

A AUSÊNCIA DE LIMITE TEMPORAL TOTAL DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O RÉU

THE ABSENCE OF A TOTAL TEMPORARY LIMIT OF TELEPHONE INTERCEPTION AND THEIR CONSEQUENCES TO THE DEFENDANT

SAMARA TOSTES PEIXOTO PRIETO

SUMÁRIO

Introdução; 1. Delimitação conceitual; 1.1 Teoria geral da prova; 1.1.1 Meios de obtenção de prova; 1.1.2 Meios de prova; 1.1.3 Limitações ao direito de prova (provas ilícitas e ilegais); 1.1.4 Encontro fortuito de provas; 1.1.5 Contaminação de provas derivadas; 2. Interceptação telefônica; 2.1 Natureza jurídica; 2.2 Finalidade; 2.3 Requisitos; 2.4 Momentos e legitimados; 2.5 Juiz e competência; 2.6 Procedimento probatório; 2.7 Duração; 2.8 Diferenças com outros institutos; 2.8.1 Escuta telefônica, gravação telefônica e interceptação ambiental; 3. As inviolabilidades constitucionais; 3.1 Direito à não autoincriminação; 3.1.1 Titular do direito; 4. Consequências da interceptação telefônica ilícita; Conclusão; Referências.

RESUMO

A Lei 9.296/1996, que regulamenta a interceptação telefônica, não é precisa no tocante ao prazo máximo da interceptação telefônica. Consequentemente, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário variam em relação a este período, gerando insegurança jurídica e violação a direitos fundamentais. Diante da importância dessa matéria, este trabalho tem a finalidade de analisar em que medida a ausência de limite temporal total da interceptação telefônica viola o direito à não autoincriminação do réu.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal; provas ilícitas; interceptação telefônica; limite temporal; direito à não autoincriminação.

ABSTRACT

The Law 9.296/1996, which regulates telephone interception, is not precise regarding the maximum term of telephone interception. Consequently, decisions taken by the Judiciary vary in relation to this period, generating legal insecurity and violation of fundamental rights. Given the importance of this matter, this work has the purpose of analyzing the extent to which the absence of total time limit of telephone interception violates the defendant's right not to self-incriminate.

KEY WORDS

Criminal Procedural Law; unlawful evidence; telephone interception; temporal limit; right to non-self-incrimination.

INTRODUÇÃO

O processo penal tem como característica uma mudança de perspectiva conforme os acontecimentos históricos vivenciados em determinada época. Em alguns momentos, prevalece a preocupação com a segurança nacional e a repressão, em outros a visão do processo penal perpassa pela proteção e salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do acusado.

Fernandes (2012, p. 23) esclarece que essa “dicotomia é, a rigor, manifestada pelo embate entre a eficiência e o garantismo no processo penal. Sob uma perspectiva contemporânea, esses dois vetores não se contrariam entre si, haja vista que não se admite um processo eficiente sem garantismo.”

A partir de grandes marcos históricos como, por exemplo, a Revolução Francesa, percebeu-se a necessidade de evolução na forma como o indivíduo e o Estado deveriam se relacionar. Esse progresso passou pela inclusão de normas que assegurassem os direitos fundamentais dos indivíduos em oposição ao poder estatal intervencionista.

Com efeito, vários países introduziram regras com feições garantistas em suas Constituições com o intuito de compelir o Estado a respeitar os direitos e as garantias individuais. Sobretudo após as duas grandes guerras mundiais, os países se mobilizaram em prol de realizar tratados e convenções internacionais que reforçassem o interesse de seus signatários em proteger os direitos dos indivíduos que estivessem em seus territórios. Tiveram relevância nesse

contexto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1992), dentre outros.

Caminhando nessa direção, a Constituição Federal de 1988 apresentou inúmeros dispositivos salvaguardando direitos, tendo colocado, inclusive, como um dos princípios da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

Em contrapartida, a Constituição de 1988 também estabeleceu normas que reprimissem determinadas condutas, como a discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); a prática do racismo (art. 5º, XLII); a tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e os crimes hediondos (art. 5º, XLIII).

Fernandes (2012, p. 26), ao analisar o direito processual sob um enfoque constitucional, afirma que “o íntimo relacionamento entre processo e Estado exige a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre as normas processuais de índole constitucional.”

Essa nova concepção é importante, pois a tônica do Estado Democrático de Direito vai no sentido de se ter a máxima efetivação dos direitos fundamentais sem que ocorram excessos por parte do Estado.

Nesse sentido, a atividade probatória na esfera do Direito Processual Penal tem por objetivo a reconstrução de fatos que estão sendo investigados para que posteriormente possam ser analisados pelo magistrado.

Assim, a interceptação telefônica é um importante meio de obtenção de prova em investigações criminais e instruções processuais penais, conforme estabelece o art. 1º, *caput*, da Lei 9.296/1996. A aludida lei, publicada em 24 de julho de 1996, foi editada com o intuito de regulamentar o art. 5º, inciso XII (parte final), da Constituição Federal, que possui eficácia limitada. Por meio desta lei regulamentar tornou-se possível a violação de comunicações telefônicas.

Por ocasião da edição da Lei 9.296/1996, iniciou-se um debate a fim de se dirimir se esta lei estaria em colisão com o direito fundamental à intimidade

(que encontra assento no art. 5º, X, da CF). Assim como do princípio da legalidade (que está disposto no art. 5º, incisos II e XXXIX, da CF; art. 37, *caput*, da CF e art. 1º, do Código Penal Brasileiro) e com o princípio da não autoincriminação (que é decorrência do art. 5º, LXIII, da CF e também encontra previsão no art. 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e art. 8º, 2, “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Apesar da positivação dos mencionados direitos, o ordenamento jurídico brasileiro não alberga direitos absolutos, que possam ser exercidos a qualquer tempo e sob qualquer circunstância. Isso faz com que essa discussão ganhe relevo diante da vasta quantidade de recursos existentes atualmente no Judiciário, que questionam inúmeros aspectos das interceptações telefônicas como meio de persecução criminal do Estado.

Muito embora se tenham uma gama de direitos violados que possam ser discutidos, para fins de delimitação do tema abordado, o presente trabalho dará enfoque somente no direito à não autoincriminação. Esta temática será estudada por meio do exame do que a doutrina, Constituição Federal e leis dizem a respeito da teoria geral da prova, interceptações telefônicas e direito à não autoincriminação. Também será feita uma correlação entre as interceptações ilícitas e o RE 625.263/PR, que teve repercussão geral reconhecida.

Diante desta questão, será abordada a Lei 9.296/1996, que estabelece alguns requisitos para a autorização de uma interceptação telefônica, quais sejam: a) que a interceptação telefônica seja utilizada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 1º, *caput*), b) que a ordem seja dada pelo juiz competente da ação principal (art. 1º, *caput*), c) que se tenha indícios razoáveis de autoria ou participação em delitos (art. 2º, I), d) que não exista outro meio de se produzir a prova (art. 2º, II) e e) que a infração penal cometida seja punida com pena de reclusão (art. 2º, III).

O art. 5º desta lei também dispõe sobre a mesma questão ao tratar o prazo máximo para a interceptação que é de 15 (quinze) dias, prorrogáveis por mais 15 (quinze). É este o ponto que se pretende ressaltar como problema a ser enfrentado, uma vez que a lei não estabelece um limite temporal total para a

interceptação e os Tribunais Superiores não se posicionaram a respeito da quantidade de prorrogações permitida. Assim, a flexibilidade na jurisprudência em relação ao número de renovações gera insegurança jurídica, viola direitos fundamentais e dificulta a defesa do réu.

Por conseguinte, ante ao destaque desta matéria no âmbito jurídico, econômico, social, político e acadêmico, este trabalho pretende analisar o caso paradigma do RE 625.263/PR e avaliar em que medida o silêncio da Lei 9.296/1996 em relação à quantidade de renovações da interceptação telefônica afronta o direito à não autoincriminação.

