

MATHEUS ASSUNÇÃO DE GISSI BORGES

**INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: limites e formas de obtenção de
provas no ordenamento jurídico brasileiro**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2021

MATHEUS ASSUNÇÃO DE GISSI BORGES

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: limites e formas de obtenção de provas no ordenamento jurídico brasileiro

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEVANGÉLICA, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a. M.e Karla de Souza Oliveira.

ANÁPOLIS – 2021

MATHEUS ASSUNÇÃO DE GISSI BORGES

**INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: limites e formas de obtenção de
provas no ordenamento jurídico brasileiro**

Anápolis, 04 de junho de 2021.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, que fez com que meus objetivos fossem alcançados e por me permitir ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo da realização deste trabalho. Aos meus pais, meu irmão e minha namorada que sempre estiveram ao meu lado, pelo apoio incondicional e compreensão demonstrados ao longo de todo o período de tempo em que me dediquei a este trabalho. Por fim, à minha orientadora Prof^a. M.e Karla de Souza Oliveira, por ter desempenhado tal função com tamanha dedicação e maestria, bem assim como pelos ensinamentos que me permitiram apresentar um melhor desempenho no meu processo de formação profissional ao longo desta pesquisa.

RESUMO

A presente pesquisa analisa as interceptações telefônicas, bem assim como os limites e formas de obtenção de provas no ordenamento jurídico brasileiro. O objeto de estudo, em síntese, foi a legislação federal de nº 9.296 de 1996, sendo nela traçado os limites e contornos legais para a utilização das interceptações telefônicas como prova no processo penal. Além disso, ainda foi abordada sua legalidade à luz dos princípios estampados na Constituição Federal, sua evolução histórica ao longo dos anos, seu conceito e natureza jurídica. Ademais, ainda foi observado a sistemática das provas em geral, bem assim como as teorias e os princípios constitucionais que as regem. Não obstante, foi estudado os requisitos postos pela lei das interceptações para que ela seja legalmente deferida, além do seu procedimento e prorrogação ao longo da persecução penal. Por fim, foram apresentados os outros meios de comunicação eletrônica, diferentes das interceptações, que não regulamentados por lei, bem assim como a maneira que a doutrina e a jurisprudência mais recente têm firmado seu entendimento acerca o tema. Com o estudo analítico proposto, sendo utilizado o método descritivo observacional, servido de estante à consulta doutrinas nacionais e artigos científicos, foi apresentado, nas entrelinhas descritivas da presente monografia, características peculiares quando do funcionalismo da legislação, especificidades quanto ao procedimento especial, e destes, destacado reflexos que muito valeram a repercussão jurídica e a economia do Brasil.

Palavras-chave: Interceptações telefônicas; Provas; Princípios constitucionais; Outros meios de comunicação eletrônica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO I – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	
1.1 Evolução histórica.....	09
1.2 Conceito e natureza jurídica	11
1.3 Interceptação ambiental.....	13
1.4 Mudanças significativas do pacote anticrime na Lei das Interceptações	15
CAPÍTULO II – PROVAS CORRELATAS NO PROCESSO PENAL	
2.1 Princípios constitucionais e processuais inerentes às provas	18
2.2 Prova ilícita e ilegítima.....	20
2.3 Teorias aplicadas às provas	22
2.4 Distinção entre fonte, meios de prova e meios de obtenção de prova	24
CAPÍTULO III – LIMITES LEGAIS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DOS OUTROS MEIOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS	
3.1 Requisitos e contornos legais	27
3.2 Serendipidade.....	31
3.3 Procedimento e prorrogação das renovações	32
3.4 Outros meios de comunicações telefônicas não regulamentados por lei	34
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como finalidade estudar as provas obtidas por meio de interceptações telefônicas e analisar os limites de sua utilização em detrimento de alguns princípios estampados na Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 5º, incisos X e XII.

Assim, a pesquisa científica que segue, por meio de um procedimento bibliográfico, utilizou-se de um método descritivo observacional, com a leitura de obras científicas, artigos e inúmeras legislações e jurisprudências. Foi utilizado, também, para fins didáticos, a divisão em três capítulos, sendo abordada no primeiro capítulo a evolução histórica das interceptações telefônicas, bem assim como seu conceito e as principais mudanças advindas com as novas legislações. No segundo, os princípios e as principais teorias aplicadas, além da análise das provas correlatas no processo penal. Por fim, no terceiro, os limites legais das interceptações telefônicas e a regulamentação dos outros meios de comunicação eletrônica.

É indubitável que as interceptações telefônicas traduzem uma violação a estes princípios, especialmente ao da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem assim como ao sigilo da correspondência e telecomunicações. Ambos são considerados essenciais para a preservação do Estado Democrático de Direito. No âmbito penal, são indispensáveis para a obtenção de um processo idôneo.

Ocorre que o entendimento doutrinário e jurisprudencial já é pacífico no sentido de que nenhum direito descrito na Constituição Federal é absoluto. Dessa forma, o próprio inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal traz, de maneira expressa, a possibilidade de quebra desses sigilos, nos casos que tiverem por fim

investigação criminal ou instrução processual penal, por meio de ordem judicial e na forma em que a lei estabelecer.

Não obstante, o legislador ainda regulamentou a forma como as interceptações devem ser realizadas e traçou seus contornos e limites, com a criação da Lei nº 9.296/1996. Nela, estão previstos os requisitos necessários à concessão legal da medida cautelar.

Além disso, para uma melhor elucidação do tema, imprescindível se faz a análise histórica dos outros meios de obtenção de provas diferentes das interceptações telefônicas. Dessa forma, é necessário abordar as teorias aplicadas às provas de maneira geral, bem assim como entender os princípios norteadores para sua legitimidade e legalidade.

Ademais, com o iminente avanço tecnológico dos dias atuais, outras inúmeras maneiras de comunicação eletrônica, diferentes das conversas telefônicas surgiram. Como consequência, também surgiram inúmeras controvérsias acerca da legalidade da utilização desses outros meios de comunicação como meios de obtenção de prova no processo penal. Tendo em vista que os principais meios de comunicação atuais surgiram após a criação da lei das interceptações, o papel de regulamentá-los coube à doutrina e à jurisprudência

Logo, o que se pretende com a presente pesquisa é demonstrar os limites legais e constitucionais das interceptações telefônicas. Ademais, analisar, também, os contornos da inviolabilidade do sigilo dos outros meios de comunicação eletrônica e sua utilização como mecanismo de investigação criminal, tendo em vista os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais mais recentes.

CAPÍTULO I – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Esse capítulo trata acerca de como as interceptações telefônicas foram utilizadas ao longo do tempo como mecanismo de investigação criminal. Sendo assim, será analisado o contexto histórico no qual as interceptações estão inseridas, bem assim como a maneira que o tema foi regulamentado antes da vigência da Lei nº 9.296/1996. Ademais, ainda será abordado seu conceito e sua natureza jurídica, além dos seus limites legais impostos a partir da Lei das Interceptações.

1.1 Evolução histórica

Antes da Constituição Federal de 1988, não era dado ao tema a devida importância, tendo em vista que, em algumas ocasiões, sequer era mencionado. A Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 6º, citou as comunicações telefônicas, mas previu que estas estariam abrangidas pela garantia da inviolabilidade de correspondências. Nesse contexto, somente a Carta Maior de 1967 trouxe em seu texto a proteção das comunicações telegráficas e telefônicas, mais especificadamente em seu artigo 150, § 9º. Entretanto, não previu nenhuma exceção de inviolabilidade, nem mesmo mediante regulamentação por lei específica ou ordem judicial.

