrito de interceptação telefônica delimita a retenção da comunicação através de sujeito estranho a conversa e sem o consentimento dos interlocutores (GARZELLA, FREITAS JÚNIOR E JORGE, 2020).

Tratando-se de conceito individual da interceptação e traçando sua natureza, Lima (2016, p. 723) faz uma definição esclarecedora, compreendendo a função básica do mecanismo para evitar qualquer confusão posterior, tendo que:

Interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. A expressão deve ser compreendida como o ato de captar a comunicação telefônica alheia, tendo conhecimento do conteúdo de tal comunicação. É de essência da interceptação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação telefônica alheia,

Com o advento da Lei de Interceptação Telefônica, o procedimento foi objetivado especificando suas etapas, bem como as exigências que devem ser cumpridas para assim ocorrer a autorização legal do mecanismo, pois vislumbra seu caráter de último método a ser recorrido para a produção de provas, impondo, por esse motivo, elementos mais rígidos para concluir a necessidade e licitude do seu desempenho em face do fato típico analisado.

Ademais, em relação a aplicação da Lei supracitada, o seu caráter processual penal não engloba a regulamentação de condutas típicas, com exceção dos seus artigos 10 e 10-A⁴ que possuem natureza de tipos penais, logo, irretroativos. Os demais dispositivos são executados de forma imediata, achando-se em consonância com o art. 2º do Código de Processo Penal (CPP)⁵, aplicando-a, dessa forma, aos processos em curso ao tempo da vigência da referida Lei n. 9.296/96 (GOLDFINGER, 2020).

Portanto, os processos que estavam em andamento poderiam ser objetos da interceptação telefônica. Por outro lado, o mecanismo não seria considerado lícito se tivesse sido ordenado anteriormente a Lei, possuindo os posicionamentos do STF e STJ sob essa perspectiva, ou seja, a edição da Lei não isentou as captações de comunicações que foram ilegalmente realizadas. Nesse sentido, a doutrina majoritária seguiu o entendimento dos Tribunais Superiores em adotar a teoria garantista, atestando a ilicitude das provas que foram produzidas por meio das interceptações autorizadas anteriormente a Lei. Assim, sobre o tema preconiza Gomes e Maciel (2011, p. 77-78):

De modo algum, no entanto, a lei nova possui força para convalidar (ou legitimar) interceptações telefônicas autorizadas antes da lei. Ainda que a interceptação tenha sido realizada depois dela. Se autorizada antes, não vale. Tudo por causa do princípio *tempus regit actum*, é dizer, o ato deve ser regido pela lei do seu tempo. Autorização dada de 25-7-96 em diante é válida, se observada a Lei n. 9296/96. Autorização concedida antes da edição deste diploma legal não está regida por lei alguma (seja porque o Código Brasileiro de Telecomunicações não fora recepcionado, seja porque ainda não havia sido regulamentado o inciso XII). Logo, é irreversivelmente nula (a rigor inadmissível), por não atender ao princípio da legalidade. Não pode, portanto, produzir efeitos. Para nós, toda prova colhida por força de interceptação telefônica autorizada antes da lei é ilícita, consoante correto e reiterado entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, e de nada vale, para o efeito de sua admissibilidade, a lei nova.

⁴Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: (Redação dada pela Lei nº 13.869, de 2019)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 13.869, de 2019)

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no **caput** deste artigo com objetivo não autorizado em lei. (Incluído pela Lei nº 13.869, de 2019)

Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

⁵ Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Desse modo, a normatização da parte final do art. 5º, XII da CF/88 tornou efetiva a prática das interceptações telefônicas por meio dos limites delimitados na Lei. De acordo com sua disposição os procedimentos devem ser preenchidos para deflagrar a autorização judicial sob conformes legais e na ótica das duas fases do processo criminal: inquérito policial e ação penal. Assim sendo, o objetivo da Lei traça o espaço para atuação de um meio de prova, a interceptação telefônica. Mas, devido seu caráter envolver a quebra de um direito constitucional foi necessário determinar seus fins, expondo de forma prática a teoria de Garzella, Freitas Júnior e Jorge (2020, p. 31): “A interceptação das comunicações telefônicas é meio probatório, possui finalidade de produzir elementos informativos em investigação criminal e provas em instrução processual penal, condicionada sua validade, sob sigilo de justiça, à autorização judicial prévia”.

Ademais, se extrai dessa finalidade intrínseca que as provas produzidas irão compor um rol probatório que, em tese, sequer seriam encontradas por outro meio, assim tornando-as únicas. No entanto, importante apresentar que inexiste hierarquia das provas no ordenamento jurídico brasileiro, dessa forma, os elementos advindos das interceptações irão compor o conjunto de provas no processo, não sendo absolutas sobre as demais.

Posto isso, a doutrina em consonância com o posicionamento das decisões recorrentes do STJ, também apresenta a possibilidade da fundamentação de sentenças com base no conteúdo provindo das interceptações, nesses termos elucida Goldfinger (2020, p. 937):

A interceptação telefônica, por ser um meio de prova, que se fixará no processo por meio de um documento ou ainda através de um depoimento, pode legitimar a decisão judicial, conforme já decidiu o STJ, pois nos termos do art. 155 do CPP, o juiz pode condenar fundado nas interceptações telefônicas realizadas no inquérito policial, pois se trata de uma prova “cautelada com contraditório diferido”: “(...) 2. À luz do art. 155 do CPP, é possível condenar o réu com lastro em interceptação telefônica (prova cautelada com contraditório diferido) convergente com as demais provas obtidas no processo penal e com a declaração de testemunha ouvida na fase policial. (...)” (REsp 1688915/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 20/03/2018).

Contudo, demonstrado o alcance que as interceptações podem atingir e se tratando de excepcionalidade do direito a intimidade, esse recurso não foi abordado de forma que deixassem a completa disposição do público, assim, para utilizá-la deve ser inserida nas diretrizes que estabeleceu a Lei.

Em vista disso, a interceptação telefônica depende de expressa ordem ou autorização do Poder Judiciário, mais especificadamente o juiz competente da ação principal, conforme determina o art. 1º c/c art. 3º da Lei n. 9.296/96⁶.

Adepto a essa linha de pensamento, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na Resolução nº 59/08 tratou em expor diretrizes para proceder a interceptação de comunicação telefônica, dispondo que:

Art. 2º Os pedidos de interceptação de comunicação telefônica, telemática ou de informática, formulados em sede de investigação criminal e em instrução processual penal, serão encaminhados à Distribuição da respectiva Comarca ou Subseção Judiciária, em envelope lacrado contendo o pedido e documentos necessários.

Nesses termos, a Lei nº 9.296/96, logo no seu art. 1º, respeita e garante o caráter sigiloso da medida que é preconizada acerca da sua tramitação sob segredo de justiça, bem como nas pretensões que cabem sua atuação. Consoante com o aparato legal, Grinover (1997, p. 22) preleciona a respeito do assunto: “A lei declaradamente regulamenta o dispositivo constitucional, de modo que é natural sua restrição à quebra de sigilo telefônico para prova em investigação criminal e em instrução processual penal”.

Explorando a legislação, precipuamente, depara-se com a preocupação em resguardar o sigilo e a excepcionalidade da utilização do recurso prescrito, abarcando todos os modos de comunicação, desta forma, não importa o meio utilizado, a inviolabilidade das conversas está protegida, ressaltando o estabelecido na lei de interceptações e ainda assim conferindo o segredo de justiça (GRECO FILHO, 2015).

Como exaustivamente tratado, é uma exceção à regra, assim argumenta Tomás (2002, p.39):

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

⁶Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Ainda conforme pressupostos da legislação para proceder a interceptação telefônica, o art. 3º da lei em estudo é objetivo ao delimitar que para o procedimento ocorrer, necessita, obrigatoriamente, da autorização do juiz, seja de ofício, por requerimento do representante do Ministério Público ou pela autoridade policial responsável pela investigação.

Por outro lado, não é possível conceder a utilização das interceptações em âmbito cível ou administrativo, pois se trata de hipóteses excluídas do rol de concessão desses mecanismos. No entanto, sendo o recurso de interceptação utilizado em situações oportunas e lícitas, se cabíveis, podem compor o conjunto probatório de outro processo de forma emprestada.

Ademais, a falta de autorização para a realização da interceptação telefônica, captação ambiental ou quebra do segredo de justiça constitui tipificação penal, estando firmada na legislação através do advento da Lei nº 13.869/19 (rege os crimes de abuso de autoridade) e a Lei nº 13.964/19 (modifica o processo penal, conhecido por ‘pacote anticrime’), tendo o conteúdo captado inutilizado por contaminação de ilicitude.

Dessarte, a legislação indicou as hipóteses que devem estar situadas no caso concreto para ocorrer a efetiva autorização da interceptação de comunicações telefônicas, estando elencadas no rol do art. 2º da Lei 9.296/96 os devidos requisitos que devem ser cumpridos cumulativamente, sob risco de ser negado em virtude da ausência de algum, sendo eles: a) abertura de inquérito policial em andamento ou instaurado procedimento do Ministério Público investigativo; b) indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; a produção da prova não ser efetivada por outros meios disponíveis; c) agente do fato ser imputável; e, d) o fato investigado deve constituir infração penal punida com pena de reclusão, mantendo assim seu caráter excepcional e destinando sua necessidade a crimes mais graves (BRASIL, 1996).

Nesse aspecto, importante ponderar acerca da competência do juiz que irá autorizar ou ordenar a interceptação, destinando ao magistrado que é competente, segundo as normas processuais penais e de organização judiciária, a análise do prosseguimento do inquérito policial e assim ser o responsável por ordenar medidas jurisdicionais de caráter urgente (GOLDFINGER 2020).

Seguindo esse entendimento, a teoria do juízo aparente adotada possibilitou a validação das provas adquiridas em sede de juízo incompetente posteriormente conhecido, por inicialmente ter sido colocado como aparentemente competente, nesses termos:

Salutar ponderar que a incompetência do juízo que decidir sobre a interceptação tornará a prova ilícita, salvo quando, no curso da interceptação, o juiz declarar-se incompetente tão logo surjam elementos que demonstrem estarem, o delito ou o investigado, sob jurisdição de outra autoridade, passando-se o feito a quem competente for (Garzella, Freitas Júnior e Jorge, 2020, p. 32).

Na doutrina, Cunha e Ferracini Neto (2016) discorre aspectos peculiares da Lei 9.296/96 que enfatiza a reserva do instituto, a exemplo da formulação do pedido da interceptação que deverá conter elementos que demonstrem sua real necessidade, afastando que a produção de provas não acontecerá por outro meio; a decisão devidamente fundamentada, sob o risco de nulidade, e em 24 horas, sendo permitida, analisada a urgência, verbalmente e posteriormente reduzida a termo; prazo de duração estabelecido em 15 (quinze) dias, podendo ser prorrogado por igual período conforme imprescindibilidade do caso concreto.