Para tal fim, inicialmente será feita uma delimitação conceitual doutrinária acerca da teoria geral da prova para se entender em que contexto probatório se encontra o instituto da interceptação telefônica.

O segundo capítulo será pautado em entendimento doutrinário e versará a respeito da receptação telefônica em si, discorrendo sobre a sua natureza jurídica, finalidade, requisitos, legitimados, competência para a autorização, procedimento e duração. Também serão abordados outros institutos que trazem semelhança com a interceptação telefônica, mas que não podem ser confundidos com ela. A partir desses esclarecimentos poderão ser levantados aspectos importantes da interceptação que podem prejudicar o exercício de direitos fundamentais.

O terceiro capítulo se prestará a retratar as inviolabilidades constitucionais sob o prisma da doutrina. Serão feitas considerações no tocante ao direito à não autoincriminação e seus titulares.

No último capítulo serão discutidas as consequências da interceptação telefônica ilícita e será traçado um paralelo com o RE 625.263/PR, para que seja demonstrado em um caso concreto de que modo a ausência de limite temporal total da interceptação telefônica viola o direito à não autoincriminação.

1. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

A fim de se entender o instituto da interceptação telefônica, é mister adentrar sobre a teoria geral da prova, bem como diferenciar os conceitos que cercam esta teoria.

1.1 TEORIA GERAL DA PROVA

No entendimento de Gustavo Badaró (2007, p.197), o vocábulo “prova” é plurívoco, possuindo vários significados, e vai além do estudo do Direito. Uma de suas acepções dá conta de que é tudo que é capaz de fazer com que uma pessoa tenha conhecimento de algo.

Segundo este autor, no direito processual, a prova é o meio utilizado pelo juiz para se chegar à verdade, convencendo-se (ou não) da ocorrência de fatos juridicamente relevantes para o julgamento de determinada causa. Ele ainda observa que

atualmente, tem-se a consciência de que a verdade absoluta ou ontológica é algo inatingível. Verdade e certeza são conceitos relativos. A “verdade” atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido tal qual as provas demonstram. Por outro lado, a certeza, enquanto aspecto subjetivo da verdade, também é relativa. O juiz tem certeza de um fato, quando acredita que o seu conhecimento é verdadeiro. Todavia esse acreditar é fundado numa verificação. (BADARÓ, 2007, p.195)

Ainda de acordo com Badaró (2007, p.195), o ponto nevrálgico de um processo é realizar a reconstrução histórica dos fatos conforme as regras legais que disciplinam a investigação, produção e valoração de provas. O processo penal geralmente envolve algum tipo de controvérsia fática. O Ministério Público ou querelante imputa fatos penalmente relevantes e a defesa normalmente nega a ocorrência de tais fatos.

Julio Mirabete (2007, p. 249) assevera que para que o magistrado possa declarar a existência da responsabilidade criminal de uma pessoa e possa impor

sanção a ela, é mister que haja certeza de ocorreu um ilícito penal e que o acusado seja o autor. A convicção que o juiz necessita para realizar o seu pronunciamento é o que constitui a prova.

A seguir serão tratadas diferentes terminologias para esclarecimentos acerca deste assunto.

1.1.1 Meios de obtenção de prova

Conforme menciona Lima (2014, p. 555/556), meios de obtenção de prova são atividades extraprocessuais (em regra), que têm o objetivo de conseguir provas materiais. A rigor, são executados na fase preliminar de investigações, mas também podem ser executados durante o curso de um processo, permitindo a descoberta de fontes de provas diferentes das que seriam usadas na formação da *opinio delicti*.

Via de regra são executados por policiais a quem tenham sido outorgadas as atribuições de investigação em sede de infrações penais. Normalmente têm autorização prévia e concomitante com fiscalizações judiciais. Contam com o elemento “surpresa”, haja vista que há desconhecimentos dos investigados. Se forem praticados de forma não prevista em lei, devem ser considerados ilícitos e, conseqüentemente, desentranhados dos autos do processo. Como exemplo meios de obtenção, ou de investigação de prova, pode-se citar as interceptações telefônicas (reguladas pela Lei 9.296/1996) e a infiltração de agentes (que tem previsão no art. 53, I, da Lei 11.343/2006 e nos arts. 10 a 14, da Lei 12.850/13 (LIMA, 2014, p. 555/556).

1.1.2 Meios de prova

Conforme lição de Mirabete (2007, p. 252), são considerados meios de prova as ações ou coisas que foram empregadas para pesquisar ou demonstrar a verdade, tais como reconhecimentos, depoimentos, perícias etc.

Badaró (2007, p. 198) acrescenta que são meios de prova os instrumentos pessoais ou materiais com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão do magistrado, mediante revelação sobre a verdade de um fato.

Por sua vez, Guilherme Nucci (2014, p. 336), assegura que são todos os recursos que foram utilizados direta ou indiretamente para se atingir a verdade dos fatos em um processo.

Também pode-se dizer que os meios de prova são os instrumentos utilizados para se introduzir as fontes de prova em um processo. São realizados na fase processual da persecução penal. Trata-se, portanto, de atividade que ocorre dentro do processo (endoprocessual) e se desenvolve diante de um juiz, havendo o conhecimento e a participação das partes. Tem como escopo a fixação de dados probatórios no processo. Ao passo que as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova só existem dentro do processo (LIMA, 2014, p. 555/556).

Os meios de prova podem ser classificados como lícitos ou ilícitos. Os ilícitos, que são os que foram obtidos mediante violação de normas constitucionais ou legais, não podem ser admitidos pelo juiz, conforme determina o art. 157, do Código de Processo Penal. Caso sejam praticados ao arrepio do modelo típico, são sancionados, geralmente, com nulidade absoluta ou relativa, devendo ser desentranhados dos autos do processo (LIMA, 2014, p. 555/556).

Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 98), citada por Nucci (2014, p. 337), menciona que são considerados meios ilícitos, além dos explicitamente proibidos por meio de lei, os meios antiéticos, imorais, atentatórios aos bons costumes e à dignidade e à liberdade da pessoa humana, assim como os que são contrários aos princípios gerais do direito.

O CPP dispõe sobre os seguintes meios de prova: o exame de corpo de delito e perícias em geral (art. 158 a 184), a confissão (art. 197 a 200), as perguntas feitas ao ofendido (art. 201), o depoimento de testemunhas (art. 202 a 205), o reconhecimento de pessoas ou coisas (art. 226 a 228), a acareação (art. 229 e 230), os documentos (art. 231 a 238), os indícios (art. 239) e a busca e apreensão (art. 240 a 250).

Entretanto, para Badaró (2007, p. 199/200), “o rol do CPP não é taxativo, podendo ser mencionada, como prova atípica no processo penal, a inspeção

judicial, por exemplo. (...) O CPP prevê que são admissíveis todos os meios moralmente legítimos mesmo que não especificados no Código”.

Mirabete (2007, p. 253) corrobora com este entendimento, mas pondera que esta liberdade encontra limites além dos mencionados na lei processual. Afirma que a doutrina aponta também como inadmissíveis as provas que estejam em conflito com os princípios que defendem a dignidade humana, bem como os meios que se contrapõem às normas reguladores do direito que, mediante caráter geral, conduzem a vida social da população.

Por fim, é interessante destacar a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova, tendo em vista as consequências de possíveis irregularidades ocorridas no momento de sua produção. Caso existam vícios quanto aos meios de prova, estes serão sancionados com a nulidade da prova produzida, por se tratar de uma atividade endoprocessual. Por outro lado, se for verificado qualquer tipo de ilegalidade quanto à produção de determinado meio de obtenção prova, haverá o reconhecimento da inadmissibilidade da prova no processo, em razão do descumprimento às regras relacionadas à sua obtenção, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Posteriormente, deverá ser feito o desentranhamento desta prova dos autos do processo, conforme determina o art. 157, *caput*, do CPP. Uma outra diferença entre meios de obtenção de prova e meios de prova se dá na comunicação prévia às partes. Os meios de obtenção de prova devem ser introduzidos sem que haja comunicação à parte contrária, havendo surpresa, uma vez que a ciência sobre a intenção de se colher provas tornaria a obtenção de fontes de prova impraticável. Com relação aos meios de prova, é necessário que o contraditório seja observado, havendo conhecimento sobre a produção de certa prova e, até mesmo, participação na sua realização (LIMA, 2014, p. 555).