Ao que tudo indicava, a vedação quanto a quebra do sigilo das comunicações seria absoluta, não admitindo nenhuma espécie de exceção. Em meio a isso, a Lei nº4.117 de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) trazia uma verdadeira exceção ao que ditava a Constituição então vigente. Isso ocorre pois, em seu artigo 57, inciso II, referida lei estabelecia que, se fosse dado

conhecimento ao juiz competente mediante requisição ou intimação deste, não constituía violação das telecomunicações.

Assim, inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais foram travados acerca da legalidade do referido dispositivo em face das normas constitucionais então vigentes, entendidas como absolutas. Por outro lado, outra corrente sustentava a ideia de que nenhuma norma constitucional é absoluta, sendo necessária sua interpretação conforme o contexto na qual está inserida, podendo variar de acordo com o caso em específico. Nesse mesmo sentido, “(...) as exceções legais não poderiam configurar aniquilação do princípio constitucional, devendo ser balizadas pelas regras atinentes à matéria” (GRINOVER, 2009, p. 213). Assim, o doutrinador entendeu que, a depender da excepcionalidade do caso concreto, pode haver uma mitigação dos princípios constitucionais, na busca do interesse maior.

Outrossim, visando solucionar as obscuridades e polêmicas, a Constituição Federal de 1988 tratou do tema diretamente, em seu artigo 5º, inciso XII, que prevê: “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” (BRASIL, 1988, *online*).

Ao fazer uma análise do referido inciso, chega-se à compreensão de que ele não é autoaplicável, ou seja, o constituinte estabeleceu a necessidade de uma lei específica para se admitir a restrição ao sigilo das comunicações telefônicas. Ocorre que referida legislação, que regulamenta as interceptações telefônicas, é a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, e, como é de conhecimento geral, a Constituição Federal é de 1988.

Dessa forma, surge-se outra polêmica, dessa vez relacionada à legalidade das interceptações realizadas após a Constituição Federal de 1988 e antes da Lei das Interceptações. Nesse sentido, de acordo com o *Habeas Corpus* n. 81154/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), todas as interceptações telefônicas realizadas durante esse período são consideradas ilícitas:

HABEAS-CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. NULIDADE. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes. Ordem deferida. (STF - HC: 81154 SP, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 02/10/2001, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-12-2001 PP-00004 EMENT VOL-02054-02 PP-00341)

Logo, o entendimento jurisprudencial tornou-se uníssono, no sentido de estabelecer que todas as interceptações telefônicas realizadas entre 1988 e 1996 são consideradas ilícitas. Ademais, a suprema corte ainda entendeu que todas as provas derivadas dessas interceptações são consideradas ilícitas também, não sendo consideradas provas idôneas para sustentar uma possível condenação.

1.2 Conceito e natureza jurídica

A palavra interceptar, segundo o dicionário Houaiss da língua portuguesa significa interromper o curso de fazer parar, deter, captar ou apreender aquilo que é dirigido a outrem. Entretanto, sob o prisma da Lei nº 9.296/1996, a interceptação de uma comunicação telefônica não deve ser entendida como o ato de interrompê-la, impedi-la ou cortá-la.

De uma maneira objetiva, a interceptação telefônica consiste em uma captação da comunicação telefônica alheia e possui como finalidade tomar conhecimento de seu conteúdo, sem que os interlocutores tenham conhecimento da ingerência de um terceiro na comunicação. Além disso, a conversa telefônica deve ocorrer sem interrupção e podem estar presentes dois ou mais interlocutores.

Nesse sentido, através de uma leitura atenta e detalhada do § 1º do artigo 6º da Lei nº 9.296/1996, pode-se chegar à conclusão de que a gravação da comunicação telefônica nem sempre será possível, o que, por outro lado, não constitui um óbice para a realização da diligência.

[...] a gravação da conversa interceptada não é, necessariamente, elemento integrante do conceito de interceptação. A simples escuta,

desacompanhada de gravação, pode ser objeto de prova no processo penal, desde que não configure violação à intimidade. (AVOLIO, 2003, p. 27).

Por outro lado, imprescindível se faz a diferenciação entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica, uma vez que esta última não está abarcada pela Lei das Interceptações, tampouco pelo artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Isso porque, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial mais recente, elas podem ser utilizadas como prova no processo penal independentemente de autorização judicial, desde que fundadas em justa causa.

A interceptação telefônica, como acima explicitada, é a captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores, ou seja, é quando um terceiro intervém na comunicação alheia, sem o conhecimento de ninguém. É também chamada de interceptação em sentido estrito, ou até mesmo *strictu sensu* e é regulamentada pela Lei das Interceptações.

Já a escuta telefônica, em contrapartida, é a captação da comunicação alheia por um terceiro, com o conhecimento de um de seus integrantes e desconhecimento do outro (LIMA, 2019, p. 762). Nela, um dos comunicadores possui ciência da interferência alheia na comunicação. A escuta telefônica se perfaz, muitas vezes, na hipótese em que familiares de uma pessoa sequestrada permite a escuta telefônica por um terceiro a fim de obter provas. Ela também está abrangida pela Lei nº 9.296/1996.

Por fim, a gravação telefônica, ou gravação clandestina, ocorre quando um dos comunicadores grava a comunicação telefônica, sem o conhecimento da outra parte. Ou seja, nada mais é do que uma autogravação e, justamente pelo fato de somente uma parte ter conhecimento, é chamada de gravação clandestina. Em relação a elas, há intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da validade da prova obtida por meio das gravações clandestinas.

Em primeiro lugar, imperioso se faz salientar que a doutrina é pacífica no sentido de considerar que a divulgação sub-reptícia de conversa própria é lícita,

desde que seja utilizada para comprovar a inocência do acusado, ou até mesmo quando houver investida criminosa de um dos interlocutores com o outro. Sendo assim, não há o que se falar em ilicitude de uma gravação telefônica feita pela vítima contra o outro interlocutor, agente do crime.

Por outro lado, uma parcela da doutrina sustenta que as gravações telefônicas representam uma iminente violação ao direito à intimidade, tendo em vista que um dos interlocutores não possui conhecimento da captação da conversa (LIMA, 2019, p. 767). Essa corrente doutrinária argumenta que não há, no Brasil, lei expressa que as admite e que, por ser de conhecimento só de um dos comunicadores, a prova poderia ser induzida. Entretanto, a suprema corte solidificou o entendimento, no *Habeas Corpus* n. 80949/RJ, de que ela é admitida como prova no processo penal se houver justa causa, mesmo que sem autorização judicial.

A decisão amparou-se na ideia de que, desde que não haja na conversa obrigação de guardar segredo (direito à reserva), a parte contrária pode utilizá-la em juízo, de forma válida. Nesse mesmo sentido é o entendimento do doutrinador Luiz Francisco Avolio:

[...] qualquer pessoa tem o direito de gravar a sua própria conversa, haja ou não o conhecimento da parte de seu interlocutor. O que a lei penal veda, tornando-se ilícita a prova decorrente, é a divulgação da conversa sigilosa sem justa causa. A 'justa causa' é exatamente a chave para se perquirir a licitude da gravação clandestina. E, dentro das excludentes possíveis, é de se afastar – frise-se – o direito à prova. Os interesses remanescentes devem ser suficientemente relevantes para ensejar o sacrifício *privacy*. (2003, p. 143).