Ainda se destaca, em análise da Lei nº 9.296/96 que o Ministério Público (MP) deverá ter ciência da autorização da interceptação, bem como acompanhará o procedimento. Em respeito ainda ao sigilo e direito a intimidade, o conteúdo das captações de comunicações será de acesso as autoridades do caso e ainda sendo parte da gravação desinteressante para a confecção de provas, inutilizadas por decisão judicial a requerimento do MP ou do interessado em qualquer fase que estiver o andamento do processo (BRASIL, 1996).

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) estão atualizados com o tema, acompanhando as desenvolturas de diversos fatos conforme *habeas corpus* julgados e as polêmicas que surgem, sendo de extrema relevância explaná-los para entender melhor as transformações e inovações do instituto da interceptação telefônica

Nesses termos, é inegável que a interceptação não é o único mecanismo que comporta a função de retenção de conversas, deparando assim com os desdobramentos que abarcam a legislação em pauta e também os outros mecanismos que não foram devidamente regulados. Assim, para delimitar a alçada da Lei nº 9.296/96 é indispensável um estudo das espécies de captação de comunicações que nela foram reguladas e com isso regem de acordo com suas disposições, respeitando suas particularidades e também apontando o tipo ideal para realizar a função de obtenção de provas diante do caso.

3.3 MÉTODOS DE CAPTAÇÃO DA COMUNICAÇÃO VERBAL

Em virtude dos métodos de captação de comunicações serem variados, a legislação específica que rege essa matéria excepcional não teve a atenção em regulamentar todos, dessa forma, englobando no teor legal algumas dessas manifestações. Por isso, é importante especificá-los para apresentar suas diferenças, bem como sua forma de atuação.

Nesse aspecto, acompanhando a ideia de individualizar os principais recursos de retenção de comunicação, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2006, p. 164) preconizam os seguintes métodos:

[...] a) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a interceptação da conversa entre presentes, por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d) a interceptação da conversa entre presentes por terceiro, com conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a gravação clandestina da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) a gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s).

Depreende-se da legislação vigente que o fundamento da lei abrange tão somente as interceptações de comunicações telefônicas e telemáticas, como também a captação ambiental. Portanto, os principais mecanismo para captar comunicações auditivas, concentram-se nas interceptações, escutas e gravações, sendo pressupostos fundamentais para o reconhecimento dos procedimentos e sua legalidade, partindo da ideia que o operador do direito deve entender o mecanismo a ser utilizado e assim colher provas para que possam auxiliar no processo.

Nesses termos, é ideal fazer uma exploração doutrinária que busca exaustivamente definir os conceitos dos recursos supracitados, bem como nas divergências encontradas acerca da inserção deles na Lei 9.296/96 e a devida regulamentação legal.

A princípio, o mais evidenciado e também aplicado, a interceptação telefônica trata de terceiro estranho na conversa captando o conteúdo do áudio telefônico, portanto, os envolvidos não têm ciência da ocorrência da gravação (GRECO FILHO, 2015).

No que diz respeito a escuta telefônica, esse mecanismo acontece quando terceiro capta a comunicação telefônica alheia, porém um dos interlocutores possuiu o conhecimento de que esteja sendo gravada a conversa (CAPEZ, 2019).

As gravações telefônicas ou clandestinas referem-se àquelas feitas por um dos interlocutores da conversa, porém em desconhecimento do outro. Tal mecanismo é lícito em sede de defesa do acusado e possui procedimento mais simples, não carecendo da autorização judicial. A Lei 9.296/96 abarcou tal situação através da derrubada do veto presidencial do dispositivo que incluiu o método por meio da Lei nº 13.964/19, introduzindo a seguinte redação ao art. 8º-A, § 4º da Lei de Interceptação Telefônica: “A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação”.

A legalidade desse mecanismo também possui antecedentes nas jurisprudências do STF e STJ, estando alinhada nesse sentido o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 0016548-61.2001.8.19.0002 RJ 2015/0131644-5 no STJ:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. ILICITUDE. AFASTAMENTO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ÓBICE DA SÚMULA 211/STJ. RECURSO IMPROVIDO. 1. É lícita a gravação telefônica realizada por um dos interlocutores, ainda que sem o consentimento do outro, sendo apta sua utilização no convencimento do juiz sentenciante. [...] (BRASIL, STJ, 2017)

Conduto, ainda no que concerne a aplicação do mecanismo da gravação clandestina como meio de obtenção de provas e ser lícito o conteúdo captado para compor o conjunto probatório, Goldfinger (2020, p. 941) elenca hipóteses que devem ser analisadas para decidir sobre isso com base na própria situação fática:

- a) a conversa não possui caráter sigiloso, portanto, ainda que o outro desconheça que está sendo gravada, tal gravação poderá ser utilizada como prova lícita em qualquer processo;
- b) a conversa possui caráter sigiloso, imposto de forma expressa por uma das partes: dessa forma não poderá haver uma gravação lícita da conversa entre as partes, razão pela qual não poderá ser utilizada como prova, sendo que, uma vez utilizada, trata-se de prova ilegítima.
- c) a conversa possui caráter sigiloso, porém fornece prova da inocência de algum réu ou de um dos interlocutores: será validada a prova, pois trata-se de hipótese de estado de necessidade, que torna legítima a captação.

A Lei nº 13.964/19 inseriu a regulamentação da captação de comunicação ambiental, indicando seu procedimento legal semelhante à interceptação. Ocorrendo o método ambiental quando terceiro desconhecido, que esteja no mesmo local/ambiente, capta a comunicação entre interlocutores, podendo ser em lugar público ou privado com o teor do assunto sigiloso ou não (GOLDFINGER, 2020).

Dessa forma, ainda tem como base legal a Lei nº 12.850/13 que normatiza a definição de organização criminosa, bem como dispõe sobre seu procedimento e meios de provas. Nesse sentido, preconiza a possibilidade de interceptações telefônicas e telemáticas, além de captação ambiental. Posto isto, a gravação ambiental realizada por um dos participantes da conversa não necessita de autorização e poderá ser juntada como conteúdo probatório.

Nesses termos, sugere também o entendimento jurisprudencial, consoante o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 0005747-06.2018.4.02.0000 RJ 2018/0230678-4, proferido pelo STJ:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE CAPITAIS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. CAPTAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR DELATOR PREMIADO. MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA EXPRESSAMENTE PREVISTO NO ART. 3º, II, DA LEI N. 12.850/2013. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA SUA REALIZAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não há que se falar em ilegalidade da prova obtida ao argumento de se tratar de ação controlada sem prévia autorização judicial, pois no caso em exame não se trata de agente policial ou administrativo, conforme prevê o art. 8º da Lei n. 12.850,2013, mas de captação ambiental (gravação clandestina) realizada por colaborador premiado, meio de obtenção de prova expressamente previsto no art. 3º da referida lei. 2. "É válida a utilização da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores do diálogo como meio de prova no processo penal, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes." (RHC 59.542/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 14/11/2016). 3. Recurso em habeas corpus desprovido. (BRASIL, STJ, 2019b)

Por conseguinte, mesmo diante da explanação dos métodos e seus procedimentos legais, estando firmados em legislação específica ou sendo admitido em sede jurisprudencial, ainda perdura algumas divergências na abrangência da lei acerca da implantação da escuta telefônica na normatização da Lei nº 9.296/96. Leciona Grazella, Freitas Júnior e Jorge (2020, p. 30-31) que: “[...] a Lei de Interceptação Telefônica se aplica exclusivamente aos casos de interceptação telefônica ou telemática, no sentido estrito, além de escuta telefônica. Nestes casos, é imprescindível a ordem judicial anterior que autorize o monitoramento de condutas criminosas”.

Em contraposição, Cabette (2015) expressa que para configurar a interceptação deve haver, essencialmente, a participação de terceiro alheio na conversa que não seja interlocutor e os próprios interlocutores não estejam cientes da gravação. Concluiu ainda o autor que caso haja a presença do participante da conversa no procedimento, descaracterizará a interceptação e se encaixará nos outros mecanismos de captação.

Dessa forma, após vasta exposição do estudo sobre as espécies de captação de comunicações, o questionamento gira em torno da sua aplicação dentro dos limites estabelecidos na legislação na mesma proporção que respeita seu caráter excepcional de mitigação do direito fundamental da inviolabilidade das telecomunicações, conferindo para não haver um excesso na sua atuação por parte do Judiciário, além da possibilidade de mascarar seu uso ilegal. Vale evocar o *status de ultimo ratio* dado as interceptações e que mesmo diante de expressa autorização judicial pode verificar ilegalidade oculta e com fundamento diverso do verdadeiro objetivo.

4 O LIMITE DO USO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

As provas são elementos essenciais para o processo penal e no andamento para a formação da convicção do juiz, por isso os meios para que sejam colhidos os materiais probatórios devem ocorrer conforme a legislação preconizar. Ademais a própria legislação e doutrina faz a listagem exemplificativa de formas de obtenção de provas, visando o encaminhamento processual de acordo com a legalidade.

Posto isso, a interceptação telefônica foi excepcionada na Constituição Federal e regulamentada em lei própria (9.296/96) para auxiliar investigações penais e instruções em sede do processo penal. A legislação foi necessária para que o mecanismo pudesse atuar dentro da legalidade e, assim, não ser situação de violação do sigilo das comunicações, ou seja, ilícitas. No entanto, é importante apresentar que o ordenamento jurídico brasileiro se preocupa com a possibilidade de utilização ilegal de meios para obtenção de provas, abordando as interceptações e os seus respectivos limites, tanto quanto ao conteúdo como nas situações práticas.

4.1 PROVAS PRODUZIDAS POR INTERCEPTAÇÕES E A VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES

A fixação da possibilidade de realização de interceptação telefônica em âmbito penal na redação do art. 5º, XII da CF/88, desencadeou sob os juristas a tarefa de controlar a imediata reação do uso desenfreado desse mecanismo nos processos em curso, decorrendo ilicitudes nas provas que foram produzidas por ele entre o período da promulgação da Carta Magna até a edição da Lei 9.296/96, pois nesse hiato a falta de regulamentação causou a ilicitude de todas as provas obtidas por meio do recurso da interceptação sob fundamentação da violação do sigilo das comunicações, garantia constitucional.

Dessa forma, com os aspectos definidos em legislação própria, é nítida a intenção de manter a interceptação telefônica como recurso de excepcionalidade, estando expressa essa vontade nas disposições que constituem a lei, pois delimita a sua área de atuação e indica os casos que poderão recorrer ao seu desempenho, o excesso e o desrespeito às regras processuais acarretam a ilicitude.

Nesse aspecto, em sede de provas ilícitas, a Constituição da República tratou de firmar como garantia a impossibilidade da aceitação de provas obtidas por meios defesos, preconizado

no art. 5º, LVI, da CF/88 que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, a legislação brasileira não delimita as espécies de provas, mas exclui aquelas que violam os procedimentos legais para sua obtenção.

Portanto, para reafirmar o dispositivo supracitado, o art. 157 do CPP⁷ expôs que em caso de provas ilícitas, essas devem ser retiradas do processo, visto terem ferido diretamente normas e preceitos constitucionais. Ainda na norma aludida, os seus parágrafos apresentam, em regra, as provas derivadas das ilícitas como inadmissíveis, excepcionando aquelas que pudessem ser conquistadas por outro meio, ou seja, através de fonte independente seria possível encontrar a prova pelo simples procedimento investigativo ou da instrução criminal, como também em casos que as provas oriundas não tivessem nexos causal entre elas. Dessa maneira, o CPP foi íntegro em apresentar a adoção das teorias dos frutos da árvore envenenada e a da fonte independente.