1.1.3 Limitações ao direito de prova (provas ilícitas e ilegais)

De acordo com Fernandes (2012, p. 89), a discussão acerca de provas ilícitas vem, cada vez mais, sendo fonte de preocupação no que tange o direito processual atual. Tendo em vista o notável desenvolvimento da tecnologia, a

intimidade, vida privada e honra das pessoas tornou-se mais vulnerável. Isso exige que o legislador tenha maior cautela na concessão de mecanismos aptos e eficientes para a repressão à criminalidade, não permitindo invasões desmedidas ou desnecessárias à vida das pessoas.

Contudo, o ponto de equilíbrio não é fácil de ser atingido. Por um lado, é essencial armar o Estado com poderes para enfrentar a criminalidade organizada, violenta e crescente. Por outro, o cidadão deve ter a sua tranquilidade, imagem e intimidade asseguradas, devendo ter remédios eficazes para se opor aos excessos dos órgãos fiscalizadores (FERNANDES, 2012, p. 89).

Este autor ainda assegura que em prol da segurança social não se pode conferir garantia absoluta de privacidade e sigilo no bojo do processo penal. Todavia, também não é possível admitir, em respeito ao princípio da verdade real, que a busca à prova ofenda os direitos fundamentais do investigado ou acusado.

O direto à prova não tem natureza absoluta, estando sujeito a limitações, tendo em vista que coabita com outros direitos igualmente albergados pelo ordenamento jurídico (LIMA, 2014, p. 583).

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover bem observa:

é que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência de liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. (...) De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tantos os direitos como suas limitações. (1994, p. 110)

Assim, segundo Fernandes (2012, p. 99), diante da necessidade de se garantir a liberdade de manter contato com outros indivíduos sem o risco de o conteúdo de sua comunicação ser usado como prova contra a sua pessoa, a

Constituição Federal assevera, em seu art. 5º, XII, a inviolabilidade das comunicações telefônicas, sigilo de correspondências e comunicações telegráficas.

A título de esclarecimento, para o mencionado autor (2012, p. 100), quando o conhecimento acerca do segredo decorrer de atividades ilegais de policiais, autoridades ou advir de revelação realizada por terceira pessoa ou pelo destinatário da comunicação sem a autorização do titular do segredo e, ressalte-se, sem respaldo legal, ocorrerá ilicitude na obtenção da prova.

O art. 5º, LVI, da Magna Carta estabelece que não são admitidas no processo provas obtidas por meios ilícitos. O art. 157, *caput*, do CPP, por seu turno, dispõe que as provas ilícitas são aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Há que se delinear, portanto, os limites de admissibilidade dos meios de prova.

De acordo com Lima (2014, p. 583) alguns podem se perguntar o motivo da vedação à utilização de provas ilícitas no processo, por entenderem que não se justifica absolver o culpado tão somente pelo fato de a prova produzida em seu desfavor ter sido obtida por meios ilícitos. Este mesmo autor responde à indagação proposta ao dizer que

em um Estado Democrático do Direito a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo.

O referido autor (2014, p. 584) ainda ressalta que o controle acerca da produção de provas ilícitas enseja a inibição e dissuasão de tal prática, revelando-se uma função pedagógica e, ao mesmo tempo, protetora dos direitos e garantias fundamentais.

Por esse motivo há que se diferenciar provas ilícitas de provas ilegais. Nesse diapasão, Bonfim (2012, p.383) afirma que provas ilícitas são as são obtidas mediante violação de princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material. As provas ilegítimas, por sua vez, são aquelas cuja obtenção se deu por meio de violação de normas processuais.

Paulo Rangel (2009, p. 431), ao exemplificar as provas ilícitas menciona as obtidas mediante violação de domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou adquiridas por meio de quebra de sigilo das comunicações telefônicas sem autorização judicial (art. 5º, XII, da CF c/c art. 1º, da Lei 9.296/1996). Como provas ilegítimas cita as obtidas com ofensa ao art. 207 c/c 210 c/c 226 c/c art. 243, §2º, do CPP.

Impende destacar que o autor supracitado (2009, p. 431) ainda se refere a provas irregulares, que em que pese tenham sido obtidas em consonância com a norma processual, infringiram as formalidades legais existentes. Ou seja, ainda que admitidas pela lei processual, não sendo, portanto, proibidas, exigem, para a sua validade, a execução de certas formalidades que não são cumpridas. Seria o caso, por exemplo, se em um mandado de busca e apreensão constar que o objeto a ser apreendido é uma arma branca e for apreendida uma camisa suja de sangue.

1.1.4 Encontro fortuito de provas (serendipidade)

Távora e Alencar (2014, p. 518) esclarecem que na esfera do direito processual penal, serendipidade é o encontro acidental de provas relativas a determinado fato delituoso diferente daquele que é objeto das investigações. A aplicação deste princípio exige o cumprimento de alguns requisitos, que se satisfeitos, permitem aceitar como lícita uma prova ou fonte de prova advinda de uma outra infração penal, conseguida no âmbito de investigação cujo objeto não abarcava o que foi ocasionalmente achado.

Lima (2014, p. 599) explica que a teoria do encontro fortuito de provas é usada em casos que, no decorrer do cumprimento de uma diligência, a autoridade policial encontra - por acaso - uma prova referente a outra infração penal que não estaria na linha de desdobramento da investigação.

Ainda na ótica desse autor, trata-se de encontro fortuito de provas

quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houver desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro de provas foi casual, fortuito, a prova é válida.

Conforme menciona Távora e Alencar (2014, p. 518), não é raro que o magistrado defira interceptação telefônica com o intuito de apurar uma infração penal relativa a determinado investigado, mas, no decorrer da escuta telefônica, a polícia tenha ciência de prova ou fonte de prova ligada a outro delito cometido pelo mesmo investigado ou outro indivíduo.

Não obstante, se a prova for declarada nula, isso não quer dizer que a descoberta tenha sido em vão. Ele vale como fonte de prova (*notitia criminis*), e, deste modo, a partir dela uma outra (nova) investigação ou, até mesmo, uma outra interceptação pode ser desenvolvida (LIMA, 2014, p. 718).

Deve-se salientar, entretanto, que a discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o encontrado de maneira fortuita só ganha destaque quando o crime é pretérito. No tocante a infrações futuras, a controvérsia gira acerca da licitude ou ilicitude do meio de prova utilizado e partir do qual se tomou conhecimento da infração penal (LIMA, 2014, p. 720).

1.1.5 Contaminação das provas derivadas

De acordo com Badaró (2007, p. 207), a jurisprudência norte-americana criou a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree*). Segundo esta teoria, uma prova lícita que deriva de uma prova obtida ilicitamente é contaminada pela ilicitude da prova que a originou. O aludido autor exemplifica dizendo que se em um mandado de busca domiciliar (prova lícita) for encontrado um cadáver e a informação de onde estava esse cadáver tiver sido obtida por confissão mediante tortura (prova ilícita), a prova derivada também se tornará ilícita.

De acordo com Bonfim (2012, p. 385), a teoria dos frutos da árvore envenenada advém de um conjunto de regras jurisprudenciais oriundas na Suprema Corte Norte-americana, por ocasião de um acórdão do caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*. Conforme essa teoria, as provas obtidas de forma lícita, mas que derivem ou sejam consequência da utilização de informação contida em provas obtidas em violação a direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e, deste modo, não podem ser admitidas na fase decisória do processo penal.

A respeito das provas ilícitas por derivação, Lima (2014, p. 589) afirma que “são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.”

