

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA-UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais-FAJS**

**INDALÉCIO WANDERLEY BALDEZ SILVA**

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ÂMBITO DA  
JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

**Brasília**  
**2013**

**INDALÉCIO WANDERLEY BALDEZ SILVA**

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ÂMBITO DA  
JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

Trabalho apresentado como requisito à conclusão do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais Aplicadas do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Mestre José Carlos Veloso Filho.

**Brasília  
2013**



Agradeço a Deus, aos meus filhos Tainá e Igor Baldez, ao meus pais Absolon Lauro da Silva e Josimar Baldez Silva, aos meus irmãos Nanete, Ana Lúcia, Júnior e sua família, que com seus pensamentos e vibrações positivas foram imprescindíveis para minha conquista. Agradeço ainda, a todos os professores que me auxiliaram nessa jornada acadêmica.

## RESUMO

A proposta do presente trabalho é mostrar se a aplicação da lei nº 9.296/96 - que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF - vem sendo feita no discurso do Superior Tribunal de Justiça, à luz da Constituição Federal. Tem-se como foco também, verificar, por meio de julgamentos realizados entre 2010 e 2012, pela 6ª Turma do STJ, se as decisões sobre quebra de sigilo telefônico foram consideradas ilegais ou não e, além disso, mostrar em quais tipos de crimes estão envolvidos os investigados que têm seu sigilo quebrado. Com efeito, o objetivo geral é pesquisar se, de fato, os limites e possibilidades da quebra do sigilo telefônico vêm sendo respeitados no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Já como objetivo específico a ideia é verificar, por meio dos recursos julgados na 6ª Turma sobre quebra do sigilo telefônico, se os ministros respeitam, em sua maioria, os preceitos constitucionais. Para finalizar, aliada à análise jurisprudencial sobre a temática ora em tela, o trabalho vai buscar se as referências estudadas têm um posicionamento mais restritivo ou expansivo com relação às garantias constitucionais que tratam do tema quebra de sigilo telefônico.

**Palavras-chave:** Sigilo. Constituição Federal. Ilegais. Jurisprudência. Garantias.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>CAPÍTULO 1 – ASPECTOS JURÍDICOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA</b> .....	10
1.1 Da exposição de motivos da Lei nº 9.296/96.....	10
1.2 Do fundamento constitucional.....	11
<i>1.2.1 Da interceptação</i> .....	14
<i>1.2.2 Da escuta e da gravação clandestina</i> .....	19
<i>1.2.3 Da captação direta</i> .....	20
<i>1.2.4 Da competência do Juiz</i> .....	22
<i>1.2.5 Da prorrogação fundamentada</i> .....	23
<i>1.2.6 Da prevenção</i> .....	23
<b>CAPÍTULO 2 - DA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO TRIÊNIO 2010-2012</b> .....	25
2.1 Do conflito das decisões.....	37
<b>3 CONCLUSÃO</b> .....	42
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	46
<b>ANEXOS</b> .....	50

## INTRODUÇÃO

Interceptação telefônica ou quebra do sigilo telefônico? O tema que vai ser abordado neste trabalho vem sendo tratado pela doutrina e jurisprudência, mas, infelizmente, o que se pode constatar é que ainda não há um entendimento pacificado no que diz respeito aos limites e possibilidades de sua autorização. Tal assertiva será demonstrada ao longo da monografia.

Muitos julgados têm sido favoráveis à quebra do sigilo telefônico o que tem ensejado uma série de recursos nos tribunais superiores, sendo que em alguns processos os acórdãos são favoráveis aos supostos réus e em outros desfavoráveis.

O que se coloca em questão é: por que assunto tão delicado e que envolve a seara da privacidade do ser humano ainda hoje transita pelo Poder Judiciário sem o devido esclarecimento técnico e jurídico que possa de uma vez por todas dirimir, sem mais delongas, todos os processos que versam sobre o mesmo problema?

Por isso, a proposta é ir buscar dentro do Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente na 6ª Turma da 3ª Seção, responsável pelo julgamento de processos na área do Direito Penal, o que levou um ministro, em acórdão de 2008 (Nilson Naves), a considerar ilícita as provas obtidas por meio de interceptação telefônica, determinada pelo *tribunal a quo* (TRF – 4ª Região), que decretou a quebra do sigilo telefônico de um investigado, e de outro ministro, Og Fernandes, da mesma turma que, em 2011, considerou legal uma interceptação que durou 8 meses.

No capítulo um desta monografia – Aspectos Jurídicos da Interceptação telefônica -, é apresentada a exposição de motivo da Lei nº 9.296/96 que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Busca-se, assim, demonstrar a necessidade premente à época da promulgação da referida lei.

Outrossim, ainda no mesmo capítulo, é feita uma análise minuciosa – com as críticas doutrinárias desde as mais clássicas até as mais contemporâneas -, começando pelo fundamento constitucional da lei que regulamentou o inciso supracitado, passando por tópicos como escuta e gravação clandestina, captação direta, competência do juiz, prorrogação fundamentada e prevenção.

No capítulo 2 adentra-se ao que se pode chamar de cerne da presente monografia. Por quê? Porque é neste momento que serão expostos e porque não dizer também desmitificados, os verdadeiros entendimentos dos ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça quando o que está em jogo é validar ou não interceptações telefônicas no âmbito de investigações criminais.

Sim, porque para a maioria da população e até mesmo para operadores do direito que não se debruçam sobre assunto deveras polêmico, a impressão que se tem é a de que a justiça brasileira, em respeito à Carta Magna, invalida essas interceptações, máxime, em respeito ao Estado Democrático de Direito. Mas não é bem assim.

Foram selecionados e analisados 87 acórdãos e, destes, apenas 16 foram contra a interceptação telefônica. E isso apenas na Sexta Turma, num período de três anos, que é a proposta da monografia.

Como será abordado no decorrer do trabalho, existem casos midiáticos que mostram decisões judiciais invalidando meses de investigações feitas sob a égide da interceptação telefônica. Ora, fica parecendo que essa indevida invasão de privacidade não é tolerada pelo Poder Judiciário, porém, a pesquisa feita por amostragem nos acórdãos da Sexta Turma revela o contrário.

Foram analisados os acórdãos relatados pelos oito ministros que compuseram a Sexta Turma entre janeiro de 2010 e outubro de 2012, tempo suficiente para demonstrar uma tendência em relação ao posicionamento dos referidos magistrados, qual seja, a de se mostrarem “flexíveis” quando julgam processos que se avolumaram graças à interceptação telefônica.

Aliás, urge trazer à colação parte de uma importante entrevista concedida ao site Consultor Jurídico - que será transcrita no fim do segundo capítulo - da desembargadora do TRF da 3ª Região, Maria Cecília Pereira Mello. Nela, a magistrada faz duras e pertinentes críticas ao abuso no uso das interceptações telefônicas como único meio de investigação. Ela conta, por exemplo, que num caso que julgou a investigação começou com base em uma denúncia anônima que fornecia nomes, endereços, horários, todo o necessário para se fazer uma diligência, mas nenhuma foi feita.

A desembargadora diz ainda que a impressão que se tem é a de que existe comodismo, ou seja, é mais fácil quebrar o sigilo, mas essa quebra só é justificável quando nenhuma outra alternativa seja possível e quando já exista uma investigação em andamento e com indícios que determinem a quebra do sigilo.

Em tempo, é bom lembrar, à guisa de orientar a linha de raciocínio deste trabalho, que o nosso ordenamento jurídico só admite a interceptação pós-delitual, isto é, a última finalidade dessa medida cautelar tem que ser uma investigação criminal (ou instrução penal). Sendo assim a interceptação tem como fulcro provar um delito que já está sendo investigado, não comprovar se o agente está ou não praticando delitos.

Essa parte introdutória do trabalho procura demonstrar os principais aspectos jurídicos envolvidos no tema ora abordado, máxime, quando o que está em questão é a privacidade, a individualidade e a dignidade do ser humano. Mesmo assim, a monografia mostra posicionamentos contrários, até mesmo para que o leitor possa a partir das manifestações aqui expostas tirar suas próprias conclusões.

Outrossim, parte-se do pressuposto de que a proporcionalidade deve ser o norte a seguir no Direito e, indubitavelmente, assim também quando se trata do tema que vai ser apresentado na monografia.

É cediço que uma interceptação telefônica, com todo o aparato e recursos humanos que devem estar disponíveis para a realização desse tipo de trabalho, requer tempo e, claro, dinheiro, muito dinheiro. Ora, não é razoável que depois de tanto dispêndio corra-se o risco de desse esforço não ser reconhecido, com a invalidação das provas na justiça.

E como será demonstrado neste trabalho, é isso o que acontece muitas vezes. Sem contar, ademais, com o tempo que se perde e que poderia estar sendo investido em outras investigações que também necessitam de muitas diligências para que tenham resultados eficazes.

Cabe ressaltar, ainda, neste momento introdutório, que, não raras vezes, há divergências entre as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça que formam a 3ª Seção. Com relação às interpretações sobre a interceptação telefônica não é diferente. Os magistrados ainda não chegaram a uma pacificação que possa, enfim, tranquilizar aqueles que buscam a tutela jurisdicional na proteção dos seus direitos fundamentais.

Não se trata aqui de “simples” invasão de privacidade. Será demonstrado no decorrer da monografia que existem casos de interceptações autorizadas que duram mais de dois anos, num flagrante abuso inconcebível num Estado Democrático de Direito.

É sempre bom ter em mente que todos nós podemos um dia ser vítimas desse tipo de abuso e arbitrariedade e só então nos lembraremos de invocar a Constituição. O ideal, no entanto, é agir com prudência seja enquanto simples emissores de uma opinião, mas principalmente, enquanto responsáveis por julgar no caso concreto, processos baseados em interceptações telefônicas.

## CAPÍTULO 1 - ASPECTOS JURÍDICOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

### 1.1 Da exposição de motivos da Lei nº 9.296/96

O inciso XII do art. 5º da Constituição Federal garante o sigilo das comunicações, porém, autoriza a sua quebra “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Conforme já havia decidido o Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 69.912, essa autorização dependia de regulamentação. Por esse motivo, o então ministro da Justiça, Nelson Jobim, enviou ao Congresso Nacional um Projeto de Lei Ordinária com o objetivo de melhor aparelhar a Polícia e a Justiça para um combate mais efetivo à criminalidade.<sup>1</sup>

Na exposição de motivo Nelson Jobim explicou que o ministro antecedente já havia enviado um projeto sobre o mesmo tema, que serviu de base para a elaboração do projeto que culminou com a aprovação da Lei nº 9.296/96, porém, com algumas modificações.

Foi introduzido um capítulo que instituiu normas especiais de investigação nos crimes de roubo, extorsão, sequestro e extorsão mediante sequestro. Segundo o ex-ministro, essa modificação “reforçará os meios disponíveis para a repressão e investigação de uma forma de delinquência especialmente grave e violenta (a extorsão mediante sequestro), dificultando a atuação isolada da família da vítima com afastamento da autoridade policial durante o desenrolar da trama criminoso”.<sup>2</sup> O ministro explicou, ainda, que a quebra do sigilo telefônico e da interceptação das comunicações telefônicas de qualquer natureza são indispensáveis à investigação criminal de certos crimes, ao estabelecerem limitações à quebra do sigilo e somente a permitir por ordem judicial, de modo a evitar abusos. Além disso, criminaliza a escuta clandestina com objetivos estranhos à autorização constitucional.<sup>3</sup>

O projeto tem como objetivo também dar garantia aos informantes, testemunhas ou cúmplices arrependidos, permitindo a sua colaboração com a autoridade, sem o perigo de represálias ou punições, circunstância que certamente ensejará maior probabilidade de êxito na investigação da delinquência organizada para a prática de crimes patrimoniais com o

---

<sup>1</sup> Diário do Senado Federal. Disponível em: [www.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=7170](http://www.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=7170). Acesso em: 14 nov. 2012.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Ibidem.

emprego de arma ou violência (sequestros, assaltos a bancos, carros-fortes, caminhões de carga etc.).<sup>4</sup>

Não resta dúvida de que a lei aprovada foi um avanço no combate à criminalidade e à impunidade no Brasil. Mas um dos desideratos da norma, qual seja, evitar abusos das autoridades, esse não foi e não é cumprido, até porque o que mais se vê quando o assunto é quebra de sigilo telefônico é justamente uma extrapolação inadmissível do direito e do dever de investigar. Sob esse aspecto é como se a lei não existisse.

## 1.2 Do fundamento constitucional

Estabelece o art. 5º, XII, da Constituição Federal, 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”<sup>5</sup>. Cumpre destacar a extensão de invasão de intimidade autorizada pelo ordenamento jurídico à luz do disposto no referido art. 5º, XII, em confronto com a legislação ordinária.

O autor defende que não há direito ou garantia fundamental de caráter absoluto. É por isso e também pelo fato de não poder existir norma constitucional a proteger o delinquente, que Guilherme de Souza Nucci não vê razão para interpretar, restritivamente, o conteúdo do mencionado inciso XII. Segundo ele e, desde que autorizada por ordem judicial, estaria autorizada para fins de investigação e processo criminal, toda e qualquer interceptação, desde que prevista em lei.