Dessa maneira, conclui-se pela admissibilidade da gravação telefônica como prova no processo penal, mas, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, deve-se realizar um juízo de admissibilidade de acordo com cada caso em específico. Isso porque só é lícita a gravação telefônica quando não há obrigação de guardar segredo e desde que haja justa causa por parte de quem realizou a gravação.

1.3 Interceptação ambiental

A Lei das interceptações ainda prevê a possibilidade da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para a obtenção de provas no processo penal. O dispositivo legal utilizou o termo captação ambiental para abranger a interceptação ambiental, a escuta ambiental, bem assim como a gravação ambiental. Dessa forma, faz-se necessário a distinção entre estes instrumentos de obtenção de prova.

Primeiramente, a interceptação ambiental é a captação de uma comunicação, por um terceiro, em seu próprio ambiente sem o conhecimento dos comunicadores. Ela aproxima-se da interceptação telefônica em sentido estrito, pois, em ambas, há a violação do direito à intimidade e não há o conhecimento dos comunicadores. Entretanto, não se trata de uma comunicação telefônica, mas sim de uma conversa não telefônica ocorrida em um determinado lugar (MOTA, 2020).

Por outro lado, a escuta ambiental é a captação de uma comunicação realizada por um terceiro, em seu próprio ambiente, contudo, com o consentimento de um dos comunicadores. Já a gravação ambiental é a captação do ambiente da comunicação feita por um dos comunicadores. É o que ocorre, por exemplo, quando um dos integrantes utiliza um gravador ou câmeras ocultas.

Discute-se na doutrina acerca da licitude desses meios de obtenção de prova em face do direito à intimidade. Uma parcela minoritária argumenta que a interceptação ambiental afronta diretamente o direito de reserva, que nada mais é do que o direito de que o indivíduo tem de não ter divulgadas notícias concernentes à sua vida privada. Nota-se, dessa forma, que a crítica não diz respeito à proteção do segredo, que é o direito de que terceiros não tenham acesso à privacidade individual.

Entretanto, a parcela majoritária da doutrina entende que a interceptação ambiental é um meio lícito de obtenção de provas no processo penal, mas desde que seja utilizado o critério da razoabilidade. Ou seja, desde que não haja expectativa de privacidade em um ambiente e que não seja violada a confiança decorrente de relações interpessoais ou profissionais, sua interceptação é plenamente válida.

Logo, a Suprema Corte decidiu, no julgamento do *Habeas Corpus* 74356/SP, que a interceptação ambiental em locais públicos é considerada válida, uma vez que, justamente por se tratar de um local público, presume-se que não há expectativa de privacidade.

1.4 Mudanças significativas do pacote anticrime na Lei das Interceptações

Com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (pacote anticrime), o legislador modificou alguns dispositivos da Lei das Interceptações, no intuito de corrigir eventuais lacunas, esclarecer alguns pontos controvertidos e acompanhar a evolução tecnológica, permitindo que outros meios de comunicação, senão a telefônica, fossem interceptados.

Nesse contexto, antes do pacote anticrime, os debates doutrinários e jurisprudenciais se intensificaram, tendo em vista que, com o passar do tempo, cada vez mais se tornava necessário a regulamentação de meios extraordinários e novos mecanismos de investigação criminal. A busca por novas fontes de provas se justificava pela insuficiência dos instrumentos tradicionais de persecução.

Não obstante, o advento da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013 (Lei das Organizações Criminosas) somente ratificou a necessidade de uma regulamentação de novos métodos de investigação criminal, diferente dos até então existentes, apesar de intensificar o combate à criminalidade organizada (SANNINI, 2020).

A despeito de detalhar os procedimentos de colaboração premiada, de ação controlada e de infiltração de agentes, a Lei das Organizações Criminosas foi silente em relação a interceptação ambiental, seja de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Conclui-se, assim, que esses meios de obtenção de prova eram nominados, mas atípicos. Nominados porque foram mencionados formalmente na legislação processual penal, mas atípicos porque seu procedimento não havia sido regulamentado por lei (MACHADO, 2020).

Diante dessa situação, o legislador instituiu a captação ambiental como meio de produção de provas no processo penal, através do pacote anticrime. Foi acrescentado o artigo 8º-A na Lei das Interceptações, que finalmente regulamentou a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. Entretanto, o legislador teve o cuidado de estabelecer alguns requisitos para que referido instituto não fosse utilizado de maneira desmedida.

Em primeiro lugar, a captação ambiental, que, como já dito anteriormente, envolve a interceptação ambiental, a escuta ambiental e a gravação ambiental, deve ser decretada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público. Ademais, como prevê o § 1º do referido artigo, o requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

Outrossim, ainda é necessário o cumprimento de dois requisitos fundamentais. O primeiro é a imprescindibilidade e está contido no inciso I do artigo 8-A. Ele prevê que, para que a captação ambiental seja válida, a prova não pode ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes. Nesse sentido, “importante respeitar os limites semânticos do texto legal, de maneira que não se interprete a significante eficácia como sinônimo de maior comodidade ou facilidade para os órgãos encarregados da persecução penal” (CASARA; TAVARES, 2020, p. 69).

Por outro lado, o segundo requisito é o *fumus comissi delicti*. Ele está previsto no inciso II do mesmo artigo, e impõe como condição de validade da captação ambiental, que haja elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

Além disso, a Lei nº 13.964/2019 ainda estabeleceu um prazo para que a captação ambiental possa ser realizada. Referido prazo é de 15 (quinze) dias, prorrogáveis uma vez por igual período, desde que autorizada por decisão judicial, comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

Com o intuito de intensificar a punição da pessoa que realizar a interceptação telefônica sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, o pacote anticrime deu uma nova redação ao artigo 10 da Lei nº 9.296/1996, aumentando a pena para quem pratica referida conduta. Tal artigo passou a ter o seguinte texto legal: “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. Pena - reclusão, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa” (BRASIL, 2019, *online*).

Ademais, ainda foi instituído o artigo 10-A na Lei das Interceptações, tipificando como crime quem realiza a captação ambiental sem a devida autorização, que assim prevê: “Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida. Pena - reclusão, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa (BRASIL, 2019, *online*).

Não obstante, o § 2º do mesmo artigo ainda estipulou que a pena será aplicada em dobro quando um funcionário público não obedecer a determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.

Nesse sentido, conclui-se que o Pacote Anticrime alterou significativamente a Lei das Interceptações, numa demonstração clara da necessidade de regulamentação de outros mecanismos de investigação criminal. Além disso, é evidente a preocupação do legislador em acompanhar o progresso tecnológico, reconhecendo que os métodos antigos de investigação não são mais tão eficientes.

CAPÍTULO II – PROVAS CORRELATAS NO PROCESSO PENAL

Inicialmente, vale ressaltar que o presente capítulo aborda como as provas, observadas em um sentido amplo, são aplicadas e valoradas no processo penal. Dessa forma, serão analisados os princípios constitucionais que norteiam a persecução penal, especialmente no que diz respeito às interceptações telefônicas. Não obstante, será abordado, também, como uma prova se torna ilícita ou ilegítima e as teorias que lhe são aplicadas.

2.1 Princípios constitucionais e processuais inerentes às provas

De início, faz-se necessário salientar que, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o legislador trouxe o princípio do devido processo legal, mais especificadamente em seu artigo 5º, inciso LIV. De acordo com este princípio, às partes é assegurado, de forma inequívoca, o direito a um processo idôneo, ou seja, que siga todas as etapas previstas em lei.