Pode-se concluir, portanto, que a ilicitude da prova originária repercute em todos os atos probatórios que se apoiem, derivem ou nela encontrem o seu fundamento causal (LIMA, 2014, p. 589).

Em relação às interceptações telefônicas, se uma interceptação for realizada além do prazo autorizado pelo magistrado, qualquer prova que se origine fora de desse período terá sido obtida de forma ilícita, sendo, portanto, inadmissível em um processo.

Não obstante, Badaró (2007, p. 208) salienta que a teoria citada não é absoluta, admitindo exceções. Em alguns casos é possível se admitir a prova ilícita por derivação se houver a quebra do nexo causal existente entre a prova ilícita original e a prova derivada desta.

Nessa perspectiva, Fernandes (2012, p. 111) sustenta que

a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, segunda a qual a má árvore não pode dar bons frutos, pelo art. 157, *caput*, prevê a inadmissibilidade da prova derivada. Contudo, como o mesmo dispositivo, exige nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada e acolheu a teoria da fonte independente da prova derivada, é possível aceitar a prova não decorrente direta e exhaustivamente da prova ilícita ou aquela que seria obtida por outra fonte.

Lopes Jr. (2009, p. 589), por conseguinte, observa que a teoria da contaminação das provas derivadas é bastante mitigada, quase levada à ineficácia devido à utilização da teoria da fonte independente e suas derivações.

2. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

De acordo com Fernandes (2012, p. 101), a interceptação telefônica em sentido estrito é a captação de conversa feita por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores. De acordo com Capez, (2014, p. 386), a interceptação telefônica também pode ser chamada de “grampeamento”.

É importante apontar que o art. 5º, XII, da CF estabelece que é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, em último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual”.

Durante alguns anos aguardou-se a regulamentação da interceptação telefônica, tendo em vista que o preceito do art. 5º, XII, da CF não é autoaplicável. Estava-se diante de uma reserva legal qualificada, uma vez que o constituinte indicou a necessidade de uma lei para se permitir a restrição ao sigilo das comunicações feitas por telefone. Com o advento da Lei 9.296/1996, que disciplinou as interceptações telefônicas, foram estabelecidos critérios para que esta pudesse ser autorizada.

2.1 NATUREZA JURÍDICA

Outro ponto relevante é compreender a natureza jurídica da interceptação telefônica. Primeiramente, segundo Lima (2014, p. 696), é relevante mencionar que as comunicações telefônicas, em si, são fontes de prova, haja vista que delas se retira a comprovação do envolvimento de um agente em determinado crime ou de confirmação de uma infração penal.

Este autor ainda observa que, a interceptação telefônica, por seu turno, é considerada meio de obtenção de prova, tratando-se de medida cautelar. Possui natureza coativa real, uma vez que os dados obtidos de maneira imprópria, os conteúdos das conversas, poderão ser considerados como prova. As gravações das interceptações telefônicas se materializam como fontes de prova e as transcrições das gravações realizadas são anexadas aos autos para que, posteriormente, possam ser valoradas pelo magistrado.

2.2 FINALIDADE

A partir da leitura do art. 5º, XII, da CF e do art. 1º, *caput*, da Lei 9.296/1996, infere-se que a interceptação telefônica se presta para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. O art. 1º, *caput*, da referida lei, ainda determina que a interceptação depende de ordem do juiz competente para julgar a ação principal e deve correr sob segredo de justiça.

Pelo fato de a CF e a Lei 9.296/1996 fazerem menção ao termo “investigação criminal” e não falarem de “inquérito policial”, Lima (2014, p. 706) entende que ainda que não se tenha um inquérito policial instaurado, é possível que ocorra uma interceptação telefônica contanto que haja outra forma de investigação criminal em andamento. Contudo, essa investigação criminal em curso deve ser apta a demonstrar indícios de autoria ou de participação em crimes que tenham pena de reclusão.

Assim, para este autor (2014, p. 707), não é possível que uma interceptação telefônica seja autorizada em sede de um processo de natureza cível, trabalhista, comercial, administrativa, dentre outros.

2.3 REQUISITOS

Conforme menciona Fernando Capez (2014, p. 392), mediante interpretação da Lei 9.296/1996, os requisitos legais para a concessão de quebra de sigilo telefônico são: a) ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal; b) indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; c) que a infração cometida seja crime punido com pena de reclusão; d) que não exista

outro meio de se produzir a prova; e) que a quebra de sigilo tenha como fim a instrução de investigação penal ou processo criminal.

Por se tratar de medida de natureza cautelar, devem se fazer presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*. Por *fumus comissi delicti* entende-se a existência de elementos seguros de que ocorreu um crime que justifique o sacrifício ao direito à intimidade. No que tange o *periculum in mora*, leva-se em consideração o risco ou prejuízo que poderia sobrevir se a medida não for imposta imediatamente (LIMA, 2014, p. 708).

Lima (2014, p. 708) julga a técnica legislativa utilizada como sendo ruim, tendo em vista que, ao invés de indicar quais seriam os requisitos para a interceptação telefônica, no art. 2º, da Lei 9.296/1996 optou-se por assinalar em quais hipóteses ela não seria admitida, a chamada formulação negativa.

Badaró (2007, p. 287) comunga deste mesmo entendimento, pois considera que esta não é a melhor maneira de se disciplinar um instituto que limita os direitos fundamentais do acusado ou investigado. Sendo a regra a liberdade de comunicação, o legislador deveria disciplinar este mecanismo de forma estrita e expressa, mencionando as circunstâncias em que seria admissível a quebra do sigilo telefônico. A utilização de requisitos negativos permite que, retiradas as exclusões, todas as outras hipóteses possam ser interpretadas, havendo uma dilatação da exceção autorizada constitucionalmente.

No que se refere aos requisitos, cabe ressaltar que não são admitidas reles suspeitas ou a mera possibilidade de o investigado ser o autor da infração penal. A expressão “indícios razoáveis”, que se encontra no art. 2º, I, da Lei 9.296/1996, demanda a existência de certo grau de probabilidade, que, todavia, não equivale à certeza (BADARÓ, 2007, p. 287).

Para este autor (BADARÓ, 2007, p. 287), quando a lei, em seu art. 2º, II, determina que a obtenção de provas não pode ser realizada por outros meios disponíveis, deve-se observar, também, o art. 4º, *caput*, que estabelece que o pedido de interceptação telefônica deverá incluir a demonstração de que a sua efetivação é necessária à apuração do crime.

Ainda de acordo com Badaró (2007, p. 287), quando a lei aponta a impossibilidade de existir outro meio capaz de produzir a prova, deve-se entender que seria inviável a obtenção da prova por outros meios, tais como o reconhecimento pessoal, busca e apreensão, obtenção de registros de ligações telefônicas e provas testemunhais, dentre outros. No pedido deve-se indicar o motivo de a construção dos fatos não ser possível sem que ocorra a interceptação telefônica. Nas palavras de Grinover (2000, p. 108), citada por aludido autor, a interceptação telefônica deve ser considerada a *ultima ratio*.

Por derradeiro, o requisito que exige que a interceptação telefônica seja utilizada somente quando o suposto crime cometido é punido com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/1996), é demasiadamente extenso e sem delimitação, haja vista a grande quantidade de infrações penais cujas penas são de reclusão. De um lado há o direito à liberdade de comunicações via telefone, que não é absoluto, podendo sofrer restrições, e do outro existe o direito à prova, que é limitado. Deste modo, as restrições à liberdade de se comunicar se justificam somente nos casos de infrações penais graves, devendo haver uma ponderação nos valores assegurados constitucionalmente. Em alguns casos, a pouca lesão ao bem penalmente tutelado faz com que a persecução penal não tenha relevância diante do direito constitucional que está sendo ofendido (BADARÓ, 2007, p. 287/288).