Rogério Lauria Tucci diz que:

Esses proclamados direitos de membro integrante da comunidade põem-se como autênticas barreiras contra a atuação dos agentes estatais da persecução penal e dos órgãos do Poder Judiciário, limitando-a no interesse da privacidade, cuja asseguuração constitui exigência inarredável do Estado de Direito.<sup>6</sup> Explicam-no bem Canotilho e Vital Moreira, ao asseverarem que

<sup>4</sup> Diário do Senado Federal. Disponível em: [www.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=7170](http://www.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=7170). Acesso em: 14 nov. 2012.

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 793.

<sup>6</sup> Apud TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 335-336.

os “interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana” e “nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”, de sorte a não poderem “valer-se de actos que o ofendam direitos fundamentais básicos, como o direito à integridade pessoal, à reserva da intimidade privada, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência”. E complementam, *verbis*: “A interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal, e relativa nos restantes casos, devendo ter-se por abusiva a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial, [...] quando desnecessária ou desproporcionada, ou quando aniquiladora dos próprios direitos”.

É por isso que Tucci destaca a indispensabilidade da sobrelevação da interceptação telefônica em nível constitucional, tal como na esteira das precedentes Cartas Magnas da República Federativa, efetivada pela Lei Maior de 1988.

Nucci, porém, insiste em sua tese e destaca, como exemplo, que a correspondência dirigida a acusado de crime, quando apreendida regularmente (art. 240, § 1º, f, do CPP) pode ser aberta pelo juiz e exposta como meio de prova. Do mesmo modo, com base na Lei 9.296/96, as comunicações telefônicas (mais relevantes) e as demais (comunicações telegráficas e de dados) podem ser interceptadas por ordem judicial, para fins criminais.<sup>7</sup>

Ao interpretar a norma restritivamente, as correspondências dos presos não poderiam sequer serem abertas e lidas pelos agentes penitenciários, a fim de garantir a segurança do presídio em que se encontram. Outra questão importante, também com relação aos presos, é o seguinte: fosse *sagrado* o direito à livre correspondência, pois o art. 5º, XII, da CF, assim teria garantido, não haveria necessidade da invasão de “telefones celulares” nos presídios, pois qualquer plano de fuga ou rebelião poderia ser tratado por correspondência, afinal, esta seria indevassável de modo absoluto.<sup>8</sup>

Portanto, mais uma vez mister dizer que nenhum direito é absoluto, motivo pelo qual sustentamos a viabilidade da interceptação de correspondência, seguindo-se o disposto no Código de Processo Penal, bem como a interceptação telefônica e de dados em geral, abrangendo os sistemas de informática e telemática (art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.296/96).<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 794.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p 793-794.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 794.

Vicente Greco Filho tem outro entendimento: “a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas e não a de dados e muito menos as telegráficas (aliás, seria absurdo pensar na interceptação destas, considerando-se serem os interlocutores, entidades públicas e análogas à correspondência). Daí decorre que, em nosso entendimento, é inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da lei comentada, porque não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática”.<sup>10</sup>

Rogério Lauria Tucci segue posicionamento semelhante. Para o autor, desde a proteção do sigilo da correspondência, que remonta aos trabalhos da Assembleia Constituinte francesa de 1791, até os mais modernos meios de comunicação, como os telegráficos e telefônicos e, já agora, o de dados pessoais, lá se vão dois séculos.<sup>11</sup>

Em que pesem, no decorrer desse tempo, as abusivas violações, que se multiplicaram, sobretudo no declarado interesse de investigações criminais, a verdade é que a tutela constitucional tem evoluído e se aperfeiçoado, ajustando-se, como é não poderia deixar de ser, ao progresso das instituições e dos meios de comunicação.<sup>12</sup>

Como explica Pontes de Miranda, está-se, em todos eles, “diante de liberdade de não emitir o pensamento. A ela correspondem os diferentes deveres, a que aludimos, e a imunidade dos portadores a qualquer imposição de revelação dos segredos, sem que se possa distinguir do assunto que é merecedor de sigilo o assunto não merecedor de sigilo.”<sup>13</sup>

Daí, segundo Tucci, a proclamada necessidade de asseguarção do *sigilo de todos os meios de comunicação*, que não sejam públicos, “mas a pessoa, ou pessoas, certas e determinadas”<sup>14</sup>, e de dados pessoais.

Consequentemente, para o autor, é inadmissível qualquer violação que se lhes intente efetivar, seja com o rompimento do invólucro da correspondência, ou do telegrama, seja

---

<sup>10</sup> FILHO, Vicente Greco. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 794.

<sup>11</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 342.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 342.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 342.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 342.

interceptando a ligação telefônica, ou “revelando aquilo que teve conhecimento em função de ofício relacionado com as comunicações”<sup>15</sup>; seja ainda com a captação e/ou divulgação não autorizada de dados pessoais.

### 1.2.1 Da interceptação

Em sentido estrito, *interceptar* algo significaria interromper, cortar ou impedir. Logo, interceptação de comunicações telefônicas fornece a impressão equívoca de constituir a interrupção da conversa mantida entre duas ou mais pessoas. Na realidade, o que se quer dizer com o referido termo, em sentido amplo, é imiscuir-se ou intrometer-se em comunicação alheia. Portanto, interceptação tem o significado de interferência, com o fito de colheita de informes.<sup>16</sup>

Para Luiz Francisco Torquato Avolio a interceptação, ato ou efeito de interceptar (*de inter e capio*), tem, etimologicamente, entre outros, os sentidos de: "1. Interromper no seu curso; deter ou impedir na passagem; 2. Cortar, interromper: interceptar comunicações telefônicas".<sup>17</sup>

Juridicamente, as interceptações, *lato sensu*, podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las - com consequências penais -, quer para delas apenas tomar conhecimento – nesse caso, também com reflexos no processo.<sup>18</sup>

Segundo Nucci, a interceptação pode dar-se das seguintes formas: a) interceptação telefônica: alguém invade, por aparelhos próprios, a conversa mantida, via telefone, entre duas ou mais pessoas, captando dados, que podem ser gravados ou simplesmente ouvidos; b) interceptação ambiental: alguém capta a conversa mantida entre duas ou mais pessoas, fora do telefone, em qualquer recinto, privado ou público.<sup>19</sup>

A primeira delas é regulada pela Lei nº 9.296/96 e pode configurar crime, se não for observada a forma legal para ser realizada. A segunda não encontra previsão legal, portanto,

<sup>15</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 342.

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 794.

<sup>17</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 95.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>19</sup> NUCCI, op. Cit., p. 794.

delito não é. Pode-se discutir se constitui ou não um meio de prova – caso seja gravada para fim de utilização em processo – lícito ou ilícito.<sup>20</sup>

Desde já, Nucci estabelece três cenários diferentes onde se insere a interceptação ambiental: a) captação de conversa alheia mantida em lugar público: não nos parece ser prova ilícita, pois, se os interlocutores desejassem privacidade e certeza de que não seriam importunados ou ouvidos, deveriam recolher-se a lugar privado; b) captação de conversa mantida em lugar privado (ex.: em um domicílio): constitui invasão de privacidade, pois não está autorizado, judicialmente, o ingresso em casa alheia, cuja inviolabilidade é constitucionalmente assegurada (art. 5º, XI, CF), motivo pelo qual colheita de dados resultante de conversação mantida dentro do domicílio alheio é prova ilícita. Ressalva: se o interceptador tiver um mandado de busca para realizar-se em determinado domicílio, pensamos poder captar e gravar (se quiser) a conversa alheia nesse lugar mantida; c) captação de conversa mantida em lugar público, porém em caráter sigiloso, expressamente admitido pelos interlocutores: constitui invasão de privacidade, pois o interceptador não pode imiscuir-se em segredo de terceiros, sem permissão legal.<sup>21</sup>

Quanto a essa temática, qual seja, a ausência de regulamentação legal da gravação telefônica e das captações ambientais, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel afirmam, na mesma linha do autor supracitado que não estão abrangidas pela lei em estudo (daí a doutrina utilizar a expressão *gravações clandestinas*). Eles lembram, porém, que também não estão regulamentadas por nenhuma outra lei, salvo a hipótese da Lei do Crime Organizado – Lei 9.034/1995 -, que admite a captação ambiental (art. 2º, IV) autorizada por juiz. Isso significa dizer que, no Brasil, não existe lei expressa admitindo-as ou as proibindo, cabendo à doutrina e à jurisprudência equacionar a questão.<sup>22</sup>

Os dois entendem que como a gravação telefônica e as captações ambientais envolvem, em regra, intimidade e privacidade, há necessidade de lei expressa regulamentando-as também. Sempre que haja lei expressa, está atendido o princípio da legalidade. Não havendo expressa previsão legal, pode-se falar em violação ao art. 5º, X, da

---

<sup>20</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 794.

<sup>21</sup> NUCCI, op. Cit., p. 794.

<sup>22</sup> GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica, comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27-28.

CF/1988, que assegura o direito à privacidade e intimidade (esses direitos, claro, só podem ser restringidos por lei).<sup>23</sup>

Então é de se questionar: diante da ausência de lei, valem como prova as gravações clandestinas (telefônicas ou ambientais) e a interceptação e a escuta ambientais?<sup>24</sup>

A resposta deve ser em princípio, negativa. Configuram prova ilícita (na sua colheita, obtenção) diante da ausência de lei autorizando essa violação à intimidade.<sup>25</sup>

Para Gomes e Maciel são captações feitas sem lei, sem base legal e, portanto, ilícitas sob o prisma constitucional, por permitir violação ao direito de intimidade e privacidade, sem lei autorizadora, sendo certo que qualquer restrição a direito fundamental exige previsão legal [...].

Assim, as gravações clandestinas e as interceptações e escutas ambientais, como se vê, não podem valer como prova, não porque o comunicador não possa gravar sua comunicação, mas porque não existe lei disciplinando como deve dar-se a gravação, quando é cabível, quais crimes, quais pressupostos etc. [...].<sup>26</sup>

Aury Lopes Jr. trata do tema ao falar do princípio da contaminação, que tem sua origem no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão *fruits of the poisonous tree* sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937. Na decisão, afirmou-se que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”. A lógica é muito clara, ainda que a aplicação seja extremamente complexa, de que se a árvore está envenenada, os frutos que ela gera estarão igualmente contaminados (por derivação).<sup>27</sup>

O autor cita, ainda, o típico exemplo da apreensão de objetos utilizados para a prática de um crime (armas, carros etc.) ou mesmo que constituam o corpo de delito, e que tenham sido obtidos a partir de escuta telefônica ilegal, ou através da violação de correspondência

---

<sup>23</sup> GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvío. *Interceptação telefônica, comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27-28.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>27</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 599-600.

eletrônica. Mesmo que a busca e apreensão seja regular, com o mandado respectivo, é um ato derivado do anterior, ilícito. Portanto, contaminado está.<sup>28</sup>

Lopes Jr. Lembra de uma decisão bastante relevante nessa matéria (especialmente no que tange à duração da interceptação telefônica) que foi proferida no paradigmático HC 76.686/PR, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 09/09/2008, que merece transcrição e já foi citado neste trabalho nas páginas cinco e seis, mas que, pela importância, merece nova citação:

Trata-se de *habeas corpus* em que se pugna pela nulidade *ab initio* do processo penal, visto que sua instauração deu-se com base em provas ilícitas, ou seja, decorrentes de interceptação telefônica cuja autorização foi sucessivamente renovada e os investigados, ora pacientes, foram assim monitorados por um prazo superior a dois anos. A Turma entendeu que, no caso, houve sim violação do princípio da razoabilidade, uma vez que a Lei n. 9.296/1996, no seu art. 5º, prevê o prazo de 15 dias para a interceptação telefônica, renovável por mais 15, caso seja comprovada a indispensabilidade desse meio de prova. Assim, mesmo que fosse o caso de não haver explícita ou implícita violação desse dispositivo legal, não é razoável que a referida interceptação seja prorrogada por tanto tempo, isto é, por mais de dois anos. Ressaltou-se que, no caso da referida lei, embora não esteja clara a hipótese de ilimitadas prorrogações, cabe ao juiz interpretar tal possibilidade. Contudo, dada a natureza da norma que alude à restrição da liberdade, o que está ali previsto é uma exceção à regra. Se o texto legal parece estar indeterminado ou dúbio, cabe a esta Corte dar à norma interpretação estrita, face a sua natureza limitadora do direito à intimidade, de modo a atender ao verdadeiro espírito da lei. Com isso, concedeu-se a ordem de *habeas corpus* a fim de reputar ilícita a prova resultante de tantos dias de interceptações telefônicas e, conseqüentemente, declarar nulos os atos processuais pertinentes e retornar os autos ao juiz originário para determinações de direito (HC 76.686/PR, Rel. Min. Nilson Naves, j. 09/09/2008, grifo nosso).<sup>29</sup>

A decisão citada, além de anular todos os atos decisórios, anteriores, fazendo com que os autos retornem à comarca de origem para seu desentranhamento e repetição, enfrentou um problema que desde anos vem sendo discutido e – infelizmente – decidido com muita timidez pelos tribunais brasileiros: os limites de duração da interceptação telefônica. Ficou assim reconhecido, pela primeira vez, o excesso de prazo da medida, que deverá nortear o tratamento da matéria.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 600.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 600.