Nesse sentido, o constituinte ainda determinou que, caso este princípio não seja observado, todo o processo se tornará nulo. Ademais, referido princípio divide-se em dois: devido processo legal formal e devido processo legal material. O primeiro está ligado ao respeito da norma ao procedimento previamente regulado, visando garantir a regularidade do processo nas instâncias judiciais. Nesse mesmo diapasão, “(...) o aspecto processual significa a garantia concedida às partes para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes” (FERREIRA, 2009, p. 02). Já o devido processo material é uma forma de controle de conteúdo das decisões, ou seja, os atos em si que o judiciário deve observar para que seja respeitado tal princípio.

Imprescindível se faz ressaltar que, para a doutrina majoritária, o princípio do devido processo legal é o norteador de todos os outros princípios, uma vez que, se os demais princípios não tiverem alinhados com o devido processo legal, todo o procedimento será nulo. Dessa forma, nas lições de Fredie Didier: “o princípio do devido processo legal é uma cláusula geral, pois dele podem ser extraídos os demais princípios processuais” (2011, *online*).

Ademais, outro princípio constitucional que rege a persecução penal é o princípio do juiz natural, previsto no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da Carta Magna. Segundo ele, deve ser assegurado a existência de um juízo adequado para o julgamento de determinada demanda, de acordo com as regras de fixação de competência. Foi nesse sentido que o constituinte estabeleceu a proibição da criação de tribunais de exceção. Assim, fica garantido às partes o direito ao processo perante autoridade competente devidamente instituída naquele determinado cargo.

Outro princípio que norteia o processo penal é o do *in dubio pro reo*. Apesar de não estar previsto de forma expressa na Constituição Federal, tal princípio é de observância obrigatória em todos os processos criminais. Segundo ele, é imprescindível um lastro probatório suficiente para que o réu seja incriminado. Se isso não ocorrer, ele deve ser considerado inocente.

Em outras palavras, caso a autoridade julgadora tenha dúvidas acerca do cometimento ou não da infração pelo réu, isso deve ser interpretado a favor do acusado. Dessa forma, conclui-se que nossa lei suprema garantiu que a liberdade do acusado deverá prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado.

Diante o exposto, em decorrência do princípio do *in dubio pro reo*, surge, então, o princípio da presunção de inocência. Para abordá-lo, a Constituição Federal trouxe a seguinte redação, em seu artigo 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. De acordo com ele, o acusado deve ser tratado como inocente durante todo o decorrer do processo, do início ao trânsito em julgado da decisão final. Depreende-se, pois, que o encargo

de provar as acusações que pesarem sobre o acusado é inteiramente do acusador, não se admitindo que recaia sobre o indivíduo o ônus de provar a sua inocência.

Por fim, o princípio da paridade de armas, intimamente ligado com o princípio do contraditório, também rege o processo penal, sendo indispensável a sua observância para um julgamento justo, sob pena de nulidade absoluta. É um princípio corolário do devido processo legal e, preceitua, de forma sucinta, que as partes devem ter igualdade de condições no momento do litígio. Em outras palavras, às partes deve ser assegurada igualdade de direitos e deveres, de ônus, sanções processuais, garantias e possibilidade de defesa dos seus argumentos.

Neste mesmo sentido, sobre a restrição do poder de iniciativa probatória, leciona Eugênio Pacceli de Oliveira:

[...] com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. (2005, p. 9).

Nesse contexto, além de garantir o direito à informação de todos os fatos e alegações contrárias ao interesse das partes, também garante que a resposta seja realizada na mesma intensidade e extensão da ofensa. Sendo assim, uma possível desigualdade entre as partes é evitada de maneira preventiva, garantindo a idoneidade do processo.

2.2 Prova ilícita e ilegítima

Primeiramente, é necessário destacar que, não obstante a Carta Magna prever de maneira expressa, em seu artigo 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade da utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo penal, o constituinte se manteve inerte no que diz respeito ao conceito de provas ilícitas, da mesma forma como não constou o regramento legal acerca das consequências de sua utilização no processo.

Dessa forma, diante do silêncio da Constituição Federal, o conceito de prova ilegal ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência, bem assim como a distinção entre provas obtidas por meios ilícitos e as obtidas por meios ilegítimos. Nesse prisma, a prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento jurídico. Além disso, a prova ilegal deve ser observada como gênero, do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as obtidas por meios ilegítimos.

Nesse contexto, de uma forma geral, a prova será considerada ilícita quando for obtida por meio da violação de regras do direito material, seja ele penal ou constitucional. Ou seja, quando uma prova é obtida em detrimento de direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico aos indivíduos, tal prova será considerada ilícita, independentemente do processo.

Dessa maneira, para a proteção de tais direitos fundamentais da pessoa, o legislador previu, tanto na Constituição Federal, quanto na legislação infraconstitucional, inúmeras inviolabilidades. Pode-se citar a inviolabilidade da intimidade, da imagem, da honra, da vida privada, do sigilo das comunicações e dos dados, vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano, dentre outras.

Ademais, outro aspecto da prova ilícita é que ela, via de regra, pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, em um momento distinto ao processo. Em outras palavras, é aquela obtida fora do processo, em um momento anterior ou externamente a ele, com violação de norma de direito material. Exemplificando, se um indivíduo for constrangido a confessar a prática de um crime, mediante tortura, a prova daí obtida será ilícita.

Noutro giro, a prova ilegítima, por sua vez, é aquela obtida mediante a violação de normas de direito eminentemente processual. Além disso, ao contrário do que acontece com as provas ilícitas, as provas ilegítimas são intraprocessuais, ou seja, são produzidas, via de regra, no curso do processo. A título de exemplo, se um magistrado ouvir uma testemunha sem compromissá-la, tal prova seria considerada ilegítima. Isso ocorre pois o artigo 203 do Código de Processo Penal, que obriga o juiz a compromissar a testemunha, teria sido violado.

Por outro lado, há uma parcela da doutrina, liderada principalmente pelo doutrinador Renato Brasileiro de Lima, que defende a existência de provas obtidas por meios ilícitos e ilegítimos, simultaneamente. Nas suas palavras: “nessa hipótese, a prova é obtida mediante a violação simultânea à norma de direito material e processual. É o que ocorre com uma busca e apreensão domiciliar cumprida por uma autoridade policial sem a prévia autorização judicial, nem tampouco em situação de flagrante delito” (2019, p. 643).

Nesta situação, há a violação de norma legal, uma vez que tal conduta é prevista como crime de abuso de autoridade, conforme a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Há, também, a violação de norma processual, na medida que os requisitos para a realização da busca e apreensão domiciliar estão previstos nos artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal, bem assim como no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

2.3 Teorias aplicadas às provas

Com o passar do tempo e a evolução histórica do direito brasileiro, chegou-se à conclusão de que, se uma prova for considerada ilícita ou ilegítima, ela deve ser inutilizada e desentranhada dos autos. Conseqüentemente, as provas que forem obtidas através dessas provas ilícitas ou ilegítimas também não podem ser utilizadas na persecução penal. Ocorre que, contra a rigidez de tais regras, algumas teorias foram criadas, com o objetivo de flexibilizá-las.