2.4 MOMENTO E LEGITIMADOS

O art. 3º, incisos I e II, da Lei 9.296/1996 estabelecem que autoridade policial pode requerer a interceptação telefônica durante a investigação criminal, que normalmente culmina em um inquérito policial. O Ministério Público, por sua vez, pode requisitar tanto durante a investigação, quanto no curso do processo.

Não é necessário que se tenha um inquérito policial em andamento para que uma interceptação telefônica seja solicitada. Pode-se, por exemplo, haver um pedido de interceptação em um processo administrativo disciplinar, desde que estejam presentes os requisitos para autorização desta medida, quais sejam: a demonstração de que a interceptação é indispensável para a investigação

criminal; que a infração penal seja apenada com reclusão; indícios razoáveis de autoria ou participação em crime (BADARÓ, 2007, p. 290).

Entretanto, não se pode olvidar que também é essencial a ordem do juiz competente para julgar a ação principal e que a quebra do sigilo esteja no bojo de uma investigação criminal ou instrução processual penal, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei 9.296/1996.

A lei em comento, em seu art. 3º, *caput*, ainda prevê a possibilidade de a interceptação telefônica ser decretada de ofício pelo magistrado. No entendimento de Badaró (2007, p. 290), em relação aos legitimados, na ação penal privada o querelante também poderá requerer a interceptação telefônica, muito embora não exista previsão expressa na lei. Isso ocorre em virtude de o querelante ser o acusador, assim como o é MP na ação penal pública.

De acordo com a doutrina de Badaró (2007, p. 290), a defesa também pode requisitar uma interceptação telefônica, a despeito de, também, não haver expressa disposição legal. Os meios de prova, e, neste caso, os meios de obtenção de prova devem estar disponíveis a ambas as partes, para não ocorrer violação ao direito à prova e ser mantida a igualdade processual.

Nessa perspectiva, se o acusado ou investigado precisar de uma interceptação telefônica para demonstrar a sua inocência, se os requisitos da interceptação forem satisfeitos, o magistrado deverá deferir este pedido da defesa (BADARÓ, 2007, p. 290).

2.5 JUIZ E COMPETÊNCIA

Como foi dito anteriormente, a interceptação telefônica deve ser realizada mediante ordem do juiz competente, de acordo com o art. 5º, XII, da CF e art. 1º, *caput*, da Lei 9.296/1996. Badaró (2007, p. 291) afirma que se trata de regra de competência funcional, de acordo com as fases do processo e, no caso das interceptações telefônicas, fases da persecução penal.

Conforme aponta este autor (BADARÓ, p. 2007, p. 291), os critérios para a fixação da “justiça” competente estão na Constituição Federal. Na fase de inquérito policial ou investigação criminal deve-se avaliar qual será a “justiça

competente” da futura ação penal. Assim, o pedido de interceptação deve ser feito perante um dos órgãos da justiça definida como a competente para admissão, processamento e julgamento da ação penal. Nessa toada, se o investigado tiver foro por prerrogativa de função e a competência para processamento da futura ação penal for de Tribunal, o competente para a decretação da interceptação é o órgão de segundo grau ou o Tribunal Superior. Se a competência originária não for de Tribunal, a medida poderá ser requisitada diante de um juiz de primeiro grau.

Em relação à competência territorial, Badaró (2007, p. 292) assevera que o juiz competente será o da comarca na qual a infração penal ocorreu, em consonância com o art. 70, *caput*, do CPP. No tocante à definição da “competência do juízo”, segundo o art. 75, *caput*, do CPP, caso haja mais de uma vara criminal, a competência será determinada por meio de distribuição. A solicitação da interceptação telefônica deverá ser distribuída aleatoriamente. Assim, o juiz que conhecer deste pedido na fase de investigação criminal ficará prevento para a ação penal, nos moldes do art. 83, do CPP.

Badaró (2007, p. 292) destaca que o descumprimento de tais regras provoca a incompetência absoluta do magistrado que admitiu a interceptação, uma vez que haveria violação ao critério funcional para a determinação da competência.

Em síntese, para o autor a interceptação telefônica autorizada por juiz incompetente será nula, nos termos do art. 564, I, do CPP. Por conseguinte, o laudo advindo desta interceptação será desprovido de qualquer valor como prova, não devendo ser acostado aos autos ou desentranhado destes se já tiver sido juntado.

2.6 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

Via de regra, o pedido de interceptação telefônica deve ser feito por escrito. No entanto, excepcionalmente o juiz pode aceitar o pedido feito de forma oral, devendo a concessão da medida ser reduzida a termo, conforme disposição do art. 4º, §1º, da Lei 9.296/1996.

Nos termos da Lei 9.296/1996, os requisitos para a autorização da interceptação telefônica devem ser preenchidos e o magistrado tem que decidir em um prazo de 24 horas. A decisão deve ser fundamentada, apontando a não incidência dos requisitos negativos. Além disso, o magistrado deverá mencionar a forma como a interceptação será executada e o prazo de sua duração, que, de acordo com o art. 5º não pode exceder 15 (quinze) dias, renovável por mais 15 (quinze).

Nesse viés, o art. 6º, da referida lei estabelece que os procedimentos de interceptação devem ser capitaneados pela autoridade policial. Será dada ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

Badaró (2007, p. 293) ressalta que todas as interceptações devem ser gravadas, de modo a possibilitar o exercício dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa. O autor em questão ainda explica que a completa transcrição das conversas interceptadas não tem sido exigida no pedido originário a fim de justificar a prorrogação da medida. Basta demonstrar a necessidade de continuação da diligência, que geralmente pode ser mediante apresentação do auto circunstanciado realizado pela autoridade policial. Cabe ressaltar que a transcrição da gravação é condição para que o magistrado considere a prova como válida.

Uma vez encerrada a interceptação telefônica, a autoridade policial deve encaminhar o seu resultado ao magistrado, juntamente com o auto circunstanciado que contém o resumo das operações, conforme estabelece o art. 6º, §2º, da Lei 9.296/1996.

Badaró (2007, p. 295) salienta que o ato circunstanciado é imprescindível até mesmo quando a diligência não capta algo significativo para a investigação (resultado negativo). Após o auto circunstanciado ser acostado aos autos do processo, as partes devem ser intimadas para que possam se manifestar a respeito de seu conteúdo

Com relação à manifestação da defesa, o contraditório é diferido, permitindo que a prova seja discutida sob vários aspectos, como, por exemplo, a arguição da ilicitude da prova e pedido de desapensamento; discussão a respeito da

idoneidade técnica da operação; contestação da autenticidade das gravações e a refutação da fidelidade da transcrição das conversas (BADARÓ, 2007, p. 297).

2.7 DURAÇÃO

O art. 5º, da Lei 9.296/1996 estabelece que o prazo para a interceptação telefônica é de 15 (quinze) dias, renovável por igual período caso haja comprovação de que este meio de prova é imprescindível.

Por esse motivo, Lima (2014, p. 722) assevera que a diligência não pode extrapolar o prazo de 15 (quinze) dias para cada autorização judicial, podendo ser concedida autorização com prazo inferior. Ainda destaca que este prazo se inicia quando a diligência é efetivada.

De acordo com esse autor, se for necessário que o prazo da medida seja renovado, o pedido de continuidade da interceptação deve ser realizado antes que acabe o prazo indicado pelo juiz na decisão originária. Assim evita-se que haja uma lacuna entre uma interceptação e outra. Tendo em vista que o controle judicial é prévio tanto em relação à concessão inicial, quanto à sua renovação, se a medida se estender além do prazo, os elementos obtidos nesse ínterim não terão validade devido à ofensa ao art. 5º, XII, da CF – violação sigilo das comunicações telefônicas.

Lima (2014, p. 723) ainda salienta que a renovação do prazo da diligência não é feita de forma automática, sendo necessária a comprovação de que este meio de prova é indispensável. Como foi dito anteriormente, o pedido de renovação deve ser fundamentado, devendo estar presente o auto circunstanciado, a transcrição das conversas e o motivo pelo qual a interceptação deve continuar.