<sup>30</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 600.

É, mas parece que não foi isso que aconteceu, pelo menos entre os doutrinadores, como Nucci, por exemplo. Ele diz que o art. 5º ao estabelecer o prazo máximo de 15 dias, prorrogável por igual tempo, constitui autêntica ilogicidade na colheita da prova, uma vez que nunca se sabe, ao certo, quanto tempo pode levar uma interceptação, até que produza os efeitos almejados, mas a jurisprudência praticamente sepultou essa limitação. Intercepta-se a comunicação telefônica enquanto for útil à colheita da prova [...].

No mesmo prisma, Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, p. 31.<sup>31</sup> Vicente Greco Filho, buscando o mesmo objetivo, mas com interpretação diversa propõe: “A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo”.<sup>32</sup>

Na jurisprudência: STF: “É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua” (Inq 2424 – RJ, T.P., rel. Cezar Peluzo, 26.11.2008). “É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua”<sup>33</sup>. STJ: “[...] 3) Nenhuma ilegalidade há no deferimento de pedidos de prorrogação do monitoramento telefônico, que deve perdurar enquanto for necessários às investigações. 4) Não determinou, o legislador, que a prorrogação da autorização de monitoramento telefônico previsto na Lei 9.296/96 pode ser feita uma única vez”<sup>34</sup>.

“A interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos, devendo o seu prazo de duração ser avaliado

<sup>31</sup> Avolio, (2012, p.31 apud NUCCI, 2010, p. 802).

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 803.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.515-RS, Pleno, rel. Nelson Jobim, 16.09.2004, m.v., vencido Marco Aurélio, DJ 04.03.2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 133037 – GO, 6ª T., rel. Celso Limongi, 02.03.2010, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

motivadamente pelo Juízo sentenciante, considerando os relatórios apresentados pela polícia".<sup>35</sup>

“O prazo previsto para a realização de interceptação telefônica é de 15 dias, nos termos do art. 5º da Lei 9.296/96, prorrogável por igual período, quantas vezes forem necessárias, até que se ultimem as investigações, desde que comprovada a necessidade, observada a razoabilidade e a proporcionalidade.”<sup>36</sup>

“As interceptações e gravações telefônicas ocorreram por determinação judicial e perduram pelo tempo necessário à elucidação dos fatos delituosos, revestidos de complexidade e envolvendo organização criminosa, com o que não se violou a Lei 9.296/96”.<sup>37</sup>

É de se notar, infelizmente, que o posicionamento do professor Aury Lopes Jr. não tem sido seguido pelos doutrinadores, até porque, creio que permitir que a vida de qualquer cidadão seja devassada por tempo indeterminado é, no mínimo, não apenas uma ofensa à Constituição, como também uma ofensa á dignidade do ser humano.

### 1.2.2 Da escuta e da gravação clandestina

Ao lado da interceptação – conduzida por terceiro para colher dados de conversação alheia – temos a *escuta e a gravação clandestina*. Promove-se a *escuta* de duas maneiras: a) telefônica: duas pessoas mantêm conversa, que é ouvida (e pode ser gravada) por terceiro, porém com a ciência e autorização de um dos interlocutores, vale dizer, dois conversam e um deles não sabe que há um terceiro ouvindo; b) ambiental: duas pessoas conversam, fora do telefone, em um recinto qualquer, ouvidas por um terceiro, com a ciência e concordância de um dos interlocutores.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Precedentes do STJ e STF (HC 116374 – DF, 5ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 15.12.2009, v.u).

<sup>36</sup> Precedentes do STJ e do STF (HC 88241 – RJ, 5ª T., rel. Laurita Vaz, 29.09.2009, v.u).

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça HC 37.590-SP, 5ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 19.10.2004, v.u., DJ 22.11.2004, p. 370). Idem: RHC 13.274-RS, 5ª T., rel. Gilson Dipp, 19.08.2003, v.u., DJ 29.09.2003, p. 276; RHC 15.121-GO, 6ª T., rel. Paulo Medina, 19.10.2004, v.u., DJ 17.12.2004, p. 595; HC 37.590-SP, 5ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, v.u., DJ 22.11.2004, p. 370; HC 34.008-SP, 5ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, v.u., DJ 24.05.2004, p.320. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

<sup>38</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 794 e 795.

Nesses casos, não há previsão típica para a punição por crime. Pode-se debater a utilização dessas provas no processo. Pensamos que depende do caso concreto. A conversa mantida entre duas pessoas, pelo telefone, se não tiver o caráter sigiloso, expressamente imposto por uma delas, pode ser gravada pela outra. Logo, é viável que uma delas também possa autorizar terceiro a ouvir o que se passa entre ambos. Note-se que não há *interceptação*, pois existe permissão de um dos interlocutores para que terceiro tome conhecimento do que se fala. O mesmo se diga no tocante à conversa mantida em qualquer recinto, fora do meio telefônico [...].<sup>39</sup>

Na jurisprudência: STF: “Alegação de existência de prova ilícita, porquanto a interceptação telefônica teria sido realizada sem autorização judicial. Não há interceptação telefônica quando a conversa é gravada por um dos interlocutores, ainda que com a ajuda de um repórter. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.”

“Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando de predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou”.<sup>40</sup>

### 1.2.3 Da captação direta

É possível que duas pessoas mantenham uma conversa, por telefone ou num recinto qualquer, enquanto uma delas grava o que se passa. Cuida-se de uma gravação clandestina, pois um dos interlocutores não sabe que está sendo registrada a conversação. Crime não há. Resta saber se a referida gravação pode ser usada como prova.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 795.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 453562 – AgRg – SP, 2ª T., rel. Joaquim Barbosa, 23.09.2008, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

<sup>41</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 795.

Podemos analisar sob os seguintes ângulos: a) a conversa não em o caráter sigiloso, logo, pode ser registrada por um dos interlocutores, ainda que o outro desconheça. No futuro, havendo necessidade, pode ser usada como prova lícita em qualquer processo; b) a conversa tem o caráter sigiloso, expressamente imposto por uma das partes, razão pela qual não pode haver a gravação lícita do diálogo. Se, posteriormente, buscar-se a utilização em qualquer processo, constitui prova ilegítima; c) a conversa tem caráter sigiloso, mas fornece elementos para comprovar a inocência de algum réu ou de um dos interlocutores. Pode ser usada, uma vez que se cuida de estado de necessidade, situação que legitima a captação.<sup>42</sup>

Eugênio Pacelli entende que quando alguém mantém alguma espécie de comunicação com outra pessoa, o conteúdo dessa comunicação, em princípio, não diz respeito a quem não seja dela participante, daí por que a ninguém é permitida a sua reprodução, por qualquer meio – eletrônico, eletromagnético, mecânico etc. A conversa, se verbal a comunicação, situa-se no âmbito da privacidade e, por vezes, da intimidade, dos interlocutores.<sup>43</sup>

Pacelli diferencia privacidade e intimidade. A primeira como sendo o espaço mais adequado ou mais utilizado para a manifestação da intimidade; a segunda estaria mais ligada ao conjuntos de convicções, sensações e estados de ânimo pessoais (íntimos) de seu titular.

Para ele, gravação ambiental é aquela realizada no *meio ambiente*, podendo ser clandestina, quando desconhecida por um ou por todos os interlocutores, ou *autorizada*, quando com a ciência e concordância destes ou quando decorrente de ordem judicial.<sup>44</sup>

As gravações clandestinas, em tese, são ilegais, na medida e quando violarem o direito à privacidade e/ou à intimidade dos interlocutores, razão pela qual, como regra, configuram provas obtidas ilicitamente, pelo que serão inadmissíveis no processo.<sup>45</sup>

É o que ocorrerá em relação às gravações de conversas feitas por meio de gravadores, de câmeras de vídeo, ou por qualquer outro meio, sem a ciência de algum dos interlocutores, já que, ao menos em relação a ele, haverá clandestinidade na captação da comunicação e, assim, violação ao direito. Note-se, nesse caso uma relevante distinção: o que é ilícito, na verdade, nem é a gravação sem o conhecimento do interlocutor. Sendo este o destinatário da

---

<sup>42</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 795.

<sup>43</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 337.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 337.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 337.

comunicação, a reprodução da fala, em princípio, não atingiria a intimidade ou privacidade do *falante*. Apenas quando a captação do som (gravação) for revelada a terceiros é que ocorrerá a violação do direito (à privacidade).<sup>46</sup>

#### 1.2.4 Da competência do Juiz

Deve-se dirigir o pedido ao magistrado, que, pelas normas de organização judiciária, for competente para fiscalizar o andamento do inquérito policial, determinando as medidas jurisdicionais urgentes. Nada impede a alteração da competência, percebendo-se haver outros fatos a apurar, em juízos diversos.<sup>47</sup>

Feita a interceptação, por ordem judicial de determinado magistrado, pode-se enviar o material a outros juízes, posteriormente. Conferir STF: “Autorização para interceptação telefônica, concedida por juízo competente, antes de apurado o caráter interestadual dos fatos investigados, não impede desmembramento ulterior dos feitos e distribuição a juízos diversos”.<sup>48</sup> STJ: “A declinação da competência não tem o condão de invalidar a interceptação telefônica autorizada por Juízo que inicialmente se acreditava ser competente.”<sup>49</sup>

Entretanto, quando se questionar a legalidade ou validade da prova (interceptação), cabe a cada juiz do feito decidir a respeito. Torna-se, assim, autoridade competente para figurar como coatora, em caso de ajuizamento de *habeas corpus*. Nesse sentido: STF: “Se o juízo que, originalmente, deferiu interceptação telefônica, remeteu, por incompetência reconhecida perante as investigações ulteriores, os autos do procedimento a outro órgão, não pode ser tido como coator em relação à ação penal subsequente, cuja denúncia se fundou nessa prova.”<sup>50</sup>

<sup>46</sup> PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 337-338.

<sup>47</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 795.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC 85962 – DF, 2ª T., rel. Cezar Peluso, 25.11.2008, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

<sup>49</sup> Precedentes do STJ, HC 128006 – RR, 5ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 23.02.2010, v.u.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 87198 – DF, 2ª T., rel. Cezar Peluso, 25.11.2008, v.u. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

As regras são interpretadas de modo extensivo, sem extremado rigorismo. Conferir TJSP: “A regra prevista no art. 1º da Lei 9.296/96, que trata da fixação de competência para decretar a quebra do sigilo telefônico, não estabelece critério de natureza absoluta, razão pela qual não é considerada prova ilícita a interceptação telefônica determinada por juízo diferente da ação principal se a medida se deu no bojo do inquérito policial, quando ainda não era possível prever com absoluta certeza o futuro do juízo competente”.<sup>51</sup>

### 1.2.5 Da prorrogação fundamentada

Lembremos que a prorrogação será determinada pelo juiz competente e mediante decisão devidamente motivada. Do contrário, configura-se quebra das formalidades indispensáveis à validade da prova, gerando ilicitude. Conferir: STJ: “Reconhecida a ilicitude da prova pelo próprio Tribunal *a quo*, ante a falta de fundamentação das decisões de prorrogação da medida de interceptação telefônica do acusado, a única solução possível é a sua total desconsideração pelo Juízo processante e o desentrenhamento do processo das transcrições dessas interceptações consideradas ilegais, como consectário lógico e necessário de reconhecimento de ser ilícita a prova colhida ao abrigo de decisões judiciais não fundamentadas, como assentou o Egrégio TRF da 4ª Região”.<sup>52</sup>

### 1.2.6 Da prevenção

O juiz, que, durante a fase de investigação policial, determinar a interceptação telefônica, torna-se prevento para o conhecimento de eventual futura ação penal, nos termos do art. 75, parágrafo único, c.c. art. 83, do Código de Processo Penal. Nesse prisma: STF: “Tem prevenção para a ação penal o Juiz que primeiro toma conhecimento da causa e

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SHC 949.089.3/6, 12ª C., rel., Breno Guimarães, 10.05.2006, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça HC 143697 – PR, 5ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 22.09.2009, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

examina a representação policial relativa aos pedidos de prisão temporária, busca e apreensão e interceptação telefônica, nos termos do art. 75, parágrafo único, c/c art. 83 do Código de Processo Penal.”<sup>53</sup> STJ: “Destarte, verifica-se a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa – v.g., determinação de interceptação telefônica – mesmo antes do oferecimento da denúncia.”<sup>54</sup>

Para Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel havendo dois ou mais juízes igualmente competentes, é certo que qualquer deles pode autorizar a interceptação. E aquele que autoriza fica, inclusive, prevento para a ação, *ex vi*do disposto no art. 83 do CPP. Nesse sentido:

“Quando o tráfico ilícito de entorpecentes se estende por mais de uma jurisdição, é competente, pelo princípio da prevenção, o juiz que primeiro toma conhecimento da infração e pratica qualquer ato processual. No caso, o ato que fixou a competência do juiz foi a autorização para proceder a escuta telefônica das conversas do paciente” (STF, HC 82.009/BA, 2ª T., j. 19.11.2002). (...).<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC 88214 – PE, 1ª T., rel. Marco Aurélio, 28.04.2009, v.u. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

<sup>54</sup> Precedente, HC 145741 – SP, 5ª T., rel. Felix Fischer, 18.02.2010, v.u.