Primeiramente, foi criada a teoria da fonte independente, também conhecida como exceção da fonte independente. Segundo ela, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, de forma legítima, novos elementos de informação, que não guardem qualquer relação de dependência com a prova originariamente ilícita, tais dados probatórios são admissíveis, uma vez que não foram atingidos pela ilicitude da prova originária.

Nesse sentido, é evidente a cautela que deve ser tomada com a aplicação de tal teoria, uma vez que, por um descuido, uma prova ilícita pode ser utilizada no

processo penal, acusando injustamente um indivíduo e infringindo inúmeros princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma: “para que a teoria da fonte independente seja aplicada, impõe-se demonstração inequívoca de que a prova avaliada pelo juiz efetivamente é oriunda de uma fonte autônoma deve-se demonstrar, e que não há nexos causal entre ela e a prova originariamente ilícita” (LIMA, 2019, p. 649).

Esta teoria foi criada nos Estados Unidos – *independent source doctrine*, sendo que sua utilização se deu, primeiramente, no caso *Murray vs EUA*, em 1988. Nele, a polícia norte-americana, ao perceber uma atividade suspeita de tráfico em uma residência, entrou ilegalmente na casa e confirmaram a suspeita. Logo após, foi expedido um mandado judicial para busca e apreensão, sem que fosse mencionada a entrada ilegal que ocorrera antes. Na posse do mandado, a polícia adentrou novamente na casa e apreendeu as drogas. A Corte norte-americana, na época, entendeu que a prova era válida, pois de qualquer forma seria obtido o mandado para justificar a segunda entrada legal (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 615).

Outra teoria que também tem como objetivo flexibilizar as regras de exclusão das provas ilícitas, é a teoria da descoberta inevitável, também conhecida como exceção da fonte hipotética independente. De acordo com ela, se ficar devidamente comprovado que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer maneira, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida para o processo.

Tal teoria também teve origem no direito norte-americano, sendo conhecida por lá como *inevitable discovery limitation*. A doutrina aponta o caso *Nix vs Williams-Williams II* como sendo o precursor a utilizar referida teoria, em 1984. Nas palavras do ilustre doutrinador Denílson Feitoza sobre o caso:

[...] em uma declaração obtida ilegalmente, o "acusado" revelou o paradeiro do corpo da vítima de homicídio numa vala de beira de estrada, mas um grupo de duzentos voluntários já estava procurando pelo cadáver conforme um plano desenvolvido cuidadosamente, que eventualmente teria abrangido o lugar onde o corpo foi encontrado. A Suprema Corte entendeu que a "doutrina dos frutos" não impediria a admissão de prova derivada de uma violação constitucional, se tal prova teria sido descoberta "inevitavelmente" por meio de atividades

investigatórias lícitas sem qualquer relação com a violação, bem como que a "descoberta inevitável" não envolve elementos especulativos, mas concentra-se em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação. (2010, p. 728).

Não obstante as divergências doutrinárias acerca da constitucionalidade da teoria da descoberta inevitável, ela já vem sendo adotada em nosso ordenamento jurídico há algum tempo, especialmente pelo STJ. Em pioneiro julgado sobre o assunto, o tribunal decidiu, no *Habeas Corpus* n. 52995/AL, pela aplicação da referida teoria:

HABEAS-CORPUS. [...] AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO [...] NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da CF, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexistente, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. 2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes da violação. [...] 5. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. (STJ - HC: 52995 AL 2006/0011608-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 16/09/2010, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2010)

Neste caso, discutia-se a ilicitude de um extrato bancário obtido por um herdeiro da vítima, sem autorização judicial. A turma, então, entendeu que o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, certamente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e do desfalque que a vítima havia sofrido. Ou seja, em outras palavras, a descoberta seria inevitável, não tendo o condão de invalidar as provas obtidas, nem tampouco o processo.

2.4 Distinção entre fonte, meios de prova e meios de obtenção de prova

Inicialmente, é necessário salientar que esses termos, apesar de parecerem sinônimos, carregam em seus conceitos distinções peculiares, tanto na parte teórica como na prática forense. Além disso, tais diferenças são

imprescindíveis para que o processo tenha seu prosseguimento de forma idônea, uma vez que um erro pode comprometer todo o ato processual.

A expressão fonte de prova refere-se a tudo aquilo que está apto a oferecer um resultado ao processo judicial. Em outras palavras, são as pessoas ou coisas das quais se consegue uma determinada prova. Daí, então, surgem as fontes de prova pessoais e as fontes de prova reais. Elas derivam do fato criminoso em si, independentemente da existência de um processo, motivo pelo qual conclui-se que são anteriores a eles.

Meios de prova, por outro lado, são os instrumentos pelos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Podem ser lícitos ou ilícitos, sendo que somente os primeiros podem ser admitidos no processo, e os últimos devem ser desentranhados dos autos. Ademais, os meios de prova dizem respeito a uma atividade endoprocessual, desenvolvida durante o processo, enquanto que as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais.

A título de exemplo, como aduz o doutrinador Badaró:

[...] a testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento é uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo é o meio de prova. O livro contábil é a fonte de prova, enquanto a perícia contábil é o meio de prova. (2003, p. 166).

Por fim, os meios de obtenção de prova, também chamados de meios de investigação de prova, dizem respeito a determinados procedimentos, que possuem como escopo conseguir provas materiais. Tais procedimentos, via de regra, são extraprocessuais e sempre são regulamentados por lei. Uma de suas peculiaridades é que podem ser realizados por outros funcionários, que não o juiz, como os policiais, por exemplo.

Importante destacar que os meios de obtenção de prova, em regra, são executados na fase preliminar de investigação, durante o curso do processo, de modo a permitir a descoberta de outras fontes de prova e contribuir para a formação da *opinio delicti*. Para melhor elucidação, uma busca domiciliar determinada por um

juiz é um meio de obtenção de prova e, se dela resultar a apreensão de um documento, este funcionará como meio de prova, desde que juntado aos autos do processo.

Outra particularidade dos meios de obtenção de prova é que eles possuem a surpresa como elemento fundamental para a obtenção de fontes de prova. Ou seja, em outras palavras, são produzidos sem prévia comunicação à parte contrária. Na medida em que, nos meios de prova, o contraditório, que pressupõe o conhecimento e participação acerca da produção de uma prova, é de rigor observância, nos meios de obtenção de prova ele é prescindível.

Assim, a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova é de extrema importância, também, no que diz respeito às consequências de eventuais irregularidades ocorridas no momento de sua produção. Pelo seu caráter endoprocessual, eventual vício quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida. Por outro lado, eventual ilegalidade quanto aos meios de obtenção de prova tem como consequência sua inadmissibilidade no processo, com o consequente desentranhamento dos autos do processo.

CAPÍTULO III – LIMITES LEGAIS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DOS OUTROS MEIOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS

No presente capítulo serão abordados os procedimentos e limites criados pelo legislador para a que a interceptação telefônica seja legalmente deferida. Além disso, também serão analisados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca das outras maneiras de comunicação eletrônica diferente das conversas telefônicas, que, por sua vez, não são regulamentados por lei. Por fim, para uma melhor elucidação e compreensão, serão apresentados os principais casos julgados pelo ordenamento jurídico pátrio acerca do tema.

3.1 Requisitos e contornos legais

Inicialmente, imprescindível se faz destacar que, para evitar abusos e arbitrariedades, tanto o constituinte, no artigo 5º, inciso XII, da Carta Magna, quanto o legislador, no artigo 2º da Lei nº 9.296/1996, previram alguns requisitos indispensáveis para a concessão da interceptação telefônica como medida de investigação para obtenção de prova.