A Lei 9.296/96 assentou as situações que não poderiam constituir caso para utilizar a interceptação telefônica, configurando a ilicitude das provas geradas em hipótese de descumprimento desses preceitos, como também podem ser submetidas a atuação das teorias discorridas anteriormente. Em vista disso, para se esquivar da constante atuação ilícita, a regulamentação invocou o princípio da proporcionalidade para intermediar o uso de interceptação telefônica e a “quebra” do direito da inviolabilidade das comunicações, pois havendo conflito de direitos constitucionais deverá intervir a ponderação entre as diligências necessárias para resolução do conflito, por isso os direitos não são absolutos e a excepcionalidade de violação ao sigilo das comunicações é devidamente regulamentada para auferir seu procedimento.

Grinover (1997) tratou o tema de maneira bem enfática recordando que no processo é vedada a constituição de provas obtidas por origens ilícitas, fazendo menção ao princípio da proporcionalidade e teoria dos frutos da árvore venenosa, pelas quais, conforme pensamento da

⁷Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

autora, justificaria a ressalva constitucional da quebra do sigilo das comunicações, bem como o cuidado em delimitar as hipóteses que podem ocorrer.

A rigidez da lei se revela devido à necessidade de manter a interceptação como recurso reservado, apenas podendo ser utilizado na falta de outros meios capazes de produzirem as provas substanciais. Dessa forma, o legislador cuidou para afastar os excessos, evitando que o judiciário convertesse em praxe o procedimento da interceptação, pois poderia se tornar um mecanismo confortável e acessível para obter evidências condenatórias para o processo em detrimento a desarmonia do direito do sigilo das comunicações. À vista disso, a fundamentação do requerimento e autorização da interceptação telefônica é elemento essencial para demonstrar o real interesse e necessidade do procedimento em face do objeto que atuará o mecanismo, sob risco de ser indeferido o prosseguimento ou até mesmo configurar sua ilicitude.

Nesse ponto de vista, é importante o juiz responsável pela autorização do procedimento de interceptar as comunicações fazer a devida ponderação e análise do caso prático, exercendo o devido controle da mitigação da inviolabilidade das telecomunicações, valorando se outros meios de provas seriam capazes de produzir conteúdo probatório com o mesmo interesse, até alcançando o resultado almejado pelas disposições da autoridade policial ou Ministério Público. Entendendo que para o magistrado competente:

Recomenda-se adotar o critério da razoabilidade, ou seja, coerente com as circunstâncias do caso concreto. Os requisitos constantes dos incisos I e II do art. 2º, da Lei nº 9.246/96 carregam evidente dose de subjetividade. Todavia, para não se transformar em arbítrio, contrariando a restrição que encerra, urge que o despacho analise os dados objetivos, por exemplo, de lugar, hora e recursos técnicos. Em havendo disponibilidade de outros meios probatórios, evidentemente, impor-se-á o indeferimento (CERNICCHIARO, 1997, p. 57).

Posto isso, já é de conhecimento que a interceptação telefônica é o *ultimo ratio* dos meios de provas, essa posição é importante para manter a integridade da inviolabilidade das comunicações ao máximo que o ordenamento jurídico for capaz de proteger, sendo imprescindível sua observância ao considerar a hipótese da quebra do sigilo telefônico, pois a desobediência dessa regra acarreta a ilicitude das provas geradas, sendo passível de embasar absolvição nos casos que os autos não possuam outros fundamentos.

Em consonância a esse discernimento exposto, se encontra em conformidade o julgamento do STJ em face do Recurso Especial (REsp) nº 0522772-36.2013.8.21.7000 RS 2014/0208355:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. MATERIALIDADE DO DELITO. ANÁLISE PREJUDICADA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

[...]

3. Segundo o disposto no art. 2º, II, da Lei n. 9.296/1996, será admitida a interceptação de comunicações telefônicas se a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis, o que também não se verificou no caso. 4. Uma vez que a ilicitude das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas, bem como de todas as que delas decorreram, constitui fundamento autônomo e suficiente o bastante para ensejar a absolvição dos réus [...]. (BRASIL, STJ, 2019c)

Outro preceito que rege a autorização da interceptação telefônica está associado a devida fundamentação esclarecendo a necessidade da instauração do recurso no processo, bem como a forma que será executada respeitando o prazo fixado na lei de quinze (15) dias, sujeita a renovação pelo mesmo prazo que importará em nova comprovação da essencialidade. A ausência de comprovação da indispensabilidade da diligência supracitada causa o indeferimento do pedido e, a falta de fundamentação na decisão judicial que autoriza provoca a nulidade. Nesses termos comportou o julgamento do REsp 0032431-88.2006.8.26.0451 SP 2016/0335468 pelo STJ:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA A JUSTIFICAR O DEFERIMENTO DA MEDIDA. NULIDADE DAS PRORROGAÇÕES SUBSEQUENTES E PROVAS DERIVADAS. RECURSO PROVIDO. 1. É exigida da gravosa decisão que defere a interceptação telefônica a concreta indicação dos requisitos legais de justa causa e imprescindibilidade dessa prova, que por outros meios não pudesse ser feita. 2. Diante da ausência de fundamentação casuística, em genérico decreto de quebra cabível a qualquer procedimento investigatório, é reconhecida a nulidade dessa decisão e das decisões subsequentes de prorrogação, assim como das provas derivadas, a serem aferidas pelo juiz do processo. 3. Recurso especial provido anular a decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico, as sucessivas prorrogações e as provas delas consequentes, a serem aferidas pelo magistrado na origem, que devem ser excluídas dos autos, sem prejuízo do prosseguimento da ação penal com base em outras provas. (BRASIL, STJ, 2018a)

Ademais, em sede de estudo das hipóteses de cabimento da deflagração da interceptação telefônica, surge o questionamento da sua fundamentação em face de denúncias anônimas, se essa teria força suficiente para embasar a necessidade das diligências que afastariam o sigilo das comunicações. Em virtude disso, a jurisprudência preconizou o entendimento que a mera denúncia anônima não possui aptidão para justificar a provocação de mecanismos com o objetivo de interceptar.

Dessarte, a ausência de pedido valoroso para demonstrar a primordialidade do mecanismo de captação da comunicação é motivo de inépcia, logo, será indeferido pelo juiz competente. Da mesma forma é entendido fragilidade em pedido de interceptação em razão de denúncia anônima, tendo em vista o HC 443.331/SP, julgado em 18/09/2018, no qual o STJ julgou possível a denúncia anônima como fonte de justificativa da determinação de interceptações telefônicas, no caso de atuarem para minúcia das investigações criminais e assistida de elementos suficientes que provem a necessidade da quebra de sigilo das comunicações (PAGOTTO; CUNHA, 2019).

Assim, as normas já preconizadas no processo penal em relação a denúncia anônima para fundamentar a autorização de interceptação telefônica se junta com a posição jurisprudencial em favor de que deverá haver averiguações preliminares para que se conclua pela necessidade da diligência de captação de comunicação. Na ausência de investigações prévias, a mera denúncia anônima é insuficiente para embasar o pedido, comportando a ilicitude caso venha a ser deferida, o julgamento HC 0064534-34.2018.1.00.0000 MG 0064534-34.2018.1.00.0000 pelo STF deslindou sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. DEFLAGRAÇÃO DE PERSECUÇÃO PENAL A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA CORROBORADA POR OUTRAS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. Não há ilegalidade flagrante na decisão que determina a interceptação telefônica do paciente, uma vez que suficientemente fundamentada. 3. Conforme consolidada jurisprudência desta Corte, a denúncia anônima é fundamento idôneo a deflagrar a persecução penal, desde que seja seguida de diligências prévias aptas a averiguar os fatos nela noticiados. 4. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, STF, 2020a)

O prazo estabelecido na Lei 9.296/96 também pode gerar nulidade das provas obtidas se for estendido sem a devida comprovação da necessidade ou se ultrapassar o prazo legal sem solicitar o pedido da renovação. O propósito da limitação da duração da interceptação telefônica tem fundamento na própria garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações, dessa forma, não se pode estender por um longo período a quebra de sigilo do indivíduo, pois perderia seu caráter excepcional.

Isso posto, é imprescindível o cumprimento do dispositivo 5º da Lei 9.296/96 para o prosseguimento da interceptação telefônica no processo, suas diretrizes tornam legal a captação de comunicação, possuindo detalhes mais rígidos devido a cautela para evitar abusividade na sua utilização.

Nesse sentido, o tema já foi objeto de ação julgada no STJ através do Agravo em Recurso Especial do processo nº 0012372-91.2010.4.03.6181 SP 2017/0265986-8, apresentando o entendimento adotado pelo Tribunal no que consta sobre o prazo e sua renovação para atuação das interceptações telefônicas:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.192.676 - SP (2017/0265986-8)
RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL AGRAVADO: MAGALI BERTUOL ADVOGADOS: FABIO TOFIC SIMANTOB - SP220540 MARIA JAMILE JOSÉ E OUTRO (S) - SP257047 AGRAVADO: JONATAN SCHMIDT PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PROVAS ILÍCITAS. TEORIA DA CONTAMINAÇÃO EXPURGA. VIOLAÇÃO AO ART. 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE SUMULAR DO ENUNCIADO 7/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO.

[...]

STJ, em julgamento do Habeas Corpus nº 142.045/PR, fazendo menção a alguns destaques, a seguir: "EMENTA. Comunicações telefônicas (interceptação). Investigação criminal/instrução processual penal (prova). Limitação temporal (prazo). Lei ordinária (interpretação): Princípio da razoabilidade (violação). É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo-se, porém, a interceptação 'nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer'. A Lei nº 9.296, de 1996, regulamentou o texto constitucional especialmente em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação, admitindo-a por igual período, 'uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova'. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse o prazo da Lei nº 9.296/96 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito." (BRASIL, STJ, 2018b)

Identificada a ilicitude das provas obtidas por meio da interceptação telefônica ilegal, o CPP expressa no art. 157 que elas deverão ser desentranhadas dos autos, uma vez que foi violada garantia constitucional e não conterà qualquer forma de eficácia, devendo também ser destruída as provas, após serem declaradas inadmissíveis por decisão judicial, consoante preconiza o § 3º do mesmo dispositivo (BRASIL, 1997).

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro conduziu que somente a declaração de ilicitude das provas não seria suficiente para afastar a influência do material obtido na resolução do litígio, podendo induzir os sujeitos processuais a usarem o conteúdo probatório ilícito como fundamentação para suas alegações, da mesma forma que poderia causar interferência na formação da convicção do juiz julgador competente. Sobre o tema, Cunha e Pinto (2020, p. 520) expressa que:

O desentranhamento dos autos (bem como sua destruição) tem por objetivo sepultar, de vez, qualquer possibilidade de consultar a tal prova. Se ela foi reconhecida como ilícita, assim declarada por decisão judicial transitada em julgado, não há qualquer razão lógica para sua manutenção nos autos. Evita-se, assim, que a parte interessada se sinta tentada a invocá-la e, pior, que as instâncias superiores eventualmente se impressionem com seu teor. Melhor seu desentranhamento e posterior inutilização.