Apesar disso, não se exige a transcrição integral das conversas para o deferimento da prorrogação, pois haveria risco de que a falta de rapidez comprometesse a obtenção de novas provas. O que de fato importa neste cenário é que o magistrado tenha ciência do que está sendo investigado e da necessidade de que a medida seja renovada (LIMA, 2014, p. 723).

Segundo Lima (2014, p. 723), com relação à quantidade de vezes que o prazo pode prorrogado, há uma acentuada controvérsia doutrinária, podendo ser destacadas 4 correntes: 1) A renovação pode ocorrer apenas uma vez. Em vista disso, a duração da interceptação não pode ultrapassar 30 dias; 2) A prorrogação pode ocorrer somente uma vez. Não obstante, se a diligência for imprescindível e houver justificativa para a dilatação do prazo, é possível que este seja renovado se não houver ofensa à razoabilidade. A título de contextualização, em um caso concreto, a 6ª Turma do STJ entendeu que houve violação ao princípio da razoabilidade por ocasião de uma interceptação telefônica que durou quase 2 (dois) anos. As provas obtidas durante o excesso do prazo foram consideradas ilícitas; 3) O prazo máximo é de 60 (sessenta) dias, haja vista que no estado de defesa (art. 136, da CF) o Presidente da República pode cercear o direito ao sigilo de comunicação telegráfica e telefônica por até 60 (sessenta) dias (art. 136, §2º, da CF). Isso ocorre porque se no estado de defesa não se pode extrapolar 60 (sessenta) dias, em estado de normalidade esse prazo não poderia ser superior. 4) O prazo pode ser prorrogado indefinidamente caso haja comprovação de que este meio de prova é indispensável (entendimento majoritário), tendo em conta que a expressão “uma vez” do art. 5º, da Lei 9.296/1996 deve ser vista como preposição, não como adjunto adverbial.

O referido autor é adepto desta última corrente, pois entende que, diante da crescente criminalidade no Brasil, o prazo máximo de 30 (trinta) dias para interceptações telefônicas seria exíguo para se esclarecer um fato delituoso. Por essa razão, se for demonstrada que a medida é razoável e que as condutas investigadas são extensas, intensas e complexas, a renovação do prazo deve ser feita indefinidamente até que não haja mais necessidade de interceptações telefônicas.

A decisão judicial acerca do pedido de interceptação telefônica deve ser tomada em 24h, nos moldes do art. 4º, §2º, da Lei 9.296/1996. O art. 5º, da lei em comento dispõe que a decisão deve ser fundamentada. Caso não seja, será declarada nula. Este mesmo dispositivo estabelece que o magistrado deve

apontar a forma como a medida deverá ser executada, não podendo ultrapassar o prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por mais 15 (quinze) se for demonstrada a imprescindibilidade deste meio de prova.

Há entendimento no sentido de que não haver limitação temporal ao número de renovações, sendo estas admitidas sempre que forem necessárias à investigação. Badaró (2007, p. 293) reconhece que a expressão “uma vez”, disposta no art. 5º, da Lei 9.296/1996, não faz menção ao número de prorrogações possíveis, apenas se refere ao pressuposto para essa renovação, que é a comprovação que este meio de obtenção prova é imprescindível.

A Lei 9.296/1996 não é precisa em relação à quantidade de renovações possíveis. A interpretação dos Tribunais Superiores tende a ser ampliativa. O STF já se posicionou no sentido de que é possível a renovação do prazo de 15 (quinze) dias por mais de uma vez se a complexidade da investigação demandar e se a interceptação telefônica for imprescindível. Neste viés, o STJ costuma permitir a renovação da diligência quantas vezes forem necessárias, se for demonstrada a importância da medida.

Em decorrência disso, o prazo máximo de extensão de uma interceptação telefônica varia conforme o juízo, causando insegurança jurídica e dificultando a defesa do réu, acusado ou investigado. Não se pode deixar de mencionar que o prazo dilatado da interceptação fere flagrantemente direitos fundamentais, em especial o direito à não autoincriminação, que será discutido posteriormente.

2.8 DIFERENÇAS COM OUTROS INSTITUTOS

Com o propósito de evitar confusões acerca da terminologia e com o objetivo de saber qual é o tipo de comunicação regulamentada pela Lei 9.296/1996, serão abordados outros institutos semelhantes à interceptação telefônica.

Segundo Badaró (2007, p. 278), em qualquer uma delas é primordial analisar se houve interferência de terceiros no diálogo ou se um dos interlocutores registrou a sua comunicação.

2.8.1 Escuta telefônica, gravação telefônica e interceptação ambiental

Para Fernandes (2012, p. 101), a escuta telefônica ocorre quando uma terceira pessoa capta a comunicação telefônica de outros com a ciência de apenas um dos comunicadores e, conseqüentemente, desconhecimento do outro.

A diferença, portanto, entre a interceptação telefônica e a escuta telefônica reside no fato de na interceptação os comunicadores não saberem que estão sendo ouvidos. Na escuta telefônica um dos comunicadores sabe da diligência e o outro não.

Essa distinção é relevante pois há divergência, por parte da doutrina, na interpretação do art. 1º, da Lei 9.296/1996. Parte considera que este dispositivo abarca tanto a interceptação telefônica (em sentido estrito), quanto a escuta telefônica, uma vez que ambas captam a comunicação alheia. À vista disso, não estariam abarcadas por esta lei a gravação telefônica, a escuta ambiental, a interceptação ambiental e a gravação ambiental (LIMA, 2014, p.694).

A gravação telefônica, segundo explicação de Lima (2014, p. 693/694), é captação feita por um dos comunicadores sem a intervenção de uma terceira pessoa. Trata-se, portanto, de uma “autogravação”, ou seja, a gravação da própria conversa. Geralmente essa gravação se dá sem a ciência do outro comunicador, podendo ser chamada de gravação clandestina.

Interceptação ambiental, de acordo com Capez (2014, p. 387), é a captação de comunicação entre presentes, efetuada por uma terceira pessoa, dentro do ambiente onde se encontram os interlocutores, sem a ciência destes.

3. AS INVIOABILIDADES CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal estabeleceu inviolabilidades com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais das pessoas. Para que esse assunto seja melhor discutido, é mister esclarecer o que são princípios e como eles foram abordados no plano constitucional.

Badaró (2007, p. 1) assevera que o princípio “é o mandamento nuclear de um sistema”, “é a regra fundante, que, normalmente, está fora do próprio sistema por ele regido”. Segundo este autor, a Constituição Federal de 1988 é recheada de princípios. Vários deles versam sobre o processo penal. Esse conjunto de princípios reflete o modelo constitucional do processo no Brasil, dando origem à expressão “devido processo constitucional”.

No entendimento deste autor (BADARÓ, 2007, p. 1), as inúmeras garantias constitucionais, apesar de poderem ser exercidas de maneira isolada ou em conjunto, se tornam mais expressivas quando atuam de maneira coordenada e integrada, podendo se falar em um modelo ou sistema de garantias processuais.

Destarte, ao discorrer sobre o cenário integrado e complementar das garantias processuais, não se pode deixar de mencionar as garantias próprias do modelo processual brasileiro, que se encontram na Convenção Americana de Direitos Humanos. Em especial, deve-se atentar ao art. 8º que trata das garantias judiciais. (BADARÓ, 2007, p. 2)

Impende ressaltar que a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, incluiu o §3º no art. 5º, LXXVIII. Assim, ficou consignado que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Diante disso, as normas da CADH, bem como as de todos os outros tratados que versem sobre direitos humanos e que tenham passado por esse crivo, têm *status* constitucional. Nesses moldes, se houver um conflito entre uma norma infraconstitucional e uma outra de natureza constitucional, o entendimento da constitucional deve prevalecer, fazendo com que a infraconstitucional perca a sua eficácia.