<sup>55</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica - Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

## **CAPÍTULO 2- DA ANÁLISE DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO TRIÊNIO 2010-2012**

Como é de conhecimento dos operadores do direito que frequentam as sessões de julgamento das seis turmas que compõem o Superior Tribunal de Justiça, não são raras as vezes onde sobre o mesmo tema os ministros das duas turmas de uma mesma seção divergem na hora do voto.

Sobre a temática interceptação telefônica não é diferente. Ao longo do ano de 2010 até setembro de 2012 foram realizados oitenta e cinco julgamentos pela 6ª Turma do STJ, que é o foco desta pesquisa. Os resultados mostram o que a maior parte da doutrina vem apontando, ou seja, a abrangência dos motivos alegados nos acórdãos para considerar legais as interceptações telefônicas tem superado e muito os fundamentos que consideram ilegais as provas obtidas por meio das interceptações.

Oito ministros fizeram parte da 6ª Turma nesse período. A ministra Maria Thereza de Assis Moura julgou 25 recursos sobre interceptação telefônica; o ministro Og Fernandes 25; o ministro Sebastião Reis Júnior julgou 10; o desembargador convocado Haroldo Rodrigues também julgou 10 recursos, o desembargador convocado Celso Limongi outros 10 recursos; o ministro Vasco Della Giustina julgou 4; o ministro Nilson Naves mais 2 e a desembargadora convocada Alderita Ramos julgou 1 recurso relacionado à interceptação telefônica.

A análise de cada julgado demonstra o que a doutrina vem apontando, com algumas exceções, ou seja, quando o assunto é interceptação telefônica dificilmente o réu vai conseguir invalidar as provas obtidas por esse meio, pois as interpretações têm sido as mais extensivas possíveis no sentido de não anular um processo em virtude da quebra do sigilo telefônico.

A tabela a seguir mostra o total de acórdãos proferidos pelas 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2010 a 2012. A partir dela será feita uma análise sobre quantos acórdãos foram favoráveis e quantos foram contra a interceptação telefônica, no âmbito da 6ª Turma:

Quadro-1

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA							
PALAVRAS-CHAVE: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. ESCUTA TELEFÔNICA.							
TOTAL DE ACÓRDÃOS= 385 <sup>56</sup>							
5ª TURMA				6ª TURMA			
220 ACÓRDÃOS				165 ACÓRDÃOS			
ACÓRDÃO COM PALAVRA-CHAVE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DA 6ª TURMA = 87 <sup>57</sup>							
Mª Theresa de Assis Moura	Og Fernandes	Haroldo Rodrigues	Celso Limongi	Sebastião Reis Jr.	Vasco Della Giustina	Nilson Naves	Alderita Ramos
FAVOR=20	FAVOR=23	FAVOR=8	FAVOR=8	FAVOR=7	FAVOR=4	FAVOR=0	FAVOR=1
CONTRA=5	CONTRA=2	CONTRA=2	CONTRA=2	CONTRA=3	CONTRA=0	CONTRA=2	CONTRA=0

<sup>56</sup> Total de acórdãos da 5ª e 6ª Turmas relacionados à interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina, retirado do site do STJ.

<sup>57</sup> Total de acórdãos apenas com a palavra-chave interceptação telefônica da 6ª Turma, retirado do site do STJ, no dia 29/10/2012.

TOTAL=25	TOTAL=25	TOTAL= 10	TOTAL=10	TOTAL=10	TOTAL=4	TOTAL=2	TOTAL=1
FAVOR= 71							
CONTRA= 16							

Antes, porém, à guisa de justificar a escolha desses acórdãos da 6ª Turma, cuja palavra-chave é interceptação telefônica, cabe ressaltar que eles foram escolhidos por amostragem.

O objetivo aqui é demonstrar que a grande maioria deles foi a favor da manutenção das interceptações telefônicas, não justificando, assim, a repetição de todos eles quando, com efeito, o que mudou foi apenas o motivo para referendar a interceptação telefônica nas respectivas investigações como legais.

A ministra Maria Thereza de Assis Moura e o ministro Og Fernandes foram os que mais relataram acórdãos sobre o tema no triênio 2010-2012; 25 cada um. Como mostra a tabela acima, os outros seis ministros, conquanto não tenham relatado um número significativo de recursos (por motivos diversos mas, mormente, pelo tempo de atuação na 6ª Turma), seguiram a mesma linha de decisão, qual seja, considerar em sua grande maioria como legal a interceptação telefônica.

Nesse diapasão, insta salientar que a jurisprudência, pelo menos no âmbito da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, caminha no sentido de cada vez mais considerar válida as interceptações telefônicas, apesar das severas críticas quanto à utilização desse instrumento feitas por parte da doutrina pátria, algumas destacadas nessa monografia.

Vamos começar a análise, via ementa, de um acórdão relatado pela ministra Maria Thereza de Assis Moura. Outros estão no anexo do trabalho.

**RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**  
**EMENTA**

PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 10 DA LEI Nº 9.296/1996. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DETERMINADAS POR JUIZ POR MEROS OFÍCIOS, SEM INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU PROCESSO PENAL INSTAURADO. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE E AUSÊNCIA DE DOLO. TRANCAMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

1. Intento, em tal caso, que demanda O *habeas corpus* não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta justa causa (atipicidade e ausência de dolo), não relevada, *primo oculi*. revolvimento fático-probatório, não condizente com a via augusta do *writ*.

2. Ordem denegada.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e as Sras. Ministras Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 28 de agosto de 2012 (Data do Julgamento).<sup>58</sup>

Essa vai ser a tendência dos acórdãos da 6ª Turma do STJ demonstrados no decorrer da monografia, quando o assunto é validar ou não as investigações cujas provas foram obtidas com a interceptação telefônica. Até mesmo a extensão do prazo para além dos 30 dias admitidos pela Constituição, foi considerada legal.

Os veículos de comunicação em geral destacam quando uma investigação é completamente invalidada, como aconteceu no caso da Operação Satiagraha: o STJ anulou as provas obtidas durante as investigações. O jornal O Estado de São Paulo, na edição do dia 7 de junho de 2011 não fugiu à regra:

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) anulou nesta terça-feira as provas obtidas pela Operação Satiagraha, que resultou na condenação por corrupção do banqueiro Daniel Dantas, dono o grupo Opportunity, a 10 anos de prisão. Por 3 votos a 2, a 5ª Turma do STJ concluiu que foi ilegal a participação de integrantes da Agência Nacional de Inteligência (Abin) nas investigações [...].

<sup>58</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 147.895 - RN (2009/0182864-4). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

[...] O presidente da 5.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) citou jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal (STF) que reconhece a teoria dos "frutos da árvore envenenada". De acordo com essa teoria, provas obtidas de forma irregular podem contaminar uma investigação. Entre essas provas estão escutas telefônicas, interceptações telemáticas de e-mails e ação controlada. "Não posso admitir que essa prova seja usada contra um cidadão do meu País para se buscar uma condenação", disse Mussi. "Toda prova decorrente de investigação ilícita não deve ser admitida", afirmou [...].

Percebe-se que há um apelo maior, claro, quando os ministros invalidam uma investigação, mas o fato é que na maioria das vezes as interceptações são consideradas válidas e os fundamentos são os mais diversos. Mais adiante serão apresentados outros acórdãos sobre o tema, comprovando o que acontece de fato no STJ nos julgamentos de recursos envolvendo interceptação telefônica.

Na sequência das análises dos acórdãos seria a vez do ministro Og Fernandes, que também proferiu decisões favoráveis à interceptação vinte e três vezes no período pesquisado. Mas com relação ao ministro dediquei uma subseção (2.1) à parte , com o objetivo de fazer uma análise mais detida.

O ministro Haroldo Rodrigues relatou dez acórdãos envolvendo interceptação telefônica. Decidiu pela invalidação em apenas dois deles. No julgamento de um HC do Mato Grosso, um exemplo da linha adotada pela Sexta Turma do STJ no período de 2010 a 2012, no que diz respeito às interceptações telefônicas:

#### **RELATOR: MINISTRO HAROLDO RODRIGUES**

##### **EMENTA**

PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INOCORRÊNCIA. INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. EXISTÊNCIA. DECISÃO QUE DECRETOU A QUEBRA DO SIGILO FUNDAMENTADA. PRORROGAÇÕES DA ESCUTA POR 5 MESES. NECESSIDADE JUSTIFICADA. COMPLEXA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL E INTERESTADUAL DE DROGAS. MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO PARQUET. INEXIGÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento de uma ação penal é medida excepcional, mostrando-se possível somente quando ficar evidente a atipicidade do fato, no caso de se verificar a absoluta falta de materialidade, se inexistentes indícios de autoria

do delito por parte do acusado, ou se estiver presente uma causa extintiva da punibilidade, hipóteses que não ocorrem no presente caso.

2. Ao contrário do que alega o impetrante, ocorreram investigações preliminares em data anterior à instauração do inquérito policial, conforme se constata no Relatório de informação do Agente da Polícia Federal.

3. Inexiste nulidade se a Autoridade Policial, ao receber o relatório informando as diligências até então realizadas, entende estar caracterizado um quadro de efetiva dificuldade para o avanço nas investigações e, agindo em estrito cumprimento às suas atribuições legais, fazendo uso dos recursos legais ao qual dispunha, requer autorização judicial para a quebra do sigilo telefônico visando a comprovação da existência de estruturada organização voltada para o tráfico internacional de drogas.

4. Da mesma forma, não há que se falar em nulidade pelo fato de o Magistrado de primeiro grau, no mesmo dia em que recebe a representação da Autoridade Policial, acolhe o pedido e, de forma fundamentada, nos estritos termos da Lei nº 9.296/96, defere quebra do sigilo telefônico que, posteriormente, culmina na desarticulação de estruturada organização voltada ao tráfico internacional e interestadual de drogas, com o oferecimento de denúncia contra 24 acusados, prisão de 19 envolvidos e apreensão de mais de 50 quilos de pasta-base de cocaína.

5. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de ser possível a renovação da autorização de interceptação telefônica, mediante decisão fundamentada, por mais de uma vez. Precedentes.

6. Não é desarrazoado também o prazo total das interceptações, justificada a necessidade da manutenção da medida por 5 meses diante das peculiaridades do caso concreto, pois se tratava de complexa associação com mais de 20 integrantes voltada para o tráfico internacional e interestadual de grandes quantidades de entorpecentes, mostrando-se necessárias as prorrogações das escutas para a devida identificação dos envolvidos, bem como para conhecer a estrutura e entender o modo de funcionamento da organização criminosa.

7. Não é obrigatória a manifestação prévia do parquet para a decretação da quebra de sigilo telefônico, devendo o órgão ministerial ser cientificado da decisão que permitiu a escuta para, querendo, acompanhar a sua realização. Tal procedimento foi respeitado pelo Magistrado tanto na decisão que decretou a interceptação, como nas posteriores renovações, sempre observado o art. 6º da Lei nº 9.296/1996.8.

Habeas corpus denegado.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues, que lavrará o acórdão.

Vencido o Sr. Ministro Relator,

que a concedia.

Votaram com o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) o Sr. Ministro Og Fernandes e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 04 de agosto de 2011. (Data do julgamento).<sup>59</sup>

O ministro Celso Limongi também relatou dez acórdãos e, da mesma forma, somente em dois deles invalidou a interceptação telefônica, como neste HC de 2009:

**RELATOR: MINISTRO CELSO LIMONGI**

**EMENTA**

HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, SONEGAÇÃO FISCAL E LAVAGEM DE DINHEIRO. ABSORÇÃO DO CRIME DE FALSIDADE PELO DELITO DE SONEGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NO CURSO DO INQUÉRITO E NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INOCORRÊNCIA. SEQUESTRO DE BENS. LEVANTAMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DENÚNCIA. RECEBIMENTO FUNDAMENTADO. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Não cabe examinar, em habeas corpus, alegações tendentes à aplicação do princípio da consunção, uma vez que aferir a intencionalidade dos fins almejados exige análise aprofundada dos fatos da causa.
2. Nulidades eventualmente ocorridas no curso do inquérito policial não inftem nem se transpõem para a ação penal dele decorrente. Precedentes.
3. A quebra de sigilo das comunicações autorizada por juiz competente, de maneira regular, não configura nulidade.
4. Não se conhece do pedido de levantamento do sequestro, se não foi submetido previamente à Corte ordinária, sob pena de supressão de instância.
5. É juridicamente válido o recebimento da denúncia quando efetuado com observância no que dispõem os artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal.
6. Também não há falar em inépcia da peça acusatória, pois o parquet estadual detalha atuação ativa do paciente como um dos administradores das empresas constituídas para fins espúrios.
7. Habeas corpus denegado.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), que lavrará o acórdão.