A respeito da ponderação que deve ser empregada às provas produzidas por meio das interceptações telefônicas, é imprescindível esclarecer que o direito brasileiro adota que não há hierarquia ou peso maior nos critérios a serem empregados para valoração do conjunto probatório e conseqüentemente formar a concepção do magistrado, firmando a ideia do princípio do livre convencimento garantindo ao magistrado a liberdade para construir o seu convencimento em relação a situação fática processual, conduzido apenas pelos fundamentos fixados nos autos independentes de qual foi o meio de produção, desde que idôneos.

Destarte, baseado nas diretrizes e diligências essenciais que devem ocorrer para que seja autorizada e proceda a interceptação telefônica, o direito brasileiro além de estabelecer legislação própria que regulamentou esse meio de obtenção de prova, também se comprometeu em âmbito internacional de cumprir regras firmadas em tratados e acordos que protegem o sigilo das comunicações, ainda que diante de possível mitigação dessa garantia, visto que a retenção de comunicação por rede de telefonia é um procedimento que faz parte dos ordenamentos jurídicos de países como Alemanha, Estados Unidos, Reino Unido, entre outros.

4.2 “QUEBRA” DO SIGILO DE COMUNICAÇÕES NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A garantia de inviolabilidade das comunicações individuais é preconizada também em tratados internacionais que se preocupam em harmonizar entre os países a devida salvaguarda do direito a intimidade e privacidade. Desse modo, acordos foram normatizados para firmar a prerrogativa de preservação ao sigilo do indivíduo em suas trocas de comunicações, como também vislumbra a mitigação do direito em virtude de diligências necessárias que buscam respostas em sede criminal, mantendo o intuito de tê-la como exceção.

Nessa perspectiva, o Brasil além de estabelecer na Constituição Federal a respectiva proteção do direito ao sigilo das comunicações, buscou pactuar por meio de tratados internacionais o comprometimento de cuidar desse direito, bem como tutelar para quando houvesse violação ilegal deles sujeitar os autores a punições apropriadas.

Nesse contexto, o país é signatário de tratados como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ambos com disposições que regem sobre a vida privada e o dever de conservá-la frente a exequíveis violações discricionárias. Dito isso, é relevante expor o transcrito dos artigos dos respectivos tratados assinados pelo Brasil e que foram implantadas no ordenamento jurídico através de decretos, tendo assim o Decreto nº 678/92 que instituiu o Pacto de São José da Costa Rica, discorrendo no artigo 11 a 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. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas (BRASIL, 1992).

Com redação semelhante, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos também assentou do tema, conferindo o mesmo caráter protecionista a vida privada, da mesma maneira que repreende o atentado a sua garantia por abusividades, pactuado através do Decreto nº 592/92 manifestando no artigo 17:

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas (BRASIL, 1992).

Ante o exposto, o cenário internacional se preocupou em inserir de maneira moderada a aplicação de procedimentos que possibilitassem facilitar as investigações no processo penal e assim dar abertura a métodos que ensejassem a resolução de conflitos que não tivessem como produzir provas por outros meios, ampliando o conjunto probatório que oportunizou a introdução da interceptação telefônica.

Nessa linha, o país se comprometeu em adotar no ordenamento jurídico procedimentos de captação de interlocução para auxiliar o direito penal em sede de instrução e inquérito, portanto devendo conciliar a garantia do sigilo de comunicações com a aplicação desses métodos, visto que deverá respeitar os limites de excepcionalidade. Com isso, Goldfinger (2020, p. 933) expõe a participação e o comprometimento do Brasil no que concerne a esse tema, preconizando que:

Certo ainda, é que o Brasil também assumiu compromissos internacionais, os quais preveem a necessidade implementação de técnicas especiais de investigação, como as interceptações telefônicas, como: a) Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988, artigo 1º, 'I', e artigo 11, que prevê a entrega vigiada ou controlada); b) Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo de 2000 (art. 20 versa acerca da entrega vigiada e outras técnicas de investigação como vigilância eletrônica e operações encobertas); c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida de 2003 (art. 50, que disciplina sobre a entrega vigiada, vigilância eletrônica e outras de mesma índoles e as operações secretas, assim como para permitir a admissibilidade das provas derivadas dessas técnicas em seus tribunais); d) da Recomendação do Grupo de Ação Financeira Internacional sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF, Recomendação 27); e e) Regulamento Modelo de Comissão Interamericana para o Controle de Abuso de Drogas (CICAD/O.E.A., artigo 5º) ou mesmo com a legislação nacional (Lei nº 9.613, de 03.03.1998, Lei de "Lavagem" de Dinheiro".

Portanto, mesmo com o incentivo internacional em estabelecer as interceptações telefônicas como meio de produção de prova, o zelo para manter a linha tênue entre o recurso e o sigilo das comunicações passou a enfrentar preocupações e situações que tornaram alvo da atenção mundial no enfrentamento a abusividade do poder jurídico e a grave violação ao direito da intimidade do indivíduo. Em consonância com esses receios, alguns acontecimentos ganharam repercussão pública, exemplificado de forma breve os notórios casos de Klass e Malone, submetidos à European Court of Human Rights (ECHR), e o caso Jody Lee Miles nos Estados Unidos.

No caso Klass e outros, cinco indivíduos alemães se manifestaram através de requerimento contra a República Federal da Alemanha sob alegações que foram vítimas de interceptações telefônicas ilegais realizadas sem a posterior notificação aos sujeitos, arguindo que foram violadas as obrigações do Estado alemão em relação a garantir a intimidade e o sigilo das telecomunicações, sendo submetidos ao Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) para julgamento e chegando à conclusão de serem improcedentes por não ofender o direito à privacidade, pois a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) tinha procedentes na legislação para fundamentar a atuação das interceptações telefônicas realizadas⁸ (ECHR, 1978).

No que concerne ao caso Malone, o britânico interpôs requerimento em face ao Reino Unido (Grã-Bretanha e Irlanda do Norte) sob argumentação de estar sendo paciente de suscetíveis interceptações telefônicas autorizadas pelo Secretário de Estado do Departamento

⁸CEDH (1950): Artigo 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida 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 infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

do Interior britânico sem o devido consentimento do sujeito, bem como foi utilizada fora dos limites expressos no art. 8º do CEDH, desrespeitando a intimidade do indivíduo, posição consubstanciada pelo TEDH, expondo também a falta de lei inglesa e galesa para regulamentar o assunto da interceptação telefônica (ECHR, 1984).

Por sua vez, o caso Jody Lee Miles foi proposto em face do Estado estadunidense de Maryland, tendo o réu apresentado apelação para que fosse revista a sentença de pena de morte decretada, com isso a Corte de Apelação do referido Estado identificou a ilicitude da interceptação telefônica utilizada no processo em tela, pois fora realizada por particular sem consentimento dos interlocutores, tampouco autorizada judicialmente. No entanto, a revelação dessa ilegalidade, ainda que afastada dos autos o procedimento da interceptação, não teve força suficiente para reverter a sentença estipulada, pois foi reconhecido que as provas obtidas poderiam ser providas de fonte independente, como também possuíam conexão com a captação da comunicação telefônica, afastando a ilicitude dela (SILVA, 2014).

Impulsionado por esses fatores, foram notadas as ameaças que poderiam surgir com o excesso do uso das interceptações telefônicas e a falta de regulamentação dela nos ordenamentos jurídicos das nações. Posto isso, o cenário mundial se movimentou para firmar essa preocupação, instituindo na XIX Seção da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa realizada em 1968 a recomendação 509 voltada ao receio que cercava a utilização dos mecanismos de captação de comunicações em face da vida privada, o tema ainda foi assunto na Conferência Internacional dos Direitos do Homem (Teerã, 1968) e teve atenção da Assembleia-Geral das Nações Unidas que na Resolução nº 2.450 firmou a questão em tela (GOLDFINGER, 2020).

Com o objetivo de garantir o respeito a inviolabilidade das comunicações e concedendo os limites para atuação da interceptação telefônica, o Estado brasileiro também já foi alvo de Corte Internacional que cobrou explicações acerca da utilização de recursos que violaram o sigilo das conversas telefônicas de indivíduos, alegando que a autorização do mecanismo ocorreu fora das situações legais.

4.2.1 Condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH): caso Escher e outros

No que concerne ao caso Escher e outros vs Brasil, é importante contextualizar a situação e os motivos que fizeram a Corte Interamericana se envolver. Assim, a situação ocorreu no estado do Paraná, sendo a primeira ação cometida no dia 05 em maio de 1999, quando o

major da Policial Militar Waldir Copetti Neves requereu a juíza Elisabeth Khater a autorização para realizar interceptação telefônica na sede da Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA). Em 12 de maio de 1999, o Terceiro Sargento da Polícia Militar, Valdecir Pereira da Silva requereu a mesma juíza um segundo pedido de autorização de interceptação telefônica, instalada na sede da Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (ADECON). Ambos os requerimentos se tratavam de cooperativas de trabalhadores associados ao Movimento Sem Terra (MST) e a magistrada opinou pelos deferimentos das diligências sequer fundamentando a decisão, não intimando o Ministério Público do procedimento, tais condutas são exigidas expressamente pela legislação vigente, Lei nº 9.296/96 (CIDH, 2009).

Ademais, não obstante o desrespeito às normas legais se apresentarem visíveis, o prazo de quarenta e nove dias (49) que ocorreram as gravações violam o estabelecido nas normas brasileiras, o flagrante atentado perdurou ainda com a divulgação de trechos dos áudios captados na mídia em geral e noticiário nacional da Rede Globo, que possui alta repercussão, na manifesta intenção de incriminar os trabalhadores, ofendendo o dever de sigilo que carece o procedimento de interceptação (CIDH, 2009).

Diante de tantas irregularidades que atuaram para o andamento da interceptação telefônica nessa situação, foi proposta na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a demanda 12.353 que denunciava a escandalosa afronta a Lei de Interceptação Telefônica pela República Federativa do Brasil, requerendo a declaração de ilicitude dos atos frente ao desrespeito evidente às garantias de proteção a vida privada, intimidade e sigilo das telecomunicações previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (GOLDFINGER, 2020).

Em respeito a posição da Corte, a decisão foi em favor do reconhecimento da violação dos direitos expressos pelo Estado Brasileiro que atentou contra as garantias que se comprometeu em proteger na Convenção Americana de Direitos Humanos (1996)⁹, expondo

⁹Convenção Americana de Direitos Humanos (1996)

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. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Artigo 16. Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. 2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição,

seus cidadãos aos riscos inerentes de serem alvos de operações ilícitas, estando ainda isentando os autores da deflagrada ilegalidade. Posto isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil compelindo a proceder com: a) investigação árdua e imparcial em tornos dos agentes que participaram das diligências das interceptações telefônicas para possíveis penas de responsabilidade; b) realizar ato público admitindo a responsabilidade internacional pelas violações praticadas; c) divulgar a sentença publicando no Diário Oficial; d) o dever do Estado reparar integralmente, por meio de indenizações, as vítimas pelos danos morais sofridos em decorrência da divulgação na imprensa das conversas interceptadas sem autorização (CIDH, 2009).