O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, é claro ao estabelecer 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” (BRASIL, 1988, *online*). Dessa forma, são pressupostos da interceptação telefônica, por força da Carta magna: ordem judicial devidamente

fundamentada, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Em relação ao primeiro requisito (ordem judicial), há uma temperança jurisprudencial e doutrinariamente, no que diz respeito à teoria do juízo aparente. Isso ocorre porque, por muito tempo, foi defendida a tese de que, se uma interceptação telefônica fosse deferida por um juízo, e este juízo fosse, posteriormente, declarado incompetente, a prova dali obtida seria ilícita.

Ocorre que, tanto o STF, quanto o STJ, especialmente no REsp 1355432/SP, decidiram por seguir a teoria do juízo aparente, segundo a qual a interceptação deferida por juízo diverso daquele competente para julgar a ação principal não fere a lei, desde que a incompetência do juiz seja demonstrada posteriormente, senão veja-se:

RECURSO ESPECIAL. [...] INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEFERIDA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. [...] 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a regra prevista no art. 1º da Lei n. 9.296/1996 deve ser interpretada com ponderação, não havendo ilegalidade no deferimento da interceptação telefônica por Juízo diverso daquele que vier a julgar a ação principal, sobretudo quando a medida for autorizada no curso da investigação criminal. 2. Embora não tenha sido juntada a decisão que deferiu a interceptação telefônica aos autos, questão que não foi contestada pela defesa, verifica-se que o ofício assinado pelo Magistrado autorizando a medida possui fundamentação suficiente para validar a prova obtida. 3. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 1.355.432 SP 2012/0248810-3, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 21/08/2014, T5-QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/09/2014)

Dessa forma, como depreende-se dos julgados supramencionados, o entendimento dos tribunais é uníssono no sentido da legalidade de uma prova obtida por meio de uma interceptação telefônica deferida por uma autoridade judiciária, até então competente, mesmo que seja declarada sua incompetência no decorrer da persecução penal, numa demonstração clara da utilização da teoria do juízo aparente.

Não obstante, a Lei das interceptações, mais especificadamente em seu artigo 2º, trouxe outros requisitos necessários para a concessão da medida.

Primeiramente, deve-se ressaltar que tais pressupostos exigidos pela referida lei complementam aqueles requisitos trazidos pela Constituição Federal. Ou seja, para que uma interceptação telefônica seja legalmente realizada, é necessário a observância dos requisitos constitucionais e infralegais, cumulativamente.

O primeiro requisito trazido pela Lei nº 9.296/1996 para a concessão da interceptação telefônica é o *fumus commissi delicti*. Ou seja, devem haver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração criminal. Nas palavras do ilustre doutrinador Renato Brasileiro de Lima: “é necessária a presença de, no mínimo, algum elemento de prova, ainda que indireto ou de menor aptidão persuasiva, que possa autorizar pelo menos um juízo de probabilidade acerca da autoria ou da participação do agente no fato delituoso” (2019, p. 783)

Ademais, como a lei exige, no primeiro requisito para a concessão da medida cautelar, a presença de, pelo menos, indícios de autoria ou participação na infração, conclui-se que a interceptação telefônica não pode ser deferida para iniciar uma investigação criminal. Este pensamento é adotado, principalmente, pelo saudoso doutrinador Luiz Flávio Gomes:

[...] não existe interceptação telefônica pré-delitual, fundada em mera conjectura ou periculosidade. Não é possível interceptação telefônica para verificar se uma determinada pessoa, contra a qual inexistente qualquer indício, está ou não cometendo algum crime. É absolutamente defeso a chamada interceptação de prospecção, desconectada da realização de um fato delituoso, sobre o qual ainda não se conta com indícios suficientes. A finalidade última dessa medida cautelar tem que ser uma investigação criminal (ou instrução penal). A interceptação, em suma, destina-se a provar um delito que já está sendo investigado, não a comprovar se o agente está ou não delinquindo. (2013, p. 55).

Como toda e qualquer medida cautelar, o segundo pressuposto é o *periculum in mora*, e, no caso das interceptações telefônicas, é compreendido como o risco ou prejuízo que a não realização imediata da diligência poderá acarretar na investigação. Em outras palavras, a conversa telefônica deve ser colhida enquanto é desenvolvida, sob pena da prova ser perdida.

Nesse sentido é que está inserido o segundo requisito para a concessão da medida. O legislador previu que a interceptação telefônica só pode ser deferida quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis. Sendo assim, conclui-se pela subsidiariedade da interceptação telefônica, sendo utilizada como medida de *ultima ratio*, justamente por ser considerada agressiva para o investigado.

Noutro giro, o último pressuposto que o legislador impôs foi que a infração penal seja punida com pena de reclusão. Assim, o artigo 2º, inciso III da Lei nº 9.296/1996 veda a possibilidade de interceptação telefônica para as infrações punidas com pena de detenção, independentemente se o delito está previsto no Código Penal ou na legislação especial.

Acontece que, hodiernamente, há uma divergência em relação a este requisito. Isso acontece pois, apesar de parecer autoexplicativo, a jurisprudência tem entendido que, se no curso de uma investigação criminal, houver alguma infração penal punida com detenção, mas conexa com outra infração em que se preveja pena de reclusão, a interceptação telefônica para a investigação de ambos os crimes é permitida, conforme foi decidido no Agravo Regimental no REsp 1.717.551/PA:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. [...] ILEGALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO E FISCAL. [...] AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **I - Descabe falar-se em nulidade das provas, quando obtidas a partir interceptação telefônica, realizada em fase inquisitorial de investigação de crime punido com pena de reclusão, em que se obtém encontro fortuito de provas de outros delitos, punidos com pena de detenção. II - É lícita a utilização de prova emprestada quando há o preenchimento de todas as exigências legais em sua colheita e submissão da prova ao crivo do contraditório judicial.** III - A quebra do sigilo fiscal foi realizada de acordo com os requisitos exigidos por lei, constatados indícios de autoria da infração penal de fatos investigados punidos com pena de reclusão, presentes autorização judicial e a constatação da impossibilidade de realização da prova por outros meios [...]. Agravo regimental desprovido. (original sem grifo) (STJ - AgRg no REsp: 1717551 PA 2018/0001791-9, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 24/05/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2018)

Dessa forma, o entendimento jurisprudencial mais recente é no sentido de que, se uma decisão judicial deferir a interceptação telefônica para um crime punido com pena de reclusão, mas houver, no caso, outro crime conexo com o primeiro, e que o legislador previu uma pena de detenção, a medida cautelar é válida para ambos os delitos.

3.2 Serendipidade

Um tema que provoca certa discussão na doutrina e na jurisprudência diz respeito ao encontro fortuito de elementos probatórios numa persecução penal. Em um contexto geral, o encontro fortuito de provas ocorre quando, através de diligências realizadas para a apuração de uma determinada infração penal, são obtidas provas de outro crime, que até então não era alvo da investigação (crime achado).

À esse encontro fortuito de provas, dá-se o nome de serendipidade. No âmbito das interceptações, por muito tempo houve discussão acerca da possibilidade de utilização de um elemento probatório de outro crime, diferente daquele efetivamente investigado, mas descoberto casualmente durante a medida restritiva. À título de exemplo, nas palavras do ilustre doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

Supondo-se que uma interceptação telefônica tenha sido autorizada para apurar crime punido com reclusão (v.g., tráfico de drogas) praticado por determinado agente, indaga-se se seria possível a utilização de elementos probatórios colhidos casualmente ao longo da diligência em relação a outras infrações penais (v.g., homicídio, desacato, jogo do bicho, etc), e/ou em relação a outras pessoas. (2019, p. 788).