Vencido o Sr. Ministro Relator. Votaram com o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes.

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 135024 – MT (2009/0079941-4). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 14 de dezembro de 2010. (Data do julgamento).<sup>60</sup>

Também com dez acórdãos relatados, o ministro Sebastião Reis Júnior esteve na maioria das vezes do lado daqueles que defendem a interceptação telefônica, quão absurda possa ela parecer.

### **RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JR.**

#### **EMENTA**

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEGALIDADE. MEDIDA EXCEPCIONAL E PRORROGAÇÕES DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. PRAZO. RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

1. Interceptações telefônicas e prorrogações realizadas em consonância com a lei que regula a matéria e com precedentes jurisprudenciais. Autorizações para execução da medida suficientemente fundamentadas e implementadas dentro do permissivo legal, inclusive no prazo estipulado pela norma, inexistindo, por consequência, a nulidade por derivação das demais provas coletadas, uma vez que não se reconheceu, naquele momento, a nulidade das interceptações.

2. Inexiste ilegalidade na instauração de inquérito policial ou na deflagração da ação penal provenientes de delatio criminis anônima, desde que o oferecimento da denúncia tenha sido precedido de investigações preliminares acerca da existência de indícios da veracidade dos fatos noticiados, o que, no caso dos autos, ocorreu exaustivamente. Precedentes. O deferimento das interceptações telefônicas ocorreu somente após a realização das diligências, que confirmaram os indícios da prática do delito.

3. Escutas telefônicas perduraram pelo período de oito meses, o que, dada a complexidade do feito e dos fundamentos apresentados, mostra-se razoável, não caracterizando abusividade.

4. Desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas se presentes os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida e não comprovado prejuízo à defesa técnica (HC n. 91.207-MC/RJ, Pleno, Ministra Cármen Lúcia).

5. Ordem denegada.

#### **ACÓRDÃO**

---

<sup>60</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 148.741 - PR (2009/0188373-6). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Sustentou oralmente o Dr. Marco Aurélio de Siqueira Freire pelo paciente, Mário César Marinho de Carvalho.

Sustentou oralmente a Sra. Subprocuradora-Geral da República Dra. Zélia Oliveira Gomes.

Brasília, 18 de outubro de 2012. (Data do julgamento).<sup>61</sup>

O ministro Vasco Della Giustina foi 100% a favor da legalidade da interceptação telefônica nos quatro acórdãos de sua relatoria, entre 2010 e 2012.

## **RELATOR: MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA**

### **EMENTA**

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS EM OBSERVÂNCIA À LEI N. 9.296/96 E À RESOLUÇÃO 59/2008 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE SOCIAL DO PACIENTE. RISCO À ORDEM PÚBLICA.

1. Uma vez que foram cumpridos os pressupostos legais e constitucionais autorizadores da medida extrema, bem como foram minuciosamente apontados os indícios da prática delituosa, e a impossibilidade de utilização de outros meios para a eficaz elucidação dos fatos, não há falar em ilegalidade da interceptação telefônica.

2. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), as exigências do art.312 do Código de Processo Penal (HC 182.195/MS, Relator o Ministro OG FERNANDES, DJe de 16/11/2010).

3.No caso, a diversidade e a excessiva quantidade de entorpecentes apreendidos, bem como as circunstâncias fáticas que envolvem os crimes imputados ao paciente, evidenciam a gravidade concreta da conduta e sua periculosidade social, ambas ensejadoras de risco à ordem pública.

4.Ordem denegada.

### **ACÓRDÃO**

<sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 224898 - SE (2011/0271304-3). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Og Fernandes acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, por maioria, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 20 de março de 2012 (Data do julgamento).<sup>62</sup>

O ministro Nilson Naves destoa dos componentes da Sexta Turma. Ele foi 100% contra a interceptação telefônica nos acórdãos de sua relatoria. Mas esse percentual não significa muito, até porque foram apenas dois acórdãos. Um deles foi relatado em um Habeas Corpus de São Paulo:

### **RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES**

#### **EMENTA**

Inquérito policial/processo criminal (instrução). Provas (fase inquisitorial). Interceptação telefônica (resultado). Juntada aos autos (falta). Nulidade (ocorrência).

1. Conforme dispõe a Lei nº 9.296/96, o resultado da interceptação telefônica, que ocorrerá em autos apartados, será encaminhado ao juiz pela autoridade policial antes da elaboração do relatório ou na conclusão do inquérito.
2. Na hipótese dos autos, todavia, porque não juntado aos autos, não se conheceu o resultado da interceptação nem quando do interrogatório, nem quando da audiência das testemunhas de acusação.
3. Em caso que tal, não se trata de deficiência de defesa, mas de falta de defesa.
4. É que a ninguém mais e a ninguém menos do que ao interceptado assiste o direito de amplo conhecimento do resultado da **interceptação** a fim de que, obviamente, possa desenvolver sua defesa de modo amplo.
5. Ordem concedida para se anular o processo desde e inclusive o interrogatório do paciente.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, que concedeu a ordem de habeas corpus, o qual foi acompanhado pelos votos da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e dos Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), por maioria, conceder a ordem de habeas corpus nos termos do voto do Sr.

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 219662 - DF (2011/02229006-9). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>. Acesso em: 21 jul. 2012.

Ministro Nilson Naves, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Relator, que a denegava.

Votaram com o Sr. Ministro Nilson Naves a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 23 de fevereiro de 2010. (Data do julgamento).<sup>63</sup>

A ministra Alderita Ramos teve a oportunidade de relatar apenas um acórdão relacionado à interceptação telefônica. Foi no HC 174006 de Mato Grosso, o qual transcrevo a seguir, mas já antecipando que ela foi a favor da manutenção e legalidade da interceptação:

### **RELATORA: MINISTRA ALDERITA RAMOS**

#### **EMENTA**

PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JURI. HABEAS CORPUS. EXIBIÇÃO DE DVD EM PLENÁRIO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. NULIDADES NÃO CONFIGURADAS. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ART. 478, INCISO I, DO CPP, POR MENÇÃO A HABEAS CORPUS. INOCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO EM POWER POINT. VILIPÊNDIO AO ART. 479 DO CPP. NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF.

1. Havendo relação dos fatos com a mídia exibida perante o Tribunal do Júri, não se há falar em sua impertinência.
2. Ao juiz é dado negar o pedido de perícia requerida pelas partes quando não se mostrar necessária ao esclarecimento da verdade, salvo o caso de exame de corpo de delito, conforme preceitua o art. 184 do CPP.
3. A alegação de ilicitude da interceptação telefônica efetuada no corpo da questionada reportagem, não foi objeto de insurgência a tempo e modo, pelo menos a esse respeito não há notícia nos autos, não cabendo aqui se examinar a matéria jornalística que não foi objeto de apreciação pelas instâncias ordinárias, por constituir supressão de instância.
4. Não configura vilipêndio ao artigo 479 do Código de Processo Penal o fato de o Representante do Ministério Público ter utilizado a apresentação em plenário de peças processuais em power point. Tais peças processuais já se encontravam nos autos antes mesmo da sentença de pronúncia, não constituindo documentos novos de modo a exigir a antecedência de 3 dias úteis para sua utilização em plenário.
5. O organograma nada mais é que um roteiro, conferindo maior clareza à exposição dos fatos constantes dos autos, o qual, por óbvio, não configura

---

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 92397 - SP (2007/0240004-1). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

documento, não sendo necessária assim, a observância de antecedência de 3 dias úteis para a sua juntada e ciência à parte contrária (art. 479, parágrafo único).

6. A utilização de recurso de informática, como o power point, ou a exibição de organograma explicitando de forma sucinta os acontecimentos vislumbrados durante a marcha processual, no plenário, constitui exercício de liberdade de manifestação, de modo a facilitar a inteligência do Conselho de Sentença, não configurando ofensa ao contraditório.

7. Não constitui desrespeito ao artigo 478, inciso I, do Código de Processo Penal o Representante do Ministério Público ter feito menção em Plenário ao fato de o acórdão proferido no HC 152597/MS ter determinado que a decisão proferida no Recurso em Sentido Estrito ficasse lacrada nos autos, não havendo nulidade a ser sanada.

8. Ainda que nulidade houvesse, seria relativa, a demandar prova do efetivo prejuízo à defesa, em respeito ao consagrado princípio *pas de nullité sans grief*, expressamente previsto no art. 563 do CPP, munus de que a defesa não se desincumbiu.

9. Ordem parcialmente conhecida, e, nessa extensão, denegada por não haver nulidade a ser reparada.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta extensão, a denegou, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Dr(a). LUIZ GUSTAVO BATTAGLIN MACIEL, pela parte PACIENTE:  
LUIZ FERNANDO DA COSTA.

Brasília, 14 de agosto de 2012. (Data do julgamento).<sup>64</sup>

Depois de uma breve, porém esclarecedora enumeração de acórdãos relatados favoráveis à legalidade da interceptação telefônica nos mais variados tipos de crimes, é possível sim ter pelo menos duas certezas nesse mar de incertezas: primeiro que não há consenso sobre o tema e, segundo, a se tomar por base as decisões dos últimos três anos da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, infelizmente, haverá cada vez mais uma interpretação extensiva e perigosa da Lei nº 9.296/96.

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 174006 - MS (2010/0094930-8). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

## 2.1 Do conflito das decisões

A quebra de sigilos telefônicos no âmbito de inquéritos e investigações criminais é tema deveras conflitante. “[...] E o conflito poderá surgir (e frequentemente surge) também entre dois ou mais titulares de direitos que, embora de natureza distinta, serão atingidos pelo simples exercício de um deles [...]”<sup>65</sup>

“[...] Essa realidade decorre do fato de vivermos em uma sociedade plural, isto é, em que vários são os interesses individuais e dos grupos que compõem a comunidade jurídica. Assim, a tutela de uma pluralidade de interesses somente pode ocorrer no plano *abstrato*, ou seja, no plano normativo. Quando a realidade demonstrar a possibilidade de eventuais conflitos entre valores igualmente protegidos na Constituição, somente um juízo de proporcionalidade na interpretação do Direito, orientado pela vedação do excesso e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, é que poderá oferecer soluções plausíveis [...]”<sup>66</sup>

“[...] A característica da *imperatividade* do Direito como de todas as normas éticas, - embora tenha sido e continue sendo contestada, - parece-nos essencial a uma compreensão realística da experiência jurídica ou moral. Tudo está, porém, em não se conceber a imperatividade em termos antropomórficos, como se atrás de cada regra de direito houvesse sempre uma autoridade de arma em punho para impor seu adimplemento [...]”<sup>67</sup>.

Segundo Reale, o que há de fato é sim uma total imperatividade, pelo menos é o que se depreende das decisões tomadas pelas autoridades policiais ao desencadearem interceptações telefônicas. Depois, os advogados é que têm de se virar para conseguir o Habeas Corpus para seu cliente. Talvez à época da primeira publicação da obra supra, não fosse possível vislumbrar a que ponto chegariam as arbitrariedades cometidas pelos responsáveis pela condução de investigações de grande envergadura e com implicações políticas, econômicas e sociais.

“[...] Apesar de não se poder negar que, no ato de aprovar uma lei, haja sempre certa margem de decisão livre, e, às vezes, até mesmo de arbítrio, na realidade a obrigatoriedade do Direito vem banhada de exigências axiológicas, de um complexo de opções que se processa nomeio social, do qual não se desprende a autoridade decisória [...]”<sup>68</sup>

“ [...] O certo é que toda norma enuncia algo que *deve ser*, em virtude de ter sido reconhecido um valor como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório. Há, pois, em toda regra um *juízo de valor*, cuja

<sup>65</sup> PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 344.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>67</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 33.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 33.

estrutura mister é esclarecer, mesmo porque ele está no cerne da atividade do juiz ou do advogado [...]”<sup>69</sup>

“ [...] A proporcionalidade, hoje utilizada como um indispensável critério hermenêutico na aplicação do Direito, tem sua origem exatamente como meio de controle da constitucionalidade das leis, que, embora formalmente constitucionais, previam, por exemplo, sanções desproporcionais para determinadas espécies de descumprimento da lei. Há na literatura nacional e internacional inúmeros trabalhos de maior fôlego tratando do postulado ou princípio da proporcionalidade, seja na dimensão da proibição de excesso, seja na dimensão da proibição de proteção deficiente [...]”<sup>70</sup>

Um dos pontos já citados anteriormente, quando da elaboração dos problemas e hipóteses de solução, qual seja, o prazo das interceptações, creio mereça ser analisado com mais vagar nessa monografia. Nesse sentido permite-se trazer à colação a ementa e o acórdão de um Habeas Corpus da relatoria do ministro do STJ, Og Fernandes, que considerou legal a quebra do sigilo telefônico, *in casu* ( HC 135771):

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA NA ORIGEM. ESVAZIAMENTO DO WRIT NESSE PARTICULAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DESCABIMENTO. PRORROGAÇÃO POR MAIS DE TRINTA DIAS. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA NECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA.