Diante do exposto, a condenação do Estado Brasileiro em âmbito internacional no que diz respeito ao mau uso da interceptação telefônica expõe a forma que os operadores do direito conduzem o mecanismo, como também demonstra a dificuldade em mantê-la como exceção perante as garantias constitucionais firmadas. Assim, a busca pelo equilíbrio ainda é questão a ser tratada pelo judiciário para efetuar o devido controle com base na legislação e no senso que deverá existir para interpretar a situação prática mantendo a proporcionalidade entre a necessidade da interceptação como um meio de proteger a ordem e a segurança possibilitando a admissão de novas provas e a ameaça que pode representar para as garantias de liberdade e intimidade/vida privada do indivíduo.

4.3 O IMPACTO E A REPERCUSSÃO DA ATUAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS FRENTE A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DE COMUNICAÇÃO NO BRASIL

Desde a promulgação da CF/88, quando possibilitou o exercício de retenção de telecomunicações em situações específicas, surgiu a idealização desse mecanismo como forma de produção de provas essenciais para provocar condenações de sujeitos nos crimes acusados. Assim, o ato de interceptar recebeu um elevado poder por parte da população, criando expectativas nessas diligências para alcançar a ‘justiça’ desejada, também atraindo os sujeitos processuais (autoridades policiais, representantes do Ministério Público e Magistrados) a

pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

utilizarem dela para obter vantagens nos casos e conseguir de forma mais rápida a resolução do conflito o qual foi submetido com o resultado pretendido.

Impulsionado pelo discurso autoritário acerca da impunidade que norteia a justiça brasileira, cresceu na sociedade a propagação de ideias que o direito penal deve sustentar penas e recursos mais agressivos e de caráter repressivo, dando espaço para que seja estimada medidas com teor procedimental em detrimento as garantias constitucionais, vê-se uma ideologia difundida na qual os meios se tornaram meros expectadores desde que o fim seja justificado pela falsa concepção de ordem e proteção social (CABETTE, 2015).

Nessa perspectiva, há uma preocupação com ideias que sugerem o prejuízo de direitos constitucionais inerentes a pessoa humana. Por essa linha, assenta Cabette (2015, sp) que se trata: “Certamente esta visão distorcida alimentada pela sede de lucros da mídia e pela desmedida ambição política daqueles que viram no ‘direito penal simbólico’ uma fonte de dividendos eleitorais, impede o correto dimensionamento do papel do processo penal e do direito penal”.

Dessarte, a existência da Lei nº 9.296/96 concedeu poderes para a execução da interceptação telefônica com o objetivo de auxiliar autoridade policiais em sua função de investigação e identificar fatos típicos, abrangendo as alternativas de meios para obtenção de provas necessárias, o qual diante dos acordos firmados pelo país, é relevante que no estado democrático globalizado oportunize mecanismos que acompanhem a evolução tecnológicas em face da prevenção da desordem ou do crime.

À vista disso, passou a ser responsabilidade do juiz competente o controle com vistas a frear o uso descabido e sem direcionamento das interceptações telefônicas, pois apenas ele detém o poder de efetivamente autorizá-la, sendo imprescindível o cumprimento de todos os requisitos legais objetivos, bem como o encargo subjetivo, se encontrando na necessidade que carece o processo em aplicar o mecanismo e obter provas. Deve ser entendido desde o princípio que a regra é pela manutenção da inviolabilidade de comunicações, devendo o direito ser mitigado em último caso quando exaurido as demais opções de métodos para produzir provas.

Desse modo, foi adotado no ordenamento jurídico brasileiro com relação a interceptação telefônica o sistema de verificação prévia de controle de legalidade, concedendo ao magistrado competente essa função jurisdicional exclusiva, devendo no momento que requerida a solicitação para adoção da respectiva técnica de retenção de comunicação exercer a apuração da legalidade para autorizar o método, não podendo fazê-la em momento posterior sob risco de ilicitude devido ao caráter de violação a direito constitucional que poderá concretizar (GOLDFINGER, 2020).

As hipóteses que cercam a aplicação da interceptação telefônica se firmam em indícios suficientes para deflagrar corretamente o procedimento, dessa forma por ser caracterizado a interceptação telefônica como procedimento pós-delito, não é contemplada pela legislação a presunção de ser autorizada interceptação de prospecção, ou seja, basear a admissão da técnica de captação de comunicação respaldada apenas na pessoa acusada, sendo insuficiente o dado real ou indícios de que houve ação ilícita penal, valendo-se de pressuposições para apurar se o sujeito está de fato envolvido na infração penal referida (GARZELLA, FREITAS JÚNIOR E JORGE, 2020).

Outrossim, norteia a interceptação telefônica a manutenção do sigilo de justiça das gravações obtidas, somente os sujeitos processuais com ligação diretamente deverão ter acesso as transcrições colhidas, acontecendo a captação das comunicações sem qualquer divulgação a terceiros estranhos ao processo até que sejam devidamente juntada aos autos, assim, apenas depois disso o sigilo será dispensado, em que pese o juiz não ter decretado a permanência do sigilo nos autos, impedindo a exposição do conteúdo na mídia (BRASIL, 1996).

Manifesta-se com essa condição a atuação da interceptação telefônica ajustada com a garantia constitucional da liberdade de imprensa, uma vez que para legalizar a propagação das gravações colhidas em sede das interceptações telefônicas nos veículos de comunicação devem estar em acordo com o caso concreto, pois pode configurar tipificação prevista no art. 10 da Lei 9.296/96 que entrevê a quebra do sigilo de justiça.

Em relação a violação do sigilo das interceptações telefônicas, casos ganharam repercussão na esfera nacional devido ao claro desrespeito a norma. Em 1998, a revista 'Época' denunciou a existência de grampo no Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) imputando a ilicitude aos agentes da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) pela prática de escutas telefônicas que gravaram conversas reveladoras acerca da privatização do sistema Telebrás, sendo apontada uma estratégia que visava promover o apoio da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil (Previ) em benefício ao consórcio do Banco Opportunity, pertencente ao banqueiro Daniel Dantas, para aquisição da Tele Norte Leste (TAVARES, 2021).

O escândalo que ficou conhecido pelo 'grampo do BNDES', escancarou conversas vazadas envolvendo o Presidente do Brasil (Fernando Henrique Cardoso), o Ministro das Comunicações (Luiz Carlos Mendonça de Barros), o Presidente do BNDES, André Lara Resende e o Diretor do Banco do Brasil. Os integrantes do governo da época pediram demissão, foram acusados de improbidade administrativa e absolvidos, enquanto os funcionários da ABIN

envolvidos na ilicitude das gravações foram condenados a 3 anos e 4 meses de prisão pela autoria do grampo, o crime no final foi prescrito (BRASIL, 2020).

Posto isso, ainda causam impactos os efeitos dessa violação flagrante ao direito da inviolabilidade de comunicações, devido a repercussão que ainda cercam esse caso, visto tratar de assuntos governamentais. Ainda perdurou as condenações para indenizar os envolvidos, conforme também instituiu o REsp 961512 SP 2007/0137278-0 julgado pelo STJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. DECLARAÇÕES PÚBLICAS DE MINISTRO DE ESTADO. IMPUTAÇÃO DA AUTORIA DE DIVULGAÇÃO DE GRAVAÇÕES CLANDESTINAS A EMPRESÁRIO AUTOR DA DEMANDA. EPISÓDIO CONHECIDO COMO "GRAMPO DO BNDES". OBRIGAÇÃO DE REPARAR. INAPLICABILIDADE DO VERBETE SUMULAR N.º 07/STJ À ESPÉCIE. PREMISSAS FÁTICAS BEM DELIMITADAS PELAS INSTÂNCIAS DE COGNIÇÃO PLENA. [...] 4. Os atos reconhecidamente perpetrados pelo demandado, consistentes na reiteração de manifestação pública, em diversos veículos de comunicação, imputando ao autor da demanda a responsabilidade pela divulgação do conteúdo de gravações telefônicas obtidas a partir da prática de ilícito penal, no episódio que ficou nacionalmente conhecido como "grampo do BNDES", constituíram dano moral indenizável [...] (BRASIL, STJ, 2010)

Portanto, no conflito de direitos decorrentes da liberdade de imprensa e do sigilo inerente as interceptações telefônicas quando ainda em decurso, deve ser feita a análise da situação concreta inserida, evitando que a divulgação na mídia além de violar requisito da diligência, inflame a população para fazer juízo de valor sobre o processo em andamento, com também pode tipificar crime estabelecido na Lei 9.296/96. Nesse aspecto, a jurisprudência também direciona esse entendimento para resolver a incompatibilidade das garantias constitucionais mencionadas, como julgado pelo STF no RE nº 638360 RJ:

EMENTA Agravos regimentais em recursos extraordinários. Recursos submetidos ao regime do CPC/73. Agravo regimental interposto por Infoglobo Comunicações Ltda. e outros. Intempestividade. Agravo regimental interposto por Globo Comunicação e Participações S/A e outros. Direito Constitucional. Liberdade de imprensa. Divulgação de conversas gravadas obtidas por meio de interceptação telefônica. Suposta colisão entre a garantia da liberdade de expressão e comunicação e o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Utilização de informações sigilosas obtidas por meios ilícitos. Impossibilidade.

[...]

2. Possibilidade de empresa jornalística publicar conversas telefônicas interceptadas e gravadas clandestinamente por terceiros, as quais foram mantidas entre o agravado e outras pessoas, a cujo conteúdo a empresa teve acesso. 3. A liberdade de informação jornalística se justifica em razão do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial, ao direito de ser informado, desempenhando a referida garantia uma função social ímpar, motivo pelo qual deve ser exercitada de forma livre e desembaraçada. 4. Muito embora nossa Magna Carta traga garantias

assecuratórias da liberdade de informação jornalística, ela elenca também as balizas ao exercício dessa liberdade, no § 1º do art. 220, que enumera as normas prescritas no próprio texto constitucional, no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV (livre manifestação do pensamento e vedação ao anonimato; direito de resposta; possibilidade de indenização por dano à imagem; respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas; livre exercício de trabalho, ofício ou profissão; direito de acesso à informação e garantia de sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional). 5. Consignou-se, no acórdão recorrido, que a informação em questão, objeto do pedido de impedimento de divulgação, foi obtida mediante a prática de ilícito penal, por interceptação telefônica sem autorização dos interlocutores, em flagrante desrespeito ao direito à intimidade e ao sigilo das comunicações telefônicas. Vê-se, portanto, que não se trata de hipótese habitual de confronto entre liberdade de informação e direitos da personalidade. 6. O controle judicial perpetrado na origem não constituiu censura prévia à informação, mas apenas garantiu que fosse assegurado o sigilo das comunicações telefônicas, uma vez verificada ofensa à liberdade de comunicação alheia. Assim, o cerne da questão posta nos autos não está concentrado na proibição de divulgação das informações e na liberdade de imprensa, bem como na inviolabilidade à intimidade, mas sim na ilicitude perpetrada quando da obtenção do produto objeto da notícia. 7. A liberdade de informação jornalística não legitima a utilização de informações sigilosas obtidas por meios ilícitos [...] (BRASIL, STF, 2020b)

Adormecida as questões em torno da interceptação telefônica e a sua atuação legal, o tema foi novamente evocado devido aos acontecimentos que envolveram a famosa “Operação Lava Jato”, tornando-se público e repercutido o flagrante uso do recurso em torno da figura do ex-presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva e a condução do procedimento pelo juiz da 13º Vara Federal Criminal de Curitiba, Sérgio Moro.