Numa tentativa de solucionar os embates acerca do tema, a doutrina subdividiu este fenômeno em serendipidade de primeiro e segundo grau. A de primeiro grau ocorre quando há a descoberta de provas de outra infração penal em que se tem conexão ou continência entre a infração penal investigada. Por outro lado, a serendipidade de segundo grau: “seria a descoberta de prova de infração penal totalmente desvinculada da inicialmente buscada” (PONTES, 2015, p. 154).

Nesse contexto, pacificando o tema e aclarando eventuais obscuridades, os tribunais superiores filiaram-se à teoria da serendipidade de segundo grau, para a surpresa de muitos. Ou seja, entenderam pela possibilidade de utilizar uma prova encontrada fortuitamente, ainda que não haja relação de conexão ou continência entre a infração investigada e a infração encontrada. Foi nesse sentido que o STF julgou o HC 129678/SP:

HABEAS CORPUS. CRIME ACHADO. ILICITUDE DA PROVA. REQUISITOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS ATENDIDOS. IMPROCEDÊNCIA. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA. IMPROCEDÊNCIA. 1. O crime achado, ou seja, a infração penal desconhecida e, portanto, até aquele momento não investigada, sempre deve ser cuidadosamente analisada para que não se relativize em excesso o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. **A prova obtida mediante interceptação telefônica, quando referente a infração penal diversa da investigada, deve ser considerada lícita se presentes os requisitos constitucionais e legais [...].** 4. Habeas corpus denegado. (original sem grifo) (STF - HC: 129678 SP - SÃO PAULO 0005287-30.2015.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 13/06/2017, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-182 18-08-2017)

Entretanto, foi imposto um requisito para a licitude da prova: que ela tenha sido obtida sem a violação dos requisitos constitucionais/legais e sem desvio de finalidade ou fraude. Ou seja, o entendimento firmado foi no sentido de a prova ser considerada lícita, mesmo que o “crime achado” não seja conexo com o delito que estava sendo investigado, mas desde que tenham sido respeitados os requisitos constitucionais e legais e que não tenha havido desvio de finalidade ou fraude.

3.3 Procedimento e prorrogação das renovações

O artigo 5º da Lei nº 9.296/1996 é claro ao estabelecer que a decisão que defere a interceptação telefônica deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, e deve indicar a forma de execução, não podendo exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo, desde que comprovada a indispensabilidade da medida. É indubitável que o prazo de 15 (quinze) dias inicia-se no dia em que a medida é efetivada, e não do dia em que a decisão judicial que a autoriza é deferida.

Por se tratar de uma medida invasiva e excepcional, é evidente que, havendo necessidade de renovação do prazo da interceptação, esta deve se dar antes do decurso do prazo fixado na decisão primária. Além disso, a prorrogação das renovações não pode ser automática, sendo imprescindível a comprovação da indispensabilidade do meio de prova.

Ocorre que surgiram diversos debates doutrinários e jurisprudenciais quanto ao número de vezes que o prazo da interceptação telefônica pode ser renovado, uma vez que o texto legal somente estabeleceu que referido prazo, de 15 (quinze) dias, pode ser renovável por igual tempo, deixando de explicitar a quantidade exata de vezes que a medida pode ser prorrogada.

Nesse sentido, 4 (quatro) correntes distintas foram criadas. A primeira corrente defende a ideia de que “a renovação só pode ocorrer uma única vez, e, conseqüentemente, a duração máxima da interceptação seria de 30 (trinta) dias” (AVOLIO, 2003, p. 188). Por outro lado, a segunda corrente estabelece que a renovação só pode ocorrer uma única vez, mas, se houver extrema justificativa do excesso, e a medida for indispensável, é possível a renovação por mais de uma vez, atendido o critério da razoabilidade.

Outrossim, a terceira corrente entende que o limite máximo seria de 60 (sessenta dias). Os filiados a este pensamento argumentam que: “na hipótese de decretação do Estado de Defesa, o Presidente da República pode limitar o direito ao sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas por 60 (sessenta) dias, e, como consequência, em estado de normalidade, o prazo máximo para que a interceptação fosse realizada seria de 60 (sessenta) dias também” (LIMA, 2019, p. 795).

Por fim, a quarta corrente argumenta que o prazo da interceptação pode ser renovado indefinidamente, mas desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Um dos aliados a esta corrente, o ilustre doutrinador Vicente Greco Filho, defende a ideia alegando que “no artigo 5º da Lei nº 9.296/1996, a expressão ‘uma vez’ deve ser compreendida como preposição, e não como adjunto adverbial” (2009, p. 51).

A corrente que tem predominado no atual ordenamento jurídico é a quarta, e os tribunais alegam que, com a crescente criminalidade no Brasil, é ingênuo acreditar que uma interceptação com prazo de 30 (trinta) dias seria suficiente para o esclarecimento efetivo do crime. O STJ, no HC 152092/RJ, entendeu que, dependendo da extensão, intensidade e complexidade do crime, o prazo pode ser prorrogado indefinidamente, desde que comprovada a razoabilidade da medida no caso concreto.

3.4 Outros meios de comunicação telefônica não regulamentados por lei

Inicialmente, imprescindível se faz destacar que, com a constante evolução tecnológica dos dias atuais, as conversas telefônicas não são mais o único meio de comunicação eletrônica. O que se observa, na realidade, é que as conversas telefônicas têm, cada vez mais, perdido espaço para outros meios de comunicação, como as redes sociais, por exemplo.

Nesse sentido, para que a investigação criminal seja eficaz, a interceptação das comunicações telefônicas não se mostra tão mais eficiente. Em outras palavras, é necessária a obtenção de provas através de outros meios de comunicação eletrônica, o que culmina, inevitavelmente, na violação de alguns princípios constitucionais.

Ocorre que a lei que regulamente as interceptações telefônicas é do ano de 1996, momento em que a grande maioria dessas outras maneiras de comunicação eletrônica sequer existiam. Dessa maneira, não há um respaldo legal para que elas sejam legalmente utilizadas como meio de obtenção de provas no processo penal. Entretanto, para que houvesse segurança jurídica, coube à doutrina e à jurisprudência superar estas lacunas legais.

Hodiernamente, o principal meio de troca de mensagens é o aplicativo *whatsapp*, que surgiu no Brasil no ano de 2009, 13 anos após a vigência da lei das interceptações. Dessa maneira, surgiram inúmeras dúvidas acerca do uso das mensagens do referido aplicativo como meio de obtenção de prova. Nesse sentido, respaldada no princípio da analogia, a jurisprudência entendeu que o acesso aos

dados de conversas registradas no *whatsapp* é possível, mas desde que devidamente autorizado pela autoridade judiciária.

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. [...]. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. [...] VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. [...] 1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, **embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp)**. 2. No caso, **deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados** [...] 3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos. (original sem grifo). (STJ - RHC: 89981 MG 2017/0250966-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Data de Julgamento: 05/12/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2017)

Não obstante, com as atualizações do referido aplicativo, tornou-se possível o espelhamento das conversas de um celular em um computador, através do mecanismo *whatsapp web*. O espelhamento permite que o aplicativo fique aberto no computador e que a pessoa tenha acesso a todas as conversas passadas, bem assim como todas aquelas que estão ocorrendo, além da possibilidade de enviar mensagens dentro do aplicativo do celular, através do computador.