1. Com a notícia da revogação da custódia cautelar pelo juízo de origem, fica prejudicado o writ no ponto em que pedia a colocação do paciente em liberdade.
2. Em relação às interceptações telefônicas, o prazo de 15 (quinze) dias, previsto na Lei nº 9.296/96, é contado a partir da efetivação da medida constritiva, ou seja, do dia em que se iniciou a escuta telefônica e não da data da decisão judicial.
3. No caso, não há falar em nulidade da primeira escuta realizada (28.12.2007), pois, embora o Magistrado tenha autorizado a quebra no dia 10.12.2007, a interceptação teve início no dia 20.12.2007. Em consequência, também se afasta a alegação de nulidade das interceptações subsequentes.
4. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte e do STF, é possível a extrapolação do prazo constante no art. 5º, da Lei nº 9.296/96 (15 mais 15 dias), desde que haja a comprovação da necessidade da medida.
5. Na hipótese, as interceptações perduraram por aproximadamente 8 (oito) meses, período razoável se comparada a existência de grande quadrilha, especializada na disseminação de considerável quantidade de variados entorpecentes (*ecstasy*, LSD, maconha e haxixe).
6. Não há falar em nulidade das decisões que permitiram a quebra do sigilo das comunicações telefônicas quando elas vêm amparadas em suficiente fundamentação, tal qual ocorre na ação penal de que aqui se cuida.
7. Ordem parcialmente prejudicada e, quanto mais, denegada.

<sup>69</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34.

<sup>70</sup> PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 344.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar prejudicado em parte o habeas corpus, e no mais, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 04 de agosto de 2011 (data do julgamento).<sup>71</sup>

Três observações devem ser feitas com relação ao teor do julgado ora em comento. Em primeiro lugar, creio ter havido um exagero no período destinado à interceptação. Com o avanço tecnológico e os equipamentos colocados à disposição da autoridade policial durante as investigações, restou claro o abuso na utilização desse recurso e porque não falar em desrespeito à dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Direito.

Em segundo lugar e para ser coerente com o que foi dito acima, acerca do abuso da interceptação, é discutível se cabe a nulidade das decisões calcadas na quebra do sigilo. É de se perguntar: não seria possível uma nulidade parcial? Tomando-se por base outro princípio bastante caro ao Direito Penal, qual seja, o da proporcionalidade e razoabilidade, poderia-se considerar, por exemplo, uma interceptação de até dois meses?

Por último, e até mesmo para fazer um contraponto com o julgado anterior, traz-se à baila outro julgado, da mesma turma, também de um HC, que vai na direção totalmente oposta ao que decidiu o ministro Og Fernandes:

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".

2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.

<sup>71</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Penal – Leis Extravagantes – Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes – Associação. Habeas Corpus nº 135.771. Impetrante: João Vieira Neto e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 11 de maio de 2009. **STJ**, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900874363&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).

5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, §2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, senão explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.

6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do juiz originário para determinações de direito.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti, que acompanhou a relatoria, seguido pelos votos das Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Jane Silva, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 9 de setembro de 2008 (data do julgamento).<sup>72</sup>

Aliás, no julgamento dos embargos de declaração desse Habeas Corpus, o ministro Og Fernandes votou com o relator, ou seja, considerou ilegal a quebra do sigilo telefônico do investigado. É de se observar, três anos depois, como ele considerou a quebra do sigilo telefônico ilegal, em circunstâncias semelhantes ao do HC relatado por ele citado anteriormente. Porém, o mais importante que se extrai desses dois casos é que ainda há divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre tão relevante tema que afeta o dia a dia do cidadão, pois que diz respeito à liberdade e à privacidade. Seguindo a mesma linha da decisão do ministro Nilson Naves e, bastante elucidativa, é uma parte da entrevista da desembargadora Maria Cecília Pereira Mello, do Tribunal Regional Federal, com sede em São Paulo, onde ela faz a seguinte crítica:

ConJur — A Polícia e o Ministério Público têm abusado do uso de escutas telefônicas como único meio de investigação?

<sup>72</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Direito Penal – Crimes Previstos na Legislação Extravagante – Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Habeas Corpus nº 7668-6. Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. STJ, Brasília, 2012, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

Cecília Mello — Sim. Em caso recente que julguei, a investigação começou com base em uma denúncia anônima que fornecia nomes, endereços, horários, todo o necessário para se fazer uma diligência, mas nenhuma foi feita. Preferiram quebrar o sigilo telefônico. O que se argumentou é que nos delitos financeiros não há outra maneira a não ser quebrar o sigilo telefônico. Mas naquele caso era ridículo. A denúncia anônima dizia que o fulano saía tal hora, todos os dias, em determinado horário, e ia para o endereço tal, encontrava-se com beltrano e voltava. Era uma diligência tranquila de ser feita. Seria até possível ter-se chegado a uma quebra de sigilo, mas já havia elementos para se fazer uma investigação preliminar. De um modo geral, isso dá a impressão de que existe comodismo. É mais fácil quebrar o sigilo, mas essa quebra apenas se justifica quando não haja outra alternativa e a partir de uma investigação já iniciada e com indícios a determinar a quebra. Do contrário, direitos constitucionais deixam de ser respeitados .

ConJur — A lei prevê que, com a devida fundamentação, interceptações telefônicas podem ser renovadas para além dos primeiros 15 dias. Mas não fala em nova renovação depois de 30 dias. Esse prazo pode se estender indefinidamente?

Cecília Mello — Indefinidamente, não, mas pode haver contextos em que se precise da escuta por mais tempo. O importante é a fundamentação, até onde já se chegou e por que ir adiante. Se uma escuta não levou a nenhuma informação e é prorrogada, se novamente nada foi descoberto, chega de escutar. É preciso fundamentar a prorrogação, não dizer simplesmente que é necessário ou que no tempo concedido nada se apurou [...]”<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Essa é uma parte da entrevista concedida ao site Consultor Jurídico, na qual ela ainda faz a seguinte declaração: “Polícia, Ministério Público e Judiciário não podem cometer ilícitos ou irregularidades na investigação, que podem levar à anulação do processo e ao descrédito”. *É mais fácil quebrar o sigilo do que fazer diligências*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-04/entrevista-cecilia-mello-desembargadora-trf>. Acesso em: 18 mar. 2012

## CONCLUSÃO

Esgotar o tema nessas páginas não foi o objetivo do trabalho. O objetivo – e isso ficou bem claro - foi mostrar justamente que o assunto está longe de uma definição. Mas tenho plena convicção e concordo plenamente com o ponto de vista da desembargadora há pouco relatado.

Há que se caminhar para a valorização do preceito constitucional e não sua banalização. Volto a destacar aqui, neste ponto de encerramento da monografia, outro trecho da entrevista da desembargadora, que serve para uma reflexão de todos os envolvidos na tomada de decisões que podem levar à invasão de privacidade e ao desrespeito à dignidade humana.

O jornalista do site lembrou que o Superior Tribunal de Justiça derrubou grandes operações da Polícia Federal que tinham sido consideradas legais pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região e quais conclusões seria possível tirar desses fatos. A resposta da desembargadora foi a seguinte:

No caso da operação Castelo de Areia, foi uma questão procedimental. O juiz não informou sequer a mim sobre a existência de uma denúncia anônima. Eu não vi, o réu também não e os advogados também não. Quando o Ministério Público Federal faz uma denúncia dizendo que a investigação se baseou em denúncia anônima e o juiz confirma essa informação, mas na verdade existe uma delação premiada, é impossível a aferição da irregularidade pelo Tribunal e o exercício do pleno direito de defesa. Qual é a credibilidade do Judiciário e das instituições nessa situação? Nenhuma. Nesse caso específico, ordenei que se desse acesso às partes à delação premiada existente em desfavor dos réus. Além dessas houve a Satiagraha, a Têmis e a Anaconda, que eu não julguei. Na minha opinião, polícia, Ministério Público e Judiciário não podem cometer ilícitos ou irregularidades na investigação, pois essa conduta pode levar à anulação do processo e ao descrédito das instituições. O único que não pode cometer erros é o juiz. Nem que tenha o apoio do Ministério Público e da polícia, ele não pode consentir com uma irregularidade.<sup>74</sup>

Infelizmente, o posicionamento da desembargadora, que não é isolado, não foi seguido à risca pelos ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em seus julgados.

Aliás, creio ser plausível nessa fase da monografia relembrar o que deu ensejo a este trabalho, isto é, analisar sob a ótica da Lei nº 9.296/96 a jurisprudência da Sexta Turma do

<sup>74</sup> Essa é uma parte da entrevista concedida ao site Consultor Jurídico, publicada no dia 4 de março de 2012. *É mais fácil quebrar o sigilo do que fazer diligências*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-04/entrevista-cecilia-mello-desembargadora-trf>. Acesso em: 18 mar. 2012.

Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2010 e 2012, nos julgados envolvendo a interceptação telefônica. Fala-se, mais especificamente, do art. 2º da referida lei, transcrita a seguir:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

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

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

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

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

Faz-se mister destacar as críticas que o preceito encontra na doutrina, entre elas a de Paulo Rangel. Segundo ele, o art. 2º da lei das interceptações telefônicas estabeleceu a regra em vez de dispor da exceção, pois é esta que deve estar prevista em lei. O legislador, ainda de acordo com Rangel, fez a opção de dizer quando não se admite em vez de dizer quando seria admissível, fazendo o intérprete olhar o dispositivo pelo avesso.<sup>75</sup> Mas antes essa “falha” de redação do que a total falta de regulamentação do art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988.

Nesse mesmo rumo, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (que também criticam a redação do art. 2º, na obra *Interceptação Telefônica – Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996* -, reafirmam que, além dos três requisitos constitucionais exigidos pelo art. 5º, XII, CF/1988, é necessário, ainda, para a licitude das interceptações, estarem presentes, cumulativamente, os pressupostos deste art. 2º. São pressupostos mínimos de garantia, ou seja, de que a interceptação telefônica não será empregada em qualquer caso e sem critérios seguros.

Ademais, a interceptação telefônica é medida cautelar preparatória (quando concretizada na fase policial) ou medida cautelar incidental (se realizada em juízo, durante a

---

<sup>75</sup> RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica). Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/195>>. Acesso em: 6 abr. 2013.

instrução). E sendo providência “cautelar”, não existe a menor dúvida de que está sujeita aos pressupostos (requisitos) básicos de toda medida dessa natureza, quais sejam, o *fumus boni iuris* (aparência de um bom direito), que, no âmbito penal, se traduz por *fumus comissi delicti*, e o *periculum in mora* (perigo ou risco que deriva da demora em se tomar uma providência para a salvaguarda de um direito ou interesse), que no processo penal se traduz para *periculum in libertatis*.<sup>76</sup>

A corroborar a linha de raciocínio seguida durante a monografia, é imprescindível, nesta conclusão, consubstanciar os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, que no livro *As Nulidades do Processo Penal*<sup>77</sup>, ao falarem do aproveitamento da prova, lecionam:

O parágrafo único do art. 2º sugere que o resultado da interceptação só possa ser utilizado como prova de fatos objeto de investigação determinada.

Com o mesmo espírito pode ser lido o art. 4º, que exige da autoridade requerente a demonstração da necessidade da interceptação “à apuração de infração penal”.

Mas não se trata senão de ideia insinuada pela redação dos dispositivos. À falta de maiores esclarecimentos, certamente surgirá na prática a dúvida a respeito de a prova obtida mediante interceptação telefônica, autorizada para investigação ou processo relativo a determinada infração penal, poder, ou não, ser utilizada em investigação ou processo instaurado por fatos diversos. Trata-se do conhecimento fortuito de outros fatos, ocasionado pela interceptação lícita.

A falta, na lei brasileira, de um rol taxativo de infrações em que se admite a interceptação dificulta a solução do problema [...].

[...] Mais uma vez, trata-se de interpretar a permissão constitucional de interceptação à luz do princípio da proporcionalidade [...].

---

<sup>76</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica - Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90.

<sup>77</sup> FERNANDES, Antônio Scarance; FILHO, Antônio Magalhães Gomes; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.176-177.

Como ficou comprovado nas tabelas das páginas 26 e 27, a interceptação telefônica no Brasil ainda é vista como algo natural, mas não deveria ser assim. A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, encarregada pela uniformização da interpretação infraconstitucional, nesse assunto, ainda está aquém do poder que a Constituição lhe outorgou para cumprir essa missão.

A polêmica em torno de assunto de tamanha relevância não pode mais prosperar no seio da sociedade e, muito menos, no do Poder Judiciário. Aury Lopes Júnior é enfático ao tratar da redução do alcance da prova contaminada e assim leciona<sup>78</sup>:

“São comuns os acórdãos dos tribunais brasileiros que, reconhecendo que no processo existe uma prova ilícita (ou nulidade processual), não anulam a sentença por entenderem que não ficou demonstrado que a decisão se baseou na prova ilícita. Assim, se o Juiz não mencionou expressamente na fundamentação a prova, demonstrando a importância na formação de sua convicção, dificilmente a sentença será anulada”.