Nas decisões tomadas para o decurso da operação é evidente o peso que foi atribuído às gravações obtidas, questionando a legalidade do procedimento na situação fática, visto que os fundamentos atribuídos para justificar a utilização do grampo não se encontrou totalmente em consonância com a legislação, tampouco os atos que sucederam a divulgação na mídia, sendo alvo de discordância até mesmo a competência do juízo para deflagrar a autorização da diligência.

Dessa forma, fazendo uma linha temporal dos fatos, em relação a autorização da interceptação telefônica, é devidamente controverso o ato provido pelo magistrado Sérgio Moro em 16 de março de 2016 que despachou a autorização do afastamento do sigilo de comunicação do ex-presidente Lula e a atual presidente da época, Dilma Roussef, a pedido do Ministério Público Federal (MPF), captando as conversas que em sede estaria além da sua competência, visto ser notório a existência de foro por prerrogativa de função por um dos interlocutores, a presidente da República no referido período, tornando a competência das interceptações do STF, conforme preconiza o art. 102, I, b da CF¹⁰.

¹⁰Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

O maior ato que trouxe proporção nacional desenfreada foi pela decisão do juiz em divulgar o conteúdo das gravações, em regra sigiloso, na mídia, trazendo reações imediatas dos juristas acerca da decisão e dividindo correntes em polos extremos devido a propagação da publicidade dos áudios, exprimindo opiniões sobre o caso, seja pela defesa ou acusação dos sujeitos envolvidos.

Nesse aspecto, é importante notar o pensamento de julgamento que domina a sociedade que pressiona o judiciário por ‘justiça’, condizendo com o discernimento de Mattos (2019, p. 88):

Quando a interceptação telefônica se faz pública através da mídia a respeito de determinado conteúdo extraído de uma conversa, a imagem, a honra, a intimidade e o sigilo das pessoas interceptadas, certamente, serão atingidos. Se a interceptação foi realizada de maneira ilícita pela autoridade jurisdicional, e mesmo que depois tente se retratar do ato, dificilmente a reputação de um agente político, por exemplo, será reconquistada, com divulgação já realizada dos conteúdos que possam expor sua vida pessoal ou profissional perante a sociedade [...]

Posto isso, após a divulgação na mídia da decisão unilateral do magistrado do caso, a defesa teve reação imediata, interpondo ao STF uma Reclamação (nº 23.457/Paraná) para tentar amenizar os efeitos que poderiam decorrer da ordem judicial, estando fundamentada a peça em face das seguintes alegações:

[...] (b) o magistrado de primeira instância, “*ao constatar a presença de conversas de autoridade com prerrogativa de foro, como é o caso da Presidenta da República, [...] deveria encaminhar essas conversas interceptadas para o órgão jurisdicional competente, o Supremo Tribunal Federal*”, nos termos do art. 102, I, b, da Constituição da República; (c) “*a decisão de divulgar as conversas da Presidenta - ainda que encontradas fortuitamente na interceptação - não poderia ter sido prolatada em primeiro grau de jurisdição, por vício de incompetência absoluta*” e (d) “*a comunicação envolvendo a Presidenta da República é uma questão de segurança nacional (Lei n. 7.170/83), e as prerrogativas de seu cargo estão protegidas pela Constituição*” (BRASIL, STF, 2016a, grifos do autor).

No despacho realizado no dia 17 de março de 2016 que tratou também do pedido de quebra do sigilo telefônico nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR, deferido no dia anterior, buscando apresentar explicações e fundamentos para a decisão tomada, em trechos do referido ato, o juiz dispôs que:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o Procurador-Geral da República;

Como havia justa causa e autorização legal para a interceptação, não vislumbro maiores problemas no ocorrido [...].

Não é ainda o caso de exclusão do diálogo considerando o seu conteúdo relevante no contexto das investigações [...].

A circunstância do diálogo ter por interlocutor autoridade com foro privilegiado não altera o quadro, pois o interceptado era o investigado e não a autoridade, sendo a comunicação interceptada fortuitamente. Ademais, nem mesmo o supremo mandatário da República tem um privilégio absoluto no resguardo de suas comunicações, aqui colhidas apenas fortuitamente, podendo ser citado o conhecido precedente da Suprema Corte norte-americana em *US v. Nixon*, 1974, ainda um exemplo a ser seguido [...] (PARANÁ, Justiça Federal, 2016).

Em face do reflexo provocado pela difusão do conteúdo nos veículos de comunicação, os argumentos foram formados para apontar a ilicitude das decisões vindas a público, enquanto o juiz defendia suas ações dentro do juízo. Em sentido contrário e crítico aos fatos sucessíveis, Streck (2016, sp):

[...] 6. O juiz Sergio Moro, sabedor de que estava em suas mãos uma prova ilícita (que ele confessou ser “irregular”), assumiu o risco de ser enquadrado no artigo 325 do Código Penal (revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação). Além disso, violou no mínimo seis artigos da Resolução 59 do CNJ, mas especialmente o artigo 17.

7. Também não poderia ter divulgado as interceptações feitas com autoridades com foro especial. Quando entra alguém no grampo com um foro que não é do juiz que determinou, cessa tudo o que musa canta e um valor mais alto se alevanta: no caso, remessa ao STF [...]

Por outro lado, a **Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE)** demonstrou em nota, apoio ao posicionamento de Moro, conforme foi exposta em matéria jornalista do G1 (2016), tratando que:

As decisões tomadas pelo magistrado federal no curso deste processo foram fundamentadas e embasadas por indícios e provas técnicas de autoria e materialidade, em consonância com a legislação penal e a Constituição Federal, sempre respeitando o Estado de Direito. No exercício de suas atribuições constitucionais, o juiz federal Sérgio Moro tem demonstrado equilíbrio e senso de justiça.

Diante de todas manifestações, a referida decisão recaiu sobre o STF que passou a julgar a admissibilidade das interceptações, bem como a legalidade das provas produzidas por ela. Na deliberação em face da medida cautelar pedida na Reclamação nº 23.457/PR impetrada pelo paciente da interceptação telefônica que teve as gravações vazadas na mídia, sob a égide do ministro Teori Zavascki, o pleno do supremo referendou a concessão da medida pelo relator:

RECLAMAÇÃO. CONSTATAÇÃO DO ENVOLVIMENTO DE AUTORIDADES COM PRERROGATIVA DE FORO, INCLUSIVE A PRESIDENTE DA REPÚBLICA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CONCRETA PROBABILIDADE DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 102, I, B, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEVANTAMENTO DE SIGILO DO CONTEÚDO DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS. REMESSA DOS AUTOS AO STF PARA ANÁLISE DO INTEIRO TEOR DAS INVESTIGAÇÕES. LIMINAR DEFERIDA. DECISÃO REFERENDADA. 1. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal, e não a qualquer outro juízo, decidir sobre a cisão de investigações envolvendo autoridade com prerrogativa de foro na Corte, promovendo, ele próprio, deliberação a respeito do cabimento e dos contornos do referido desmembramento. 2. No caso em exame, não tendo havido prévia decisão desta Corte sobre a cisão ou não da investigação ou da ação relativamente aos fatos indicados, envolvendo autoridades com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, fica delineada, nesse juízo de cognição sumária, quando menos, a concreta probabilidade de violação da competência prevista no art. 102, I, b, da Constituição da República. 3. Embora a interceptação telefônica tenha sido aparentemente voltada a pessoas que não ostentavam prerrogativa de foro por função, o conteúdo das conversas cujo sigilo, ao que consta, foi levantado incontinenti, sem nenhuma das cautelas exigidas em lei passou por análise que evidentemente não competia ao juízo reclamado. 4. A existência concreta de indícios de envolvimento de autoridade detentora de foro por prerrogativa de função nos diálogos interceptados impõe a remessa imediata ao Supremo Tribunal Federal, para que, tendo à sua disposição o inteiro teor das investigações promovidas, possa, no exercício de sua competência constitucional, decidir acerca do cabimento ou não do seu desmembramento, bem como sobre a legitimidade ou não dos atos até agora praticados. 5. Liminar deferida. Decisão referendada, por seus próprios fundamentos. (BRASIL, STF, 2016b)

Em ocasião posterior, o relator anulou o material obtido por meio das gravações realizadas durante a conversa do ex-presidente e atual presidente da época, enfatizando no referido despacho à Reclamação nº 23.457/PR que houve a incompetência do juiz para a referida interceptação, bem como erro na condução que o motivou a divulgar a mídia do grampo na imprensa, o qual desobedeceu norma de sigilo constitucional, também assentado na Lei de Interceptação Telefônica sob previsão de mantê-la sem acesso a terceiros até firmada nos autos do processo. Ênfase ao seguinte trecho proferido pelo ministro Teori Zavascki:

São relevantes os fundamentos que afirmam a ilegitimidade dessa decisão. Em primeiro lugar, porque emitida por juízo que, no momento da sua prolação, era reconhecidamente incompetente para a causa, ante a constatação, já confirmada, do envolvimento de autoridades com prerrogativa de foro, inclusive a própria Presidente da República. Em segundo lugar, porque a divulgação pública das conversações telefônicas interceptadas, nas circunstâncias em que ocorreu, comprometeu o direito fundamental à garantia de sigilo, que tem assento constitucional. O art. 5º, XII, da Constituição somente permite a interceptação de conversações telefônicas em situações excepcionais, ‘por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’. Há, portanto, quanto a essa garantia, o que a jurisprudência do STF denomina reserva legal qualificada. A lei de regência (Lei 9.269/1996), além de vedar expressamente a divulgação de qualquer conversação interceptada (art. 8º), determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º). Não há como conceber, portanto, a divulgação pública das conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal (BRASIL, STF, 2016a).

Diante do que foi relatado, demonstra a instabilidade que ainda apresenta a interceptação telefônica no ordenamento jurídico brasileiro, manifestando a rigidez que deve ser traçada para o seguimento dos procedimentos legais, visando preservar as garantias constitucionais e observar os ritos processuais, precisando as autoridades judiciais se limitarem ao que prescreve a lei, afastando o exercício abusivo que ameaçam tornar a natureza da persecução penal em inquisitório e podem provocar aos acusados prejuízos irretratáveis no que concerne à honra, imagem e moral.

Nesse sentido, Grinover (2013, p. 340) discorre que perante os limites estabelecidos, tem de haver uma predileção, sustentando que: “[...] entre interesse punitivo e garantias do indivíduo no processo, deve ser fixada uma precisa hierarquia de valores, sublinhando-se a exigência de que o uso processual das interceptações telefônicas seja subordinado à legalidade do procedimento adotado para sua obtenção”.

