

Interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: possibilidades e limites

*Telephone interceptions and fundamental rights:
possibilities and limits*

Fausto Martin De Sanctis

Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Doutor em Direito Penal pela USP e Especialista em Processo Civil pela UnB. Ouvidor-Geral da Justiça Federal da 3ª Região nos biênios 2018-2020 e 2022-2024. Membro do Conselho Consultivo da American University para Programas de Estudos Jurídicos Brasil - EUA. Recebeu distinção honrosa em International Law and Affairs em 2016 da New York State Bar Association – NYSBA por ter sido considerado o magistrado-precursor das decisões atinentes à prevenção e ao combate da corrupção e da lavagem de dinheiro no Brasil. Membro da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa. Foi Procurador do Município de São Paulo, Procurador do Estado de São Paulo, na área da Defensoria Pública, e Juiz de Direito em São Paulo. Possui cerca de 49 obras publicadas no Brasil e no exterior, sendo 15 de autoria individual, além de artigos diversos. É conferencista, proferindo palestras no Brasil e no exterior.

RESUMO:

Os crimes de competência federal muitas das vezes são praticados no âmbito de associações criminosas ou de organizações criminosas, valendo-se também de pessoas jurídicas, e usualmente não deixam transparecer rastros financeiros. Tais especificidades exigem dos agentes estatais maior expertise para o desvendamento das condutas delituosas, impondo o uso de técnicas de investigação que fogem às comumente empregadas, daí porque o monitoramento telefônico e telemático afigura-se como um reforço na atividade de persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE:

Crimes federais. Associação criminosa. Organização criminosa. Crimes praticados por corporações. Interceptação telefônica e telemática. Direitos fundamentais. Possibilidade e limites.

ABSTRACT:

Crimes under federal jurisdiction are often committed by criminal associations or criminal organizations, also using legal entities, and usually leave no financial traces. These specificities require state agents to have greater expertise in order to uncover criminal conduct, imposing the use of investigative techniques that differ from those commonly employed, which is why telephone and telematic monitoring appears to reinforce criminal prosecution activity.

KEYWORDS:

Federal crimes. Criminal association. Criminal organization. Crimes committed by corporations. Telephone and telematic interception. Fundamental rights. Possibility and limits.

SUMÁRIO:

1 Criminalidade e competência da Justiça Federal. 2 Intercepção telefônica e telemática e os direitos fundamentais. 3 Requisitos previstos na Lei de Intercepção Telefônica. 4 Possibilidades e limites. 5 Conclusões. Referências.

1 Criminalidade e competência da Justiça Federal

Muitos dos crimes de competência federal ocorrem no seio de associações criminosas (art. 288 do Código Penal) ou mesmo de organizações criminosas (com previsão contida na Lei nº 12.850, de 02.08.2013) e se alicerçam em intrincadas estratégias para os quais os agentes convergem, com estruturas associativas resultantes da contínua demanda de atividades ilícitas.

O fenômeno delitivo ora focado decorre da convergência entre indivíduos que possuem papéis específicos, unindo-se, todos, no interesse de fazer prosperar seus negócios escusos com os quais se beneficiam financeiramente, seja na ponta vendedora, seja na ponta compradora, seja, ainda, na intermediação escusa.

Para a perfectibilização das associações criminosas não se requer uma espécie de filiação associativa hermética, bastando a solidez estrutural capaz de diferenciar o arranjo coordenado de agentes de um mero concurso eventual e a intenção de perenidade, ainda que apoiada em liame associativo rudimentar. Não há, por certo, necessidade que todos os agentes se conheçam ou detenham conhecimento das funções que competem a cada qual, sendo certo que até mesmo a troca de atribuições ao longo do tempo pode se constituir num fator de otimização dos esforços para o sucesso da empreitada criminosa.

Comumente a configuração do crime de associação criminosa revela-se a partir da detecção de uma estrutura minimamente organizada, com distribuição de tarefas ou escalonamento de funções entre os seus integrantes, viabilizando assim o escopo delitivo comum que permeia todos os agentes envolvidos.

É certo que, desde a internalização da Convenção de Palermo (Decreto 5.015, de 12.03.2004), já existia no ordenamento jurídico pátrio o conceito de “grupo criminoso organizado” como sendo aquele estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na referida Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. Não obstante, foi com o advento da Lei nº 12.850/2013, que surgiu, propriamente, a tipificação do delito de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa.

A partir da vigência dessa lei, passou-se a compreender “organização criminosa” como associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. Tais características, portanto, diferenciam “organização criminosa” de “associação criminosa” (inteligência do art. 288 do CP), bem como do concurso eventual de agentes.

De outro lado, os crimes de competência federal por vezes são praticados por meio de pessoas jurídicas ou no interesse destas, cujos pilares consistem no domínio da posição organizacional e na responsabilização penal por omissão, sendo crimes de difícil detecção, pois, nestas hipóteses, a organização da atividade empresarial desenvolve-se e estrutura-se mediante uma série de relações funcionais com divisão e sobreposição de incumbências e especializações tão complexa que a observação exterior da atuação do grupamento torna-se opaca no

que concerne à visualização dos limites das funções e responsabilidades individuais dos seus vários integrantes.

É sabido que, embora esta fragmentação atenda ao imperativo da eficiência empresária, tal evolução não foi sentida na adaptação de conceitos da dogmática penal para melhor abarcar ilícitos que defluem do protagonismo econômico e financeiro da pessoa jurídica, desconectando Direito Penal Positivo da realidade social e, inclusive, dos demais ramos do Direito, que consideram plenamente a vontade das pessoas jurídicas como alicerce seguro da sua responsabilidade.

A conduta humana, como fundamento básico da dogmática penal liberal, é historicamente atribuível às pessoas físicas, em quem se pode identificar a vontade e a liberdade psicológica para agir. Sendo a dignidade pensante privativa do homem, o comportamento culpável é inerente ao indivíduo como tal.

Todavia, no que tange à observação de um grupo psicológico, Sigmund Freud (1976, p. 107) afirmou, em 1921, que a característica mais notável deste é que, “independentemente dos membros que o compõem, estes sentem, agem e pensam de maneira muito diferente daquela pela qual cada um sentiria, agiria e pensaria individualmente”. (SANCTIS, 2009, p. 85) Inclusive, considerava haver uma redução da capacidade intelectual pela força inconsciente do grupo¹.

Por isso, a ausência de resposta penal à infração cometida pela pessoa jurídica torna extremamente difícil para o Estado contrapor a vulneração de certos bens penalmente relevantes particularmente sensíveis ao fenômeno empresarial, de modo que, considerando a superlativa repercussão social deste, redobra-se a necessidade de assegurar a aplicação do Direito Penal minimamente em face de pessoas físicas que se aproveitam da estrutura organizacional para cometer delitos ou para cometê-los em benefício da empresa.

Nesse contexto de demasiada importância assumida pelas organizações acompanhada por proporcional déficit de imputabilidade, emerge a especial necessidade de se desvendar a atuação das pessoas físicas por detrás da personalidade jurídica do grupamento no qual se inserem. Embora os indivíduos expressem a vontade do órgão