“Mais interessante ainda são as decisões que, em que pese a prova ilícita existir e ter sido utilizada na sentença para condenação do réu, argumentam: *subtraindo mentalmente aquela prova (ilícita), ainda subsistem elementos para justificar a condenação*. E, assim, mantêm a sentença condenatória... avalizando as ilegalidades praticadas...”

“Não concordamos com o entendimento de que, se no processo existir alguma prova ilícita, a sentença condenatória somente será anulada se ficar demonstrado que ela se baseou exclusivamente nessa prova. Tampouco podemos admitir a tal “exclusão mental”, fruto de uma visão positivista e cartesiana, como se o ato de julgar fosse algo compartimentalizado, mecânico, de que se pudesse excluir alguma peça sem comprometer o funcionamento do motor... quando, na verdade, é todo o oposto!”

Por derradeiro, urge ressaltar que a presente monografia não tem a pretensão de fazer com que os magistrados mudem suas convicções de uma hora para outra. Com efeito, decisões divergentes, conflitantes e afrontadoras da ordem constitucional vêm sendo prolatadas diariamente nos tribunais brasileiros e algo precisa ser feito.

---

<sup>78</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 606-607.

## REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 133037 – GO, 6ª T., rel. Celso Limongi, 02.03.2010, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça HC 37.590-SP, 5ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 19.10.2004, v.u., DJ 22.11.2004, p. 370). Idem: RHC 13.274-RS, 5ª T., rel. Gilson Dipp, 19.08.2003, v.u., DJ 29.09.2003, p. 276; RHC 15.121-GO, 6ª T., rel. Paulo Medina, 19.10.2004, v.u., DJ 17.12.2004, p. 595; HC 37.590-SP, 5ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, v.u., DJ 22.11.2004, p. 370; HC 34.008-SP, 5ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, v.u., DJ 24.05.2004, p.320. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SHC 949.089.3/6, 12ª C., rel., Breno Guimarães, 10.05.2006, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça HC 143697 – PR, 5ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 22.09.2009, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 152.194 - BA (2009/0213670-0). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça HABEAS CORPUS Nº 211.486 - PR (2011/0150760-9). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 147.895 - RN (2009/0182864-4). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 113.557 - SP (2008/0180669-9). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 142.565 - RJ (2009/0141332-4). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 113.477 - DF (2008/0179890-0). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 135024 – MT (2009/0079941-4). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 148.741 - PR (2009/0188373-6). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 224898 - SE (2011/0271304-3). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 219662 - DF (2011/02229006-9). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 92397 - SP (2007/0240004-1). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Penal – Leis Extravagantes – Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes – Associação. Habeas Corpus nº 135.771. Impetrante: João Vieira Neto e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 11 de maio de 2009. **STJ**, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900874363&pv=00000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Direito Penal – Crimes Previstos na Legislação Extravagante – Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Habeas Corpus nº 7668-6. Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. **STJ**, Brasília, 2012, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=0000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.515-RS, Pleno, rel. Nelson Jobim, 16.09.2004, m.v., vencido Marco Aurélio, DJ 04.03.2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=0000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 143697 – PR, 5ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 22.09.2009, v.u.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 453562 – AgRg – SP, 2ª T., rel. Joaquim Barbosa, 23.09.2008, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=0000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC 85962 – DF, 2ª T., rel. Cezar Peluzo, 25.11.2008, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=0000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 87198 – DF, 2ª T., rel. Cezar Peluso, 25.11.2008, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=0000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC 88214 – PE, 1ª T., rel. Marco Aurélio, 28.04.2009, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=0000000000>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Milton Corrêa da. *Decisão tocante de desembargador que manda soltar Cel Beltrami*. Disponível em: <[http://pradiscutirobrasil.blogspot.com.br/2011\\_12\\_21\\_archive.html](http://pradiscutirobrasil.blogspot.com.br/2011_12_21_archive.html)> Acesso em: 18 maio 2012. (Anexo).

CRISTO, Alessandro. *É mais fácil quebrar o sigilo do que fazer diligências*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-04/entrevista-cecilia-mello-desembargadora-trf>. Acesso em: 18 mar. 2012.

Diário do Senado Federal. Disponível em: [www.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=7170](http://www.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=7170). Acesso em: 14 nov. 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance; FILHO, Antônio Magalhães Gomes; GRINOVER, Ada Pelegrini. *As nulidades no processo penal*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica, comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Da vulgarização das garantias fundamentais à banalização da quebra do sigilo telefônico*. Disponível em: <  
<http://www.protocolojuridico.com.br/site/artigos-a-articulas/ari-ferreira-de-queiroz/2841-da-vulgarizacao-das-garantias-fundamentais-a-banalizacao-da-quebra-de-sigilo-telefonico>>  
Acesso em: 18 maio 2012. (Anexo).

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## ANEXOS

### ANEXO A - ACÓRDÃOS DA MINISTRA MARIA THERESA DE ASSIS MOURA

**RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**  
**EMENTA**

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* . TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO DECRETADA EM CERTA COMARCA. FACÇÃO CRIMINOSA. ATUAÇÃO EM DIFERENTES COMARCAS DE UNIDADE DA FEDERAÇÃO. DIVERSAS AÇÕES PENAIIS PROPOSTAS DE VÁRIOS JUÍZOS. DISCUSSÃO ACERCA DA COMPETÊNCIA PARA APRECIAR PLÚRIMOS PROCESSOS. VIA INADEQUADA. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Tendo sido iniciada investigação por meio de interceptação telefônica acerca de atuação de facção criminosa, que atuava em diversos pontos do interior paulista, não se presta o *habeas corpus* para o fim de estabelecer a competência de plúrimas ações penais encetadas em vários juízos daquela unidade da Federação.

2. Ordem não conhecida.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 10 de abril de 2012(Data do Julgamento).<sup>79</sup>

**RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**  
**EMENTA**

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* . QUADRILHA ARMADA, PECULATO E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. (1) TRANSCRIÇÃO DOS DIÁLOGOS. REVALORAÇÃO DA PROVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) TRANSCRIÇÃO APENAS EM PARTE DOS DIÁLOGOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (3) PERÍCIA DO MATERIAL COLETADO. ESPECTROGRAMA. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A pretensão de reavaliação de prova - interceptação telefônica- escapa do papel primordialmente destinado, pela Constituição da República, ao Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 113.557 - SP (2008/0180669-9). Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>.  
Acesso em: 21 jul. 2012.

2. De acordo com os ditames da Lei 9.296/96, não é indispensável a realização de transcrição integral dos diálogos interceptados. Precedentes.
3. A questão da imprescindibilidade de realização de perícia de voz no material coletado em interceptação telefônica não foi debatida na origem, sendo, portanto, inviável dela cuidar, sob pena de indevida supressão de instância.
4. Ordem conhecida em parte e, nessa extensão, denegada.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta parte, a denegou, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 20 de março de 2012 (Data do Julgamento).<sup>80</sup>

#### **RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

##### **EMENTA**

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DURAÇÃO. PRAZO LEGAL PREVISTO ULTRAPASSADO. INOCORRÊNCIA. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. APÓS TRÊS MESES DA PROLAÇÃO DO *DECISUM*. GREVE DOS POLICIAIS FEDERAIS. LETARGIA NO INÍCIO EFETIVO DA INTERCEPTAÇÃO JUSTIFICADA. PRAZO QUINZENAL DEVIDAMENTE CUMPRIDO DEPOIS DO COMEÇO DA MEDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A Lei n.º 9.296/96, que regula as medidas constritivas de captação de comunicações via telefone, não estipula prazo para o início do cumprimento da ordem judicial.
2. Conquanto não se possa ter delonga injustificada para o começo efetivo da interceptação telefônica, cada caso deve ser analisado sempre à luz do princípio da proporcionalidade e, na hipótese em exame, a greve da Polícia Federal consiste em evento idôneo para a demora no início da interceptação, não se violando, pois, o dado princípio.
3. *In casu*, a letargia de 3 (três) meses para a execução da decisão deveu-se unicamente a ocorrência de greve policial, sendo que, após o início efetivo da medida, data tida como marco inicial para a contagem do prazo, foi observado o lapso quinzenal previsto em lei, inexistindo qualquer ilegalidade na prova obtida.
4. Ordem denegada.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 142.565 - RJ (2009/0141332-4). Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>.  
Acesso em: 21 jul. 2012.

"Proseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior denegando a ordem, e do voto do Sr. Ministro Vasco Della Giustina no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. " Os Srs.Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado doTJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 20 de março de 2012. (Data do Julgamento).<sup>81</sup>

## **ANEXO B – RANGEL CRITICA OPERAÇÃO “DEZEMBRO NEGRO”**

Além da entrevista com a desembargadora citada no decorrer deste trabalho, achei por oportuno fazer referência a mais dois artigos sobre o tema. Uma com o desembargador Paulo Rangel e outra com o Juiz de Direito de Goiás, Ari Ferreira de Queiroz.

Trata-se de ação de habeas corpus proposta por CLÁUDIA VALÉRIA TARANTO em favor de DJALMA BELTRAMI com alegação de constrangimento ilegal sob o argumento de que o paciente se encontra preso no Quartel General da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro por determinação do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Pedro da Aldeia em decorrência de Operação Policial denominada “Dezembro Negro”.

É o breve relatório e passo a decidir.

Em primeiro lugar, trata-se de outro habeas corpus proposto com alegação e juntada de fato novo, não alegado em anterior habeas corpus o que autorizou o indeferimento liminar do pedido. No caso em tela, há a juntada da transcrição dos depoimentos gravados em interceptação telefônica.

É lamentável que um fato como este esteja acontecendo, em especial com a aquiescência do Poder Judiciário, pois se trata de prisão temporária decretada pelo juízo de São Pedro da Aldeia que sem observar o teor das transcrições da interceptação telefônica decretou a prisão de um Comandante da Polícia Militar da estirpe do Cel. DJALMA BELTRAMI, se deixando levar pela maldade da autoridade policial que entendeu que “zero um” só pode ser o Comandante do 7º Batalhão.

Ora, se assim fosse pergunto: porque a autoridade policial não pediu a prisão também do “zero dois” dito na escuta? Imagine: quem seria o “zero dois”? O

---

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 113.477 - DF (2008/0179890-0). Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>>.  
Acesso em: 21 jul. 2012.

subcomandante? E se a interceptação (que consta dos autos) falasse em “zero 3”?

Enfim...

Tenho medo desse tipo de investigação e a autoridade coatora também deveria temê-la, pois nos autos da gravação fala-se no homem da “gravata”. Seria o juiz? O advogado? O desembargador? Quem seria o homem da gravata?

Estão brincando de investigar. Só que esta brincadeira recai, no direito penal, nas costas de um homem que, até então, é sério, tem histórico na polícia de bons trabalhos prestados e vive honestamente.

Aqui a autoridade policial e judiciária deveriam ler um livro chamado “O ÚLTIMO DIA DE UM CONDENADO”, de Victor Hugo, para entenderem o que o cárcere faz com o indivíduo, ainda mais o indivíduo cuja investigação não tem nada contra ele, nada, absolutamente nada.

É o caso dos autos.

A autoridade policial, DR. Alan Luxardo, vai a TV e diz que existem outras provas contra o paciente. Ora, se existem provas elas devem ser trazidas aos autos da investigação, à sua superfície e não ficar na gaveta da mesa do delegado, ou quiçá, no bolso do seu paletó.

Inquérito é garantia. Investigação é a certeza que o indiciado tem de que os fatos irão ser apurados em escorreita legalidade, em sintonia com as garantias fundamentais de um processo penal regido por um Estado Democrático de Direito.

Veja a transcrição de parte das conversas que autorizaram a ILEGAL prisão cautelar do paciente, in verbis:

Policial: “Só que também vai ter que levantar, aumentar aquele negócio, porque tem gente, rapaziada mais alta chegando. Vai ser tudo, tudo com a gente, entendeu? Vai ser tudo com este telefone que você tá falando aí. Tudo com o ‘zero um’, entendeu?”

Traficante: “Olha só, eu quero perder pra vocês, entendeu? E perder pro (sic) cara que assumiu agora, eu tenho condições de dar 10 para ele por semana, entendeu?”

Policial: “10 pra, pra (sic)... Tem que ser pra (sic) cada “gêmea”, por final de semana”

Traficante: “Como é que vou dar 10 pra tu (sic)? E depois tem que dar tanto para outras “gêmeas”? Tá louco, aí eu morro, fico na ‘bola’. A boca não é minha, não, cara”.

Ou seja, a autoridade policial não cumpriu com a lei ao elaborar relatório conclusivo da investigação (§2º do art. 6º) e sim deu a sua versão sobre os fatos. E aqui está o perigo: a versão da autoridade policial colocou, até então, um inocente na cadeia.

Quem irá reparar o mal sofrido pelo paciente? Quem irá à sua casa dizer à sua família que houve ou um açoitamento, ou um grave erro ao se concluir que “zero um” pode ser o Comandante Geral, pode ser o Prefeito, pode ser o amigo do policial que está no comando da guarnição, enfim... “zero um” pode ser qualquer pessoa. Inclusive, tenho medo de que amanhã falem numa interceptação telefônica que o “homem da capa preta” está pedindo dinheiro e eu venha a ser preso.