Ademais, o CNJ através da Resolução nº 59/2008, regularizou o procedimento do instituto da interceptação telefônica, instruindo para nos casos de quebra de sigilo haver uma uniformidade, bem como direcionando para um sistema de monitoramento e controle sob os casos instaurados. A Resolução nº 328/2020 automatizou a monitoração das interceptações telefônicas que abastece o Sistema Nacional de Controle de Interceptações de Comunicações (SNCI), sendo instituída a Base Nacional de Dados Processuais do Poder Judiciário (DATAJUD) com o objetivo de conservar os dados importantes referente aos processos em andamento no país e melhorar a eficiência do SNCI.

Como resposta as polêmicas que envolveram o procedimento da interceptação telefônica frente aos casos repercutidos em virtude do vazamento de conteúdos em áudios pela operação Lava a Jato, o CNJ elaborou a Resolução nº 217/2016 – alterando a resolução nº 59/2008 – pretendendo revestir a Lei nº 9.296/1996 de restrições, freando o Poder Judiciário da prática de utilizá-la em excesso e reiterando a inviolabilidade constitucional resguardada. Ainda no teor da tratada disposição, observou a precaução para impedir a continuação de vazamentos dos conteúdos que exigem segredo de justiça, concebendo medidas com esse propósito, sob pena de responsabilidade às autoridades competentes.

Por isso, para fortalecer e preconizar a rigidez que requer o tema, a legislação desde os acontecimentos que ganharam proporções em face ao questionamento da sua eficácia, demonstrou meios para cumprir a ideia principal que consiste na exceção do procedimento que institui o afastamento do sigilo da comunicação. Assim, além da Resolução do CNJ supracitada, em 2019 a legislação incluiu as tipificações penais que configura o crime a captação ambiental sem autorização judicial e o crime por abuso de autoridade realizar a interceptação telefônica

sem a autorização judicial ou com objetivos não autorizados pela lei ou quebrar o segredo de justiça.

Assim, concernente a atuação da diligência em pauta, nota-se ainda uma obscuridade na legislação, pois essa preferiu tratar de delimitar genericamente as hipóteses de não aplicação, invés de explicitar as causas permissivas da retenção de comunicação por rede de telefonia. Permanecendo ainda a incerteza da garantia quanto o caráter excepcional em face a sua aplicação, necessitando da vigilância dos magistrados quanto a sua função de admitir a utilização do procedimento e a proibidade para não usufruir do poder em busca de prejudicar uma parte do processo por motivações alheias aos constituídos nos autos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dispositivo constitucional que inaugurou a legalidade da relativização do direito a inviolabilidade das comunicações foi o precursor para buscar promover dentro das tecnologias de interlocuções apurações de condutas ilícitas penais, contemplando a admissão de mais um meio para obtenção de provas em sede de investigação e instrução criminal desde que estejam em conformidade com as normas legais.

Ajustado no artigo 5º, XII da CF/88, a proteção do sigilo das comunicações, sua parte final qualificou a recepção da interceptação telefônica sob égide de lei própria que normatizasse a matéria especificamente, cominando assim na edição da Lei 9.296/96 que regulamentou justamente a atuação da ‘quebra’ do sigilo das comunicações particulares em face do encaminhamento do processo penal e sua cooperação na resolução de conflitos delituosos.

Com o advento da lei supracitada, o procedimento da interceptação telefônica finalmente foi validado e passou a ter exercício legal no ordenamento jurídico brasileiro. As hipóteses percorridas literalmente na lei trataram de confirmar as situações que não seriam aptas para inserção da captação de áudio como meio de obter provas em investigação criminal ou instrução processual penal. Desse modo, as disposições legais abordaram de forma genérica o campo de atuação das interceptações, delimitando cenários que impedem a deflagração do mecanismo com o intuito de mantê-la como excepcionalidade, visto que a preocupação com a possibilidade de instauração dele em desfavor do sujeito processual acusado é o excesso em mitigar a garantia da inviolabilidade das telecomunicações.

À vista disso, a legislação elegeu o juiz competente do processo para realizar um juízo de valor do requerimento em favor da autorização da interceptação telefônica, devendo dispor da essência do princípio da proporcionalidade para fazer a devida ponderação sobre a necessidade do procedimento diante do caso concreto, sendo imprescindível que seja respeitado a condição de *ultimo ratio* do mecanismo em tela. Assim, além das circunstâncias objetivas que rege a legislação referente aos fatos típicos, penas e atos que devem preencher para ser possível a autorização do mecanismo de captação de áudios telefônicos, exige-se que substancialmente seja notória a posição essencial que carece o caso pela instauração da interceptação telefônica, ou seja, por meio de outras fontes não seria capaz produzir as provas que reclama a situação fática.

Com a análise das jurisprudências do STF e STJ percebe-se a preocupação em manter a rigidez da reserva da quebra do sigilo das comunicações, reafirmando os limites estabelecidos para realizá-la, bem como estabelecendo o risco de ilicitude que podem gerar pela inobservância

das diretrizes legais assentadas. No âmbito internacional, o Estado brasileiro se comprometeu em proteger a inviolabilidade das comunicações individuais como inerentes a pessoa humana e desdobramento do direito da privacidade e intimidade, portanto em tratados e acordos firmados é tema a necessidade da relativização dessa garantia visando o benefício da esfera penal, porém novamente foi levantado a questão da excepcionalidade dos recursos que visam o ‘rompimento’ do sigilo de interlocuções telefônicas, tornando a matéria objeto de ações que percorreram os tribunais europeus e também condenou o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Posto isso, a concretização do receio que envolvia a utilização da interceptação telefônica veio à tona com as divulgações na imprensa das gravações obtidas por meio desse método, visto a disposição legal que ordena o segredo de justiça ao procedimento até sua inserção aos autos. Assim, após a repercussão de casos relevantes acerca de sujeitos importantes no âmbito governamental brasileiro, o julgamento popular é um efeito aos vazamentos, pois mesmo diante da ilicitude e desconsideração das provas obtidas, o dano a honra, imagem e moral permanecem, proporcionando um estado vexatório diante das pessoas leigas que irão se ater ao conteúdo revelado.

Em discussões que agitaram o cenário jurídico, o uso das interceptações telefônicas foi alvo de suscetíveis ações que pleiteavam pela sua ilegalidade por violar algum requisito para validar sua autorização, bem como indicava a abusividade da sua aplicação, pois ainda que possua legislação própria depende de prévia análise do julgador apreciar a essencialidade do procedimento frente aos demais meios de obtenção de provas, tentando manter uma preservação das garantias fundamentais ainda diante da possível mitigação.

Dado o exposto, devido a configuração de constantes ilicitudes que sobrecarregou o judiciário brasileiro, a legislação tentou corrigir omissões legais consoantes a interceptação telefônica, dessa forma, o CNJ criou Resoluções que pudessem estabelecer limites ao emprego da interceptação telefônica, determinando o controle sobre a quebra do segredo de justiça que é requisito do mecanismo para respeitar o direito à privacidade, intimidade e inviolabilidade das comunicações.

Portanto, partindo da tentativa de aperfeiçoar a legislação, a tipificação de condutas acerca do mau uso do procedimento de retenção de interlocução foi sancionada para impor a força que necessita a restrição que resulta na quebra de direito constitucional. De forma simples, a intenção nas modificações legislativas é reafirmar a posição excepcional das interceptações, evitando, através de mais uma norma, que se torne habitual o emprego delas. Com isso, a conduta típica que configura abuso de autoridade é essencial para aqueles que detém o poder

de permitir ou indeferir a solicitação de autorização para interceptar telefones dos sujeitos investigados, pois exige mais zelo nas análises desses pedidos para não se comprometer com situações ilegais.

Ainda se nota certa carência na legislação que tenta se aprimorar a medida em que um problema é despertado. A repercussão de casos concretos escancarou essa problemática e provoca debates acerca da própria aplicação legal, como também da hermenêutica jurídica. Assim diante de tantas opiniões e pareceres diferentes, as jurisprudências buscam nortear posicionamentos concretos e uniformes para serem seguidos, visto ainda o recorrente uso da exceção de interceptar comunicação telefônica que o judiciário e o legislativo tentam impedir que se torne regra.

Verifica-se, nessa perspectiva, a importância de existir uma alteração redutiva na legislação concernente a interceptação telefônica, apontando especificadamente as hipóteses que devem compreender a sua aplicação, diminuindo o poder dado ao juiz competente no que se refere a ponderação e a aplicação do princípio da proporcionalidade que é realizado previamente a autorização do procedimento. Dessa forma, com a positivação legal, ou seja, por meio da taxatividade das situações permissivas de operar a interceptação, reduziria o campo ainda incerto que dimensiona a aptidão de captações telefônicas.

Por fim, compreende a complexidade do tema por possuir uma linha tênue entre o direito constitucional a inviolabilidade de telecomunicações e o mecanismo de interceptação telefônica do direito processual penal. Nota-se o trabalho árduo que se encontra para o legislador regulamentar uma excepcionalidade resguardando a garantia firmada na Carta Magna e em outra posição o operador do direito em separar as duas normas, exercendo uma apreciação que busque intermediar o preceito constituinte com a constante busca de meios que promovam a resolução de condutas típicas criminais.

REFERÊNCIAS

BRANCO, P. G. G. Direitos fundamentais em espécie: Liberdades Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 402-460.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 15 mar. de 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 10 abr. 2021.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 10 abr. 2021.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 01 abr. 2021

_____. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em 01 abr. 2021.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em 01 abr. 2021.

_____. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em. 15 mar. 2021.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 01 abr. 2021.