Sendo assim, a autoridade policial, ao apreender um aparelho celular, realizava o emparelhamento entre o celular e seu computador, espelhando o *whatsapp* do agente como forma de investigação e obtenção de provas. Conseqüentemente, a autoridade policial teria acesso a todas as conversas, e ainda poderia mandar mensagens através do aplicativo do agente pelo seu computador.

Assim, surgiram inúmeras dúvidas acerca da legalidade da medida adotada pela autoridade policial, tendo em vista que se traduz em uma clara afronta aos princípios constitucionais, em especial ao sigilo das telecomunicações e da vida

privada. Dessa forma, para pacificar o entendimento acerca do tema, o STJ, no RHC 99.735/SC, proferiu o seguinte julgamento:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. [...] AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE ESPELHAMENTO, VIA WHATSAPP WEB, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE DA MEDIDA. [...] RECURSO PROVIDO. [...] 4. Tanto no aplicativo, quanto no navegador, é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas ou recentes, tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. [...] 7. Primeiro: **ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via WhatsApp Web o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vem a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular [...]** 12. Recurso provido [...]. (original sem grifo). (STJ - RHC: 99735 SC 2018/0153349-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 27/11/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data de publicação: DJe 12/12/2018 RSTJ vol. 253p. 883)

Nesse sentido, o tribunal superior fixou o entendimento no sentido de que o espelhamento de conversas através do *whatsapp web* não é possível, nem mesmo com autorização judicial. Para isso, argumentou que, na plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (Quick Response), e que somente pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usar o serviço, o que torna indispensável a apreensão do aparelho telefônico todas as vezes em que for realizar.

Não obstante, os julgadores, em especial à ministra relatora Laurita Vaz, ainda aduziram que o espelhamento das conversas por meio do *whatsapp web* permite à autoridade policial atuar como participante tanto das conversas já registradas pelo autor, quanto as que vierem a ser realizadas. Sendo assim, há uma clara afronta à imparcialidade necessária para o prosseguimento idôneo da persecução penal.

CONCLUSÃO

Restou demonstrado, neste estudo, o contexto histórico das interceptações telefônicas, seu conceito e natureza jurídica, bem assim como a legalidade de sua utilização como prova durante a persecução penal, sob a égide de alguns princípios estampados na Constituição Federal. Além disso, ainda restou demonstrada as alterações realizadas na Lei nº 9.096/1996 pelas legislações posteriores.

Inicialmente, para um maior aprofundamento e elucidação do tema, foi observado a sistemática das provas em geral, tais como os princípios constitucionais e processuais que as norteiam. Ademais, ainda foram analisadas as principais teorias aplicadas às provas e como tudo isso é utilizado no âmbito das interceptações telefônicas.

Nesse sentido, para compreender a legalidade do uso das interceptações telefônicas como prova no processo penal, necessário se fez o estudo dos conceitos de prova ilícita, prova ilegítima, serendipidade, fontes de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova. Assim, conclui-se que, quando realizadas de maneira razoável, e, acima de tudo, em obediência aos requisitos legais, as interceptações telefônicas são meios idôneos para a obtenção de provas.

Além disso, a partir de uma visão voltada especificadamente para as interceptações, foram analisados seus requisitos e contornos legais de acordo com a Lei nº 9.296/1996 que as regulamenta. Não obstante, foi observado o procedimento

para a prorrogação de suas e quais são os principais entendimentos acerca do tema.

Tendo em vista o inevitável avanço tecnológico dos dias atuais, percebe-se que as conversas telefônicas não são mais a única maneira de comunicação eletrônica. Na realidade, o que se observa é que, com o passar dos dias, as comunicações telefônicas perdem espaço para outros meios de comunicação mais rápidos e eficazes. Exemplo claro dessa realidade são as redes sociais, em que o número de usuários cresce cada vez mais, deixando as comunicações telefônicas de lado.

Dessa forma, para garantir uma investigação criminal eficaz, muitas vezes somente a interceptação telefônica não é suficiente. Ocorre que, tendo em vista que a maioria desses outros meios de comunicação surgiram após o advento da Lei nº 9.096/1996 que as regulamenta, é consequência lógica que eles não possuem um respaldo legal para serem utilizados como provas na investigação criminal.

Sendo assim, cabe à doutrina e à jurisprudência suprir tais lacunas e obscuridades legais. Contudo, como é de se esperar, seus contornos e sua aplicabilidade no processo penal provocam importantes debates no sistema normativo brasileiro, o que ocasiona inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Dessa maneira, foram analisadas as recentes decisões dos tribunais superiores e os atuais entendimentos doutrinários a respeito da legalidade e idoneidade do uso desses outros meios de comunicação como provas.

Por esse motivo, o tema está em constante evolução, tendo em vista o iminente avanço tecnológico e o surgimento de outros inúmeros meios de comunicação eletrônica, o que já é uma realidade. Somado a isso, observa-se a necessidade de uma abordagem dos reflexos jurídicos decorrentes da extrapolação dos limites legais das interceptações e das inovações tecnológicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **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 7 de out. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4117.htm. Acesso em 22 de out. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em 22 de out. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 22 de out. de 2020.

CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**, 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal**. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/>. Acesso em: 02 de mar. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Devido processo legal**. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121916613/devido-processo-legal>.

Acesso em: 02 de mar. 2021.

GOMES, Flávio Luiz; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

GRINOVER, Ada Pelegrini. **As Nulidades no Processo Penal**, 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HOUAISS. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, 7ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processo Penal**, 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/academia-policia-captacao-ambiental-pacote-anticrime-disciplina>. Acesso em 22 de out. de 2020.

MOTA, LUIG ALMEIDA. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34691/o-fenomeno-da-interceptacao-ambiental>. Acesso em 22 de out. de 2020.

PONTES, Fernando. **Delegado de Polícia. Coleção item a item**. Recife: Armador, 2015.

SANNINI, Francisco. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/08/10/captacao-ambiental-e-seu-conceito-luz-pacote-anticrime/>. Acesso em 22 de out. de 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso de Habeas-Corpus**. Processo: 52995 AL. Sexta Turma. Relator: Min. OG Fernandes. Alagoas, 16 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 02 de mar. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em Recurso Especial**. Processo: 1717551 PA. Quinta Turma. Relator: Min. Felix Fischer. Pará, 24 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial**. Processo: 1355432 SP. Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Mussi. São paulo, 04 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso de Habeas-Corpus**. Processo: 152092 RJ. Quinta Turma. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Rio de Janeiro, 08 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas-Corpus**. Processo: 89981 MG. Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares Da Fonseca. Minas Gerais, 05 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso ordinário em Habeas-Corpus**. Processo: 99735 SC. Sexta Turma. Relator: Min. Laurita Vaz. Santa Catarina, 27 de novembro de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso de Habeas-Corpus**. Processo: 81154 SP. Segunda Turma. Relator: Min. Maurício Corrêa. São Paulo, 02 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 19 de nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso de Habeas-Corpus**. Processo: 74356 SP. Primeira Turma. Relator: Min. Octavio Gallotti. São Paulo, 10 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.stf.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 19 de nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso de Habeas-Corpus**. Processo: 129678 SP. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. São Paulo, 13 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 11 abr. 2021.