3.1 DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) significa que uma pessoa não é obrigada a se autoincriminar ou a produzir prova contra

ela mesma. Essa garantia também se estende ao suspeito, ao indiciado, ao acusado, à testemunha e até mesmo à vítima. Em virtude disso, nenhuma autoridade ou particular pode obrigar um indivíduo a fornecer involuntariamente qualquer tipo de declaração, informação, dado, objeto ou prova que possa incriminá-lo direta ou indiretamente (GOMES, 2010).

Conforme explica o autor supracitado, a origem histórica desse princípio conta de longa data e teve como fundamento o instinto natural de preservação, ou autoconservação. Já nos tempos mais modernos, ele se apresentou frente aos horrores gerados pela inquisição (na Idade Média), exercida pelo absolutismo monárquico e pela igreja.

De acordo com Queijo (2003, p. 2), o referido princípio foi se firmando como um direito individual face ao poder estatal, proporcionando um limite à atividade do Estado na busca da verdade na esfera do processo penal e, mais do que nunca, como medida de respeito à dignidade do indivíduo.

No direito interno, a base jurídica deste princípio pode ser encontrada no art. 5º, LXIII, da CF; no art. 8º, 2, “g”, da Convenção Americana dos Direitos Humanos e no art. 14, 3, “g” do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

O princípio do direito ao silêncio, segundo Pacelli (2014, p. 383), é reflexo de “uma das manifestações da não autoincriminação e do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir)”, sendo um dos grandes triunfos da processualização da jurisdição penal, que foi alicerçada no século XVIII, por ocasião da queda do Absolutismo.

Segundo Gomes (2010), no que tange o âmbito de incidência, o direito à não autoincriminação se aplica à fase investigatória (comissão parlamentar de inquérito, inquérito policial etc.), à fase processual propriamente dita e perante qualquer que outro juízo, como, por exemplo, o civil, trabalhista, administrativo etc.).

Lima coaduna com este entendimento, afirmando que

é irrelevante, igualmente, que se trate de inquérito policial ou administrativo, processo criminal ou cível ou de Comissão Parlamentar de Inquérito. Se houver possibilidade de autoincriminação, a pessoa pode fazer o uso do princípio do *nemo tenetur se detegere*. (2014, p. 77)

O mencionado autor (2014, p. 76) vê o princípio da não autoincriminação como sendo uma modalidade de autodefesa passiva, exercida pela falta de atividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Sem grandes pormenores, consiste na proibição da utilização de medidas de coerção ou intimidação em processo de natureza sancionatória a fim de que se obtenha uma confissão ou colaboração em atos que possam ensejar em uma condenação.

Maria Elizabeth Queijo observa que

o princípio do *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações. (2003, p. 55)

Nessa mesma linha, Gomes (2010) assegura que a garantia ou o direito à não autoincriminação, possui várias dimensões, como o direito ao silêncio, o direito a não colaborar com investigação ou instrução criminal e o direito a não confessar, dentre outros. Todas essas dimensões encontram previsão tanto no ordenamento jurídico interno como no direito internacional. A partir disso, pode-se constatar que o direito ao silêncio constitui um limite ao princípio à liberdade de provas.

3.1.1 Titular do direito

Lima (2014, p. 77) reconhece que a maneira como o direito de não se incriminar foi redigido e inserido na Constituição Federal e nos tratados internacionais (CADH e PIDCP) dá margem a dúvidas em relação ao titular deste direito. Em uma análise mais superficial, a impressão que se tem é que o titular seria apenas a pessoa que está presa ou que está sendo acusada da prática de um determinado crime.

Na visão do aludido autor,

o titular do direito de não produzir prova contra si mesmo é, portanto, qualquer pessoa que possa se autoincriminar. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de não produzir prova contra si mesmo: *nemo tenetur se detegere*. (LIMA, 2014, p. 77)

Lopes Jr. (2009, p. 623) também se posiciona desta forma, haja vista que entende que a partir da leitura do art. 8º, 2, “g”, da CADH, infere-se que o direito ao silêncio se aplica tanto ao sujeito passivo que está preso, como àquele se encontra em liberdade. É nesse diapasão que a doutrina majoritária se posiciona a respeito do titular do direito à não autoincriminação.

Como foi possível observar, os indivíduos que estão sendo alvos de uma interceptação telefônica são titulares do direito de não se autoincriminar. Quando uma interceptação telefônica é feita por tempo indeterminado, sem um limite temporal total estabelecido e mediante inúmeras renovações do pedido, a liberdade de comunicação das pessoas interceptadas está sendo usada para que elas produzam provas contra si mesmas. Essa prática além de violar um direito fundamental, também dificulta a defesa destas.

4. CONSEQUÊNCIAS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILÍCITA

Para se tratar das consequências da interceptação telefônica, se rememora que, ao longo do texto foram mencionadas a definição de provas ilícitas, como elas são obtidas e as suas consequências no processo penal. A despeito disso, essas implicações serão novamente ressaltadas nesta parte do trabalho, fazendo-se um paralelo entre as interceptações telefônicas e o RE 625.263/PR.

Os meios de obtenção de prova (interceptação telefônica, infiltração de agentes etc.) considerados ilícitos, ou seja, os que foram obtidos por meio de violação de normas constitucionais ou legais, darão origem a provas ilícitas, que não podem ser admitidas pelo magistrado e deverão ser desentranhadas do processo, conforme dispõe o art. 157, do CPP.

Com relação à competência para se autorizar uma interceptação, a Lei 9.296/1996, em seu art. 1º, *caput*, determina que a ordem deve partir do juiz competente da ação principal. Na ocorrência de uma interceptação telefônica autorizada por juiz incompetente, há flagrante violação do critério funcional e a referida interceptação será considerada nula, nos moldes do art. 564, I, do CPP. Consequentemente, o laudo da interceptação deverá ser desentranhado dos autos.

No tocante ao encontro fortuito de provas, se a interceptação telefônica que der origem à prova não tiver sido autorizada nos ditames da lei (v.g. desvio de finalidade, abuso de autoridade, investigação telefônica fora do prazo determinado pelo juiz, dentre outros), a prova obtida fortuitamente será considerada inválida e também deverá ser removida do processo.

Neste caso, se a sanção a esta prova for a declaração de nulidade, ainda assim ela poderá ser considerada como fonte de prova (*notitia criminis*). A partir desta *notitia criminis* pode-se iniciar uma nova investigação ou ser requerida a autorização para uma nova interceptação telefônica (LIMA, 2014, p. 718).

No que se refere à teoria dos frutos da árvore envenenada, a prova originária considerada ilícita pelo magistrado contaminará as outras provas que derivem desta. Assim, pode-se dizer que se a polícia descobrir um crime por

meio de interceptação telefônica clandestina, as demais provas oriundas desta serão tidas como ilícitas e não poderão constar nos autos do processo. O mesmo ocorreria caso fossem colhidas provas de uma interceptação telefônica cujo prazo determinado pelo juiz já foi expirado. As provas obtidas dentro do limite temporal são consideradas lícitas. Porém, as obtidas fora do prazo preconizado pelo magistrado serão consideradas ilícitas.

Deste modo, Pacelli (2014, p.356) ressalta que a prova obtida por meio de interceptação telefônica não autorizada terá como consequência a sua inadmissibilidade no processo.

Além das hipóteses mencionadas, há outras que podem dar ensejo a interceptações telefônicas ilícitas. Tendo isso em vista, as consequências devem ser analisadas caso a caso.

O Poder Judiciário vem permitindo reiteradas prorrogações do prazo das interceptações telefônicas, tendo em vista que a Lei 9.289/1996 não é precisa a esse respeito. Para se avaliar como esse silêncio legal afeta o curso do processo e viola o direito à não incriminação dos interceptados, será apresentado o RE 625.263/PR.

O referido recurso extraordinário discute a constitucionalidade de sucessivas renovações de interceptação telefônica além do prazo de 30 (trinta) dias estabelecido na Lei 9.296/1996 ou do limite de 60 (sessenta dias), nos termos do art. 136, § 2º, da CF. Por ter sido reconhecida a transcendência qualitativa (relevância jurídica, econômica, social, política e cultural) e transcendência a quantitativa da matéria, o STF reconheceu a existência de repercussão geral.