_____. **Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.** Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. **Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações.** Brasília, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117compilada.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.** Brasília, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 59 de 09/09/2008.** 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. DJE/CNJ nº 48/2008, em 12/09/2008, pág. 20-23. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/101#:~:text=Disciplina%20e%20uniformiza%20as%20rotinas,24%20de%20julho%20de%201996>. Acesso em 01 abr. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 328 de 08/07/2020.** Altera a Resolução CNJ nº 59/2008, para tornar automática a alimentação do Sistema Nacional de Controle de Interceptação – SNCI, a partir da Base Nacional de dados Processuais do Poder Judiciário – DataJud. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3380>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 217 de 16/02/2016.** Altera e acrescenta dispositivos na Resolução 59, de 9 de setembro de 2008. DJE/CNJ, nº 25, 2016, p. 3-4. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2248>. Acesso em 12 abr. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Tecnologia automatiza alimentação do sistema de interceptações judiciais.** 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-automatiza-alimentacao-do-sistema-de-interceptacoes-judiciais/>. Acesso em 18 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Revogada decisão que condenou ex-ministro Mendonça de Barros a indenizar empresário Carlos Jereissati.** 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444030&caixaBusca=N>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: HC 0245851-82.2006.3.00.0000 RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 30/06/1993. **JusBrasil.** Brasília, 1993. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14707490/habeas-corpus-hc-69912-rs/inteiro-teor-103099722>. Acesso em 01 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: HC 0257874-60.2006.3.00.0000 SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Primeira Turma do STF. DJ: 01/03/1994. **JusBrasil.** Brasília, 1994. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corpus-hc-70814-sp>. Acesso em 15 mar. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: HC 0282883-24.2006.3.00.0000 SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Órgão Julgador: Primeira Turma do STF. DJ: 09/05/1996. **JusBrasil**. Brasília, 1996. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744091/habeas-corpus-hc-73351-sp>. Acesso em 01 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 418416 SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Tribunal Pleno do STF. DJ: 10/05/2006. **JusBrasil**. Brasília, 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760712/recurso-extraordinario-re-418416-sc>. Acesso em 15 mar. de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus: RHC 115983 RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Segunda Turma do STF. DJ: 16/04/2013. **JusBrasil**. Brasília, 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806809/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-115983-rj-stf/inteiro-teor-112280431>. Acesso em 15 mar. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação: RCL 23.457 PR. Relator: Ministro Teori Zavascki. Órgão Julgador: DJ: 13/06/2016. **ConJur**. Brasília, 2016a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/teori-audio-dilma-lula.pdf>. Acesso em 01 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Reclamação: MC-Ref Rcl 23457 PR. Relator: Ministro Teori Zavascki. Órgão Julgador: Tribunal Pleno do STF. DJ: 31/03/2016. Brasília, 2016b. **JusBrasil**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862888604/referendo-na-medida-cautelar-na-reclamacao-mc-ref-rcl-23457-pr-parana/inteiro-teor-862888614?ref=serp>. Acesso em 20 abr. 2021

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus: HC 0064534-34.2018.1.00.0000 MG 0064534-34.2018.1.00.0000. Relator: Ministro Edson Fachin. Órgão Julgador: Segunda Turma do STF. DJ: 31/08/2020. **JusBrasil**. Brasília, 2020a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931893837/agreg-no-habeas-corpus-hc-152182-mg-0064534-3420181000000>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: AgR-segundo RE 638360 RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Segunda Turma do STF. DJ: 27/04/2020. **JusBrasil**. Brasília, 2020b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865369488/segundo-agreg-no-recurso-extraordinario-agr-segundo-re-638360-rj-rio-de-janeiro>. Acesso em 14 abr. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 961512 SP 2007/0137278-0. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma do STJ. DJ: 20/05/2010. **JusBrasil**. Brasília, 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16829439/recurso-especial-resp-961512-sp-2007-0137278-0>. Acesso em 13 abr. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus: RHC 2110899-12.2015.8.26.0000 SP 2015/0325925-3. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Órgão Julgador: T6 – Sexta Turma do STJ. DJ: 06/10/2016. **JusBrasil**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863461243/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-66887-sp-2015-0325925-3>. Acesso em 08 abr. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial: AgRg no AREsp 0016548-61.2001.8.19.0002 RJ 2015/0131644-5. Relator: Ministro Jorge Mussi. Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma. DJ: 01/06/2017. **JusBrasil**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471976919/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-721244-rj-2015-0131644-5>. Acesso em 01 abr. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 0032431-88.2006.8.26.0451 SP 2016/0335468-1. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Órgão Julgador: T6 – Sexta Turma. DJ: 06/02/2018. **JusBrasil**. Brasília, 2018a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549668274/recurso-especial-resp-1705690-sp-2016-0335468-1>. Acesso em 13 abr. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial: AREsp 0012372-91.2010.4.03.6181 SP 2017/0265986-8. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 27/08/2018. Brasília, 2018b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617932305/agravo-em-recurso-especial-aresp-1192676-sp-2017-0265986-8>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC 0083009-70.2018.3.00.0000 SC 2018/0083009-3. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Órgão Julgador: T6 – Sexta Turma. DJ: 03/09/2019. **JusBrasil**. Brasília, 2019a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859384848/habeas-corporis-hc-445088-sc-2018-0083009-3/inteiro-teor-859384858?ref=serp>. Acesso em 16 abr. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus: RHC 0005747-06.2018.4.02.0000 RJ 2018/0230678-4. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma do STJ. DJ: 06/08/2019. **JusBrasil**. Brasília, 2019b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859255208/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-102808-rj-2018-0230678-4>. Acesso em 01 abr. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 0522772-36.2013.8.21.7000 RS 2014/0208355-7. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Órgão Julgador: T6 – Sexta Turma do STJ. DJ: 03/09/2019. **JusBrasil**. Brasília, 2019c. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859409192/recurso-especial-resp-1474788-rs-2014-0208355-7>. Acesso em: 03 abr. 2021.

CABETTE, E. L. S. **Interceptação telefônica**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal - legislação penal especial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CERNICCHIARO, L. V. **Interceptação Telefônica. Revistada fundação escola superior do ministério público do distrito federal e territórios**. Ano 5. Nº 9, janeiro/junho, p. 51-64,

1997. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211925115.pdf>. Acesso em 14 abr. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 17 abr. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Roma, 1950. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=536&lID=4>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Escher e Outros Vs. Brasil**. Sentença de 20 de novembro de 2009 (Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_208_por.pdf. Acesso em 12 abr. 2021.

_____. **Caso Escher e Outros Vs. Brasil**. Sentença de 20 de novembro de 2009 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acesso em 15 abr. 2021.

CUNHA, R.S. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentada por artigo**.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. 4 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

CUNHA, S. R.; FERRACINI NETO, R. **Legislação Penal Especial**. 675 Questões comentadas. Alternativa por alternativa. 2 ed. revista, ampliada, atualizada. Editora JusPODIVM, 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Caso de Malone v. Reino Unido. Pedido nº8694/79. Julgamento**. Tribunal (Plenário). Strasbourg, 1984. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57533%22%5D%7D>. Acesso em: 12 abr. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Caso de Klass E O. v. Alemanha. Pedido nº 5029/71. Julgamento**. Tribunal (Plenário). Strasbourg, 1978. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57533%22%5D%7D>. Acesso em: 12 abr. 2021.

GARCIA, R. A. C; JORGE, A. B. Interceptação telefônica – Lei 9.296/96 e a relativização dos direitos fundamentais. **Revista Matiz Online**. Mestrado em Ciências, Tecnologia e Sociedade pela Universidade Federal de São Carlos –UFSCar. São Paulo, 2017. ISSN 21794022. Disponível em: http://immes.edu.br/novo_site/.pdf. Acesso 15 mar. 2021.

GARZELLA, O. C. F.; FREITAS JUNIOR, A. D.; JORGE, H. V. N. **Manual de Interceptação Telefônica e Telemática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GOLDFINGER, Fábio Ianni. Interceptação Telefônica – Lei nº 9.296/1996. In: CUNHA, R. S.; PINTO, R. B.; SOUZA, R. O. (coord.). **Leis penais especiais comentadas**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. Cap. 21. p. 925-1047.

GOMES, L. F.; MACIEL, S. L.. **Interceptação Telefônica. Comentários à Lei 9692, de 24.07.1996**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, V. **Interceptação telefônica**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015

GRINOVER, A. P. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 207, p.21-38, 1997.

_____. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. **As nulidades no processo penal**. In: 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2003.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Florense, 2007.

MATTOS, L. A. B. **Motivação das decisões judiciais no brasil: análise do caso lula na operação lava-jato**. Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus - Unichristus, Mestrado em Direito, Fortaleza, 2019. 134 f. Disponível em: <https://191.252.110.2/jspui/bitstream/123456789/743/1/LUIS%20AUGUSTO%20BEZERRA%20MATTOS.pdf>. Acesso em 13 abr. 2021

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, G. F. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais: Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328-392.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAGOTTO, D. N.; CUNHA, R. S. **Teses do STJ sobre a interceptação telefônica (1ª parte)**. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/equipe/>. Acesso em: 01 abr. 2021.

PARANÁ, Justiça Federal 13º Vara Criminal Federal. Subseção Judiciária de Curitiba. Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. Juiz Federal: Sérgio Fernando Moro. DJ: 17/03/2016. Curitiba/PR, 2016. **ConJur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/moro-reconhece-grampo-dilma-lula-foi.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2021.

PARANÁ, Justiça Federal 13º Vara Criminal Federal. Subseção Judiciária de Curitiba. Exceção de Suspeição Criminal nº 5051592-39.2016.4.04.7000/PR. Juiz Federal: Sérgio Fernando Moro. DJ: 26/10/2016. Curitiba/PR, 2016. **Política Estadão**. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/11/4_DESPADEC1.pdf. Acesso em 12 abr. 2021.

QUAREZEMIN, Bruna Bianchini. As provas ilícitas no processo penal e a teoria dos frutos da árvore envenenada. **Âmbito Jurídico**. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/as-provas-ilicitas-no-processo-penal-e-a-teoria-dos-frutos-da-arvore-envenenada/#:~:text=A%20QUEST%C3%83O%20DA%20DOCTRINA%20DOS,cuide%20de%20ilicitude%20por%20deriva%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 10 abr. 2021.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. Lumen Juris. 18ª ed. Rio de Janeiro, 2011.

SARLET, I. W.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, R. S. M. da. **A interceptação das comunicações telemáticas do processo penal**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo, 2014. 266 f. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-04032015-082717/publico/Ricardo_Sidi_Dissertacao_Mestrado_Integral.pdf. Acesso em 17 abr. 2021.

STRECK, Lênio. Nas escutas, juristas se revelam mais moristas do que o próprio Moro. **ConJur**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/lenio-streck-escutas-juristas-revelam-moristas-moro>. Acesso: 16 abr. 2021.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TAVARES, M. da S. **FHC e os escândalos políticos: os ‘modos de dizer’ de veja e istoé sobre as crises personalizadas**. Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus - Unichristus, Mestrado em Direito, Fortaleza, 2019. 348 f. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/7030/1/Michele%20Tavares.pdf>. Acesso em 15 abr. 2021.

TERRA DE DIREITOS. **Brasil é condenado pela OEA por grampos ilegais contra o MST**. Assessoria de comunicação Terra de Direitos: Curitiba, 2009. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/brasil-e-condenado-pela-oea-por-grampos-ilegais-contra-o-mst/1279>. Acesso em: 12 abr. 2021.

TOMÁS, M. C. **A interceptação telefônica como meio de provas**. Monografia. Curso de Especialização. Escola Superior do Ministério Público: Fortaleza-CE, 2002. Disponível em:

[http://www.mpce.mp.br/content/uploads/ESMP/monografias/proc.civil/a.interceptacao.telefonica.como.meio.de.prova\[2002\].pdf](http://www.mpce.mp.br/content/uploads/ESMP/monografias/proc.civil/a.interceptacao.telefonica.como.meio.de.prova[2002].pdf). Acesso 01 abr. 2021.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, Council of Europe. Disponível em:

https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

VEJA REAÇÕES, RESPOSTAS E NOTAS DIVULGADAS APÓS GRAMPOS DE LULA. Moro derrubou sigilo da Lava Jato e revelou conversa entre Lula e Dilma. Grampos mostram conversas de Lula com várias autoridades. **G1**, 17 de março de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/03/veja-reacoes-respostas-e-notas-divulgadas-apos-grampo-de-lula.html>. Acesso em: 19 abr. 2021.