Investigação policial não é brinquedo de polícia. É um instrumento de garantia que a sociedade tem que os fatos serão objeto de séria e rigorosa apuração.

Apóio e sempre vou apoiar o trabalho policial, mas o trabalho sério, honesto, correto, maduro e experiente. O que acontece com a polícia civil é que têm delegados muito bons, jovens e honestos, mas inexperientes à frente de determinadas unidades que exigem experiência de vida e de polícia, mas isso só o tempo pode dar. O problema é que enquanto o tempo não passa pessoas inocentes vão para cadeia pelo açodamento das investigações policiais.

Mas aqui tenho que reconhecer: esta prisão não foi em flagrante e sim POR ORDEM DE UM MAGISTRADO que não atentou para um fato óbvio: quem é “zero um”? O juiz é responsável também e aqui foi irresponsável ao prender o Comandante de um Batalhão, até então, inocente. Talvez seja o estigma que recai sobre o 7º BPM. Não é isso que se espera do Judiciário e não posso aplaudir esta decisão contra o paciente. São Paulo nos ensinou com o caso da Escola Base, mas nós não aprendemos. Aliás, nunca aprendemos com os erros dos outros, até que o erro bate em nossa casa.

Por tais motivos, sem mais delongas, DETERMINO A IMEDIATA SOLTURA do paciente POR MANIFESTA ILEGALIDADE NO ATO DE CONSTRIÇÃO À SUA LIBERDADE determinando, ainda, que seu nome seja retirado da investigação com a respectiva baixa na distribuição até que novos elementos convincentes sejam trazidos à superfície do inquérito policial que seguirá seu trâmite normal com os demais investigados.(...)”.<sup>82</sup>

## **ANEXO C – DA VULGARIZAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS À BANALIZAÇÃO DA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO**

Abrindo um vazio no mundo jurídico com seu falecimento há pouco tempo, Norberto Bobbio deixou enorme legado para a sociedade como um dos maiores pensadores do Século XX, dentre eles a afirmativa de que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”, não sendo o caso de se buscar saber quais e quantos são, nem qual sua natureza e fundamento, “ou se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais

---

<sup>82</sup> COSTA, Milton Corrêa da. *Decisão tocante de desembargador que manda soltar Cel Beltrami*. Disponível em: <[http://pradiscutirobrasil.blogspot.com.br/2011\\_12\\_21\\_archive.html](http://pradiscutirobrasil.blogspot.com.br/2011_12_21_archive.html)> Acesso em: 18 maio 2012.

seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”

O constituinte brasileiro parece ter apreendido muito bem essa lição, e materializou o aprendizado num vasto catálogo constitucional de direitos e garantias, talvez um dos mais completos do mundo na forma, conteúdo e abrangência. O catálogo nacional compreende normas de proteção da vida, saúde, propriedade, intimidade, segurança, lazer, moradia, trabalho e muito mais, especialmente quanto à liberdade em sua acepção mais ampla – locomoção, religião, profissão, intelectualidade e todas as demais.

O rol contém algumas preciosidades, tanto no verdadeiro sentido da expressão, como no figurativo, ora merecendo inteiro e irrestrito apoio e aplausos, ora críticas severas por pecar no uso de pleonasmos ou inverter valores colocando agentes públicos no banco dos réus e enaltecendo malfeitores dos mais desprezíveis. Não se contentou em afirmar serem todos iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, preferindo ir além para destacar a igualdade entre homens e mulheres; não se limitou a reconhecer como direito do preso tratamento conforme sua condição, preferindo também ir além, assegurando-lhe o direito à identificação do responsável por sua prisão ou seu interrogatório, mesmo isso podendo representar perigo para a autoridade.

Mas, abstraindo-se os excessos pode-se dizer ser um bom catálogo, e pelo momento político em que foi escrito – fim de uma ditadura constitucionalizada de mais de duas décadas – não podia ser diferente na abrangência, especialmente quanto às normas garantidoras do direito de liberdade em todas as suas acepções. Dentre essas normas, encontra-se no art. 5º, XII, da Constituição Federal, a garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas, admitindo sua violação forçada apenas por ordem judicial “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

O dispositivo veicula manifesta exceção à intimidade do indivíduo, por isso deve ser interpretado restritivamente observando pelo menos os seguintes limites: a) deve-se tomar como regra a inviolabilidade e como exceção, a violação; b) a violação depende, necessariamente, de ordem judicial, naturalmente fundamentada, sob pena de nulidade; c) o juiz só pode autorizar ou determinar a violação nas hipóteses previstas em lei; d) cabe a essa mesma lei definir, também, a forma a ser observada para decretar a violação; e) a lei não poderá eleger qualquer hipótese como suficiente para autorizar o decreto judicial, devendo se restringir a alguma que se preste para investigação criminal ou instrução processual penal.

Vale ressaltar o duplo sentido e alcance da garantia, que não se restringe ao popular “grampo telefônico”, alcançando também a quebra do sigilo. O “grampo telefônico” é o procedimento por meio do qual se interceptam as comunicações telefônicas para identificar as chamadas originadas ou destinadas a determinado número, enquanto a quebra do sigilo, representando mal maior, possibilita acesso ao inteiro teor das conversas travadas com identificação das e pessoas, dia, hora e duração, além, naturalmente, de identificar seus números telefônicos.

É inegável a utilidade ilícita do telefone, em especial dos celulares, por meio dos quais malfeitores de plantão ou em “serviço efetivo” planejam crimes, trocam informações, ameaçam vítimas reais ou potenciais ou simplesmente

desdenham das autoridades e comemoram seus feitos criminosos. Mas, é inegável também a utilidade lícita, senão por ambos os interlocutores, pelo menos por um deles, em casos como o de extorsão ou propinagem de toda sorte, e esses são os destinatários da norma constitucional garantidora da inviolabilidade.

O problema é que não há como saber, a priori, quem é inocente e quem é culpado, recomendando o bom senso seguir-se a lógica do razoável, até mesmo por analogia à máxima da necessidade de se provar a má-fé, ao contrário da boa-fé, que se presume: impõe-se a garantia a favor da intimidade de inocentes, mas como todos são inocentes até prova em contrário, os não-inocentes tiram proveito da mesma garantia, de modo que a garantia constitucional contra a inviolabilidade parece soar perfeita – mas acaba sendo trágica.

Com efeito, a lei necessária para definir as “hipóteses e forma” só foi editada em 1996, e meio “meio às pressas”, depois da descoberta de “arapongagem” nos telefones do então presidente Fernando Henrique Cardoso. Destaca-se dessa lei a necessidade do segredo de justiça no procedimento de interceptação de comunicações telefônica e a vedação quando não houver indícios razoáveis da autoria criminosa, assim como quando se puder obter a prova por outros meios ou, ainda, a pena máxima para o fato investigado não passar de detenção.

A lei não é das melhores, mas é a única, e seus destaques são poucos, mas melhores do que nada, e suficientes para, enquanto protege os inocentes, permite à autoridade investigar a prática de crimes mediante controle judicial. Mas, seja por má interpretação da norma constitucional, abuso de autoridade ou até mesmo falta de cuidado não foram poucos os juízes que autorizaram “grampo” ou quebra de sigilo sem lei ou contra a lei. Acrescente-se a isso a existência do “mercado paralelo” que oferece – segundo notícia veiculada pelo O Estado de São Paulo em 27.12.2006 – “contas detalhadas de qualquer assinante” a partir de trezentos reais.

Chega-se, assim, ao que denomino de “banalização do grampo”, verdadeira inversão da preconizada “vulgarização da noção de direitos fundamentais”, cujas raízes apontam para a implementação de certos direitos sociais nos textos constitucionais que nem mesmo podem ser exigidos. A respeito, o português Jorge Miranda alertava para o perigo se vulgarizar os direitos fundamentais, incluindo no catálogo outros que nada têm de fundamental, reduzindo ambos para a condição de direitos não-fundamentais. É uma adaptação da máxima de que quando tudo é urgente, nada é urgente, ou quando se pretende que tudo seja fundamental, nada será fundamental.

Com a interceptação telefônica – grampo e quebra de sigilo – vem ocorrendo fenômeno semelhante, embora por via transversa, pois o que devia ser exceção apresenta-se como regra com o beneplácito judicial. É preciso cuidado dobrado. Além dos deveres de honestidade e sinceridade comuns aos agentes públicos, espera-se das autoridades policiais o uso restrito do expediente de requerer em juízo a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, enquanto do Poder Judiciário em geral, e cada juiz em particular, como guardas da Constituição, devem se pautar pelo efetivo respeito das garantias fundamentais expressas ou implícitas.

O juiz não pode se deixar convencer, ou se seduzir, por toda representação pela quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas, devendo, em cada caso concreto, certificar-se da real necessidade e do respeito às regras

ditadas pela legislação vigente, sem se descuidar do dever de cumprir e fazer cumprir o segredo de justiça quanto ao procedimento e seu resultado.

Aliás, de nada adiantaria decidir em segredo de justiça acerca da quebra da garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas em quaisquer de seus sentidos se, depois da interceptação, o teor das conversas ou os números dos telefones envolvidos, forem divulgados ao público por meio da imprensa. Embora pareça bastante lógico, não é demais lembrar que o juiz que assim agir ou permitir que aja estará se equiparando a quem impõe uniforme aos agentes do serviço secreto.<sup>83</sup>

## ANEXO D – DA ACOMODAÇÃO À AÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Também à título de esclarecimento e maior densidade na análise do tema interceptação telefônica, reproduzo agora o comentário do advogado criminalista Cléber Lopes - colhido durante uma entrevista concedida ao autor desta monografia -, onde ele faz declarações acerca de um ponto específico da interceptação telefônica, qual seja, o tempo de sua prorrogação.<sup>84</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, durante muitos anos, entendeu que a interceptação telefônica poderia durar pelo tempo que fosse necessário para a investigação. Essa foi a jurisprudência do STJ e do próprio STF, sendo seguida pelos tribunais estaduais e, conseqüentemente, pelos juízes de primeira instância.

O que aconteceu? Os juízes e os tribunais de um modo geral, começaram a ser muito condescendentes com a duração das interceptações, ou seja, com a orientação que era possível prorrogar pelo tempo que fosse necessário.

Os tribunais começaram, então, a admitir prorrogações *ad eternum*. Nós temos casos na jurisprudência de interceptações que duraram dois anos e meio.

A Lei 9.296/96, que veio regulamentar o art. 5º, XII, da Constituição Federal, diz que as comunicações telefônicas são invioláveis, salvo para a investigação criminal ou instrução criminal. A Constituição Federal estabeleceu a regra do sigilo e a exceção da quebra regulamentada por lei ordinária.

<sup>83</sup> QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Da vulgarização das garantias fundamentais à banalização da quebra do sigilo telefônico*. Disponível em: <<http://www.protocolojuridico.com.br/site/artigos-a-articulas/ari-ferreira-de-queiroz/2841-da-vulgarizacao-das-garantias-fundamentais-a-banalizacao-da-quebra-de-sigilo-telefonico>> Acesso em: 18 maio 2012.

<sup>84</sup> Entrevista concedida ao jornalista Indalécio Wanderley Baldez Silva, no dia 16 de maio de 2012.

A Lei 9.296/96 quando veio ao mundo jurídico estabeleceu o seguinte: a interceptação será deferida para investigação criminal ou instrução criminal para um período de 15 dias prorrogável por igual período, ou seja, a interceptação, a rigor, duraria 30 dias.

Mas a interceptação significou um avanço extraordinário nas investigações criminais. Ninguém desconhece que muitas operações policiais há uns 10, 15 anos, foram exitosas por conta da interceptação telefônica. Isso não significa, porém, que outros meios de investigação devam ser abandonados, e era o que estava acontecendo.

Quando o STJ estabeleceu o entendimento de que era possível prorrogar tantas quantas fossem as vezes necessárias, criou-se uma espécie de acomodação do Judiciário. Se nós temos um meio de prova eficiente e extremamente prático, ou seja, interceptando alguém eu fico aqui no meu gabinete, ouvindo os diálogos das pessoas que estão sendo monitoradas, sem precisar ir para rua fazer campana, fazer levantamento de lugar, interrogar pessoas.

É muito mais prático fazer a prova por meio da interceptação. E aí essa acomodação se instalou no Poder Judiciário, criando o abuso: interceptações que duram dois anos e meio, três anos.

O STJ, para dar um freio nisso, decidiu que a prorrogação só se daria nos extremos limites que a lei estabeleceu. E aí, com isso, anulou-se uma infinidade de processos que estavam sendo conduzidos com interceptações infinitas sem a devida fundamentação.

Agora, o STJ diz que a depender da complexidade da causa e da quantidade de pessoas investigadas, é possível prorrogar para além daqueles 30 dias da lei, mas sempre com a devida e necessária fundamentação, isto é, mostrando que não há outro meio para se obter a prova, senão pela interceptação da conversação telefônica. (Imprescindibilidade da prova).