O caso em tela trata de ampla investigação perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária Federal do Paraná, a chamada Operação *Sundown*. No contexto dessa operação ocorreram interceptações telefônicas que duraram em torno de 2 (dois) anos. Dentre os crimes constavam delitos contra o Sistema Financeiro Nacional, corrupção, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha.

Inconformados, os investigados impetraram o *Habeas Corpus* 76.686/PR no STJ requerendo o reconhecimento da nulidade *ab initio* do processo penal em

curso. Foi alegada uma ilicitude na duração das interceptações telefônicas, visto que as interceptações foram realizadas por prazo superior a 30 (trinta) dias. Também foi apontada uma falta de fundamentação nas decisões judiciais que permitiram as prorrogações.

À vista disso, o STJ reconheceu, com unanimidade de votos, a ilicitude das interceptações telefônicas decorrentes de inúmeras renovações e concedeu a ordem para que fosse reputada ilícita a prova resultada de “tantos e tantos e tantos dias” de interceptações telefônicas. O argumento utilizado mencionou conflito aparente de normas e a preponderância “a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc.” Ainda foram mencionadas violações ao art. 5º, da Lei 9.296/1996 e ao princípio da razoabilidade. Logo, os autos deveriam voltar às mãos do juiz originário e as devidas providências deveriam ser tomadas.

O Ministério Público Federal sustentou que a decisão concessiva da ordem ofendeu o art. 136, §2º, da CF, por ter limitado a interceptação telefônica a determinado período; que houve afronta direta ao art. 93, IX (princípio das fundamentações das decisões judiciais – defenderam que as prorrogações foram devidamente justificadas nas instâncias ordinárias) e que a decisão do STJ abriu margem para a invalidação de centenas de operações policiais face a organizações criminosas e delitos complexos cujas interceptações duraram mais de 30 (trinta) dias.

Assim, o *parquet* pediu pela desconstituição do acórdão recorrido e o reconhecimento da interceptação telefônica realizada, bem como o uso da prova dela decorrente.

A Procuradoria-Geral da República, por meio do subprocurador-geral da República opinou pelo provimento do recurso. Conforme foi dito previamente, foi reconhecida a repercussão geral pelo ministro relator, mas o recurso ainda não foi julgado.

No caso em tela constata-se a violação de alguns direitos e garantias fundamentais como o princípio da legalidade, o direito à privacidade e o direito à não autoincriminação.

Com relação ao direito à não autoincriminação, verifica-se que, em decorrência das inúmeras renovações do pedido de interceptação, a diligência durou cerca de 2 (dois) anos.

Na aludida demanda judicial, de pronto nota-se a clara ausência de indícios razoáveis de autoria ou participação em crimes, pressuposto exigido no art. 2º, I, da Lei 9.296/1996. Se em 30 dias (prazo mencionado pela lei), 60 dias (prazo limite do estado de defesa) ou 180 dias (prazo máximo utilizado em alguns países, como a Alemanha) não foi verificada a existência de infração penal em curso ou em vias de ocorrer, observa-se que a garantia de liberdade de comunicação entre os investigados, assegurada pela Constituição no art. 5º, XII, não está sendo levada em consideração.

Além disso, o que torna a situação ainda mais crítica, essa liberdade está sendo usada para que os indivíduos interceptados produzam provas contra si mesmos, violando o direito à não autoincriminação, que encontra respaldo na Constituição Federal, no Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos e Pacto de San José da Costa Rica.

Uma vez que a Constituição de 1988 teve como objetivo a ampliação dos direitos e garantias fundamentais, as ofensas a estes devem ser exceções estritamente necessárias, jamais podendo ser regra. Assim, normas que deem ensejo à restrição de direitos fundamentais devem ser interpretadas de modo restritivo e não ampliativamente.

À vista disso, considerando que os investigados tiveram garantias constitucionais sendo violadas a cada dia, durante 2 anos, sem motivo que fundamentasse essa afronta, depreende-se que outros meios de obtenção de provas menos gravosos deveriam ter sido utilizados, não justificando tão severa e longa restrição a direitos.

Também é importante salientar que as investigações policiais devem ser retrospectivas, devendo analisar situações pretéritas e presentes. Investigações prospectivas, como a que ocorreu, além de não corresponder à finalidade das investigações, configura abuso de autoridade, nos termos do art. 4º, “a”, da Lei 4.898/65 e fere ainda mais os direitos dos réus.

CONCLUSÃO

A interceptação telefônica é importante meio para obtenção de provas em sede de investigações policiais e instruções processuais penais. Todavia, para ser considerada lícita e ter sua transcrição acostada aos autos, deve seguir o delineamento estabelecido pela Constituição Federal, Código de Processo Penal e Lei 9.296/1996.

Por outro lado, quando a interceptação é usada de maneira indevida, deve ser desentranhada do processo, uma vez que viola direitos fundamentais e ultraja o sistema punitivo.

A Lei 9.296/1996, com o propósito de regulamentar o instituto da interceptação telefônica, estabeleceu requisitos para que esta seja autorizada. A referida lei, a despeito de ser clara em alguns de seus dispositivos, dá margem a dúvidas em relação a outros. É o que se observa em relação à renovação do pedido. A lei não estabelece a quantidade possível de prorrogações, ficando a cargo do juízo competente definir o limite temporal total, gerando insegurança jurídica e risco ao princípio do Estado de Direito.

Ao se analisar o RE 625.263/PR restou evidente o problema causado por essa imprecisão. No caso em questão, as interceptações telefônicas duraram aproximadamente 2 (dois) anos. Diante do descontentamento dos investigados pelo prazo ter sido tão dilatado, foi impetrado um HC perante o STJ pleiteando o reconhecimento da nulidade da interceptação telefônica e das provas obtidas por meio dela.

No caso concreto, devido ao prazo da diligência ter sido tão longo, percebe-se nitidamente que não haviam indícios razoáveis de autoria e participação, que é requisito para a concessão da medida. Restou flagrante a ausência de justificação para as inúmeras prorrogações, tornando a investigação prospectiva.

Neste tipo de investigação não se tem indícios de autoria e participação, existem apenas suspeitas, muitas vezes infundadas. Começa-se a interceptação sem saber o que se pode achar. Assim, a autoridade policial deixa as situações

irem tomando forma para daí averiguar se o indivíduo está ou não praticando alguma infração penal.

Quando isso ocorre, a liberdade de comunicação do investigado é utilizada para que ele faça prova contra si mesmo, violando o direito à não autoincriminação, que é assegurado pela Constituição e pelos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Também não se pode olvidar que outros direitos são igualmente violados, como direito à privacidade e o princípio da legalidade. Há, além disso, um embaraço ao direito de defesa do réu, tendo em vista que o material probatório adquirido durante uma longa interceptação é bastante extenso.

Em relação ao mencionado HC, foi nesse sentido que a decisão do STJ se enveredou. O argumento apresentado versou sobre o conflito aparente de normas de cunho ideológico prevalecendo a liberdade, a intimidade, a vida privada etc.

O MPF recorreu da decisão do STJ e, muito embora, o STF ainda não tenha julgado esta matéria, ficou patente que a falta de limite temporal total das interceptações telefônicas afronta direitos fundamentais dos réus.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. T 1.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. “A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório”. In: GRINOVER, **A marcha no processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do processo**, Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____, Ada Pellegrini. **As Nulidades do Processo Penal**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1982.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não-autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 26 janeiro, 2010. Acesso em: 16 nov. 2017.

LOPES JR., Auri. **Direito Processual Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Procesual Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

Brasil. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

Brasil. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

Brasil. **Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) – MRE**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

Brasil. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

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/Del3689.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

Brasil. **Lei nº 4.898, de 9 dezembro de 1965**. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

Brasil. **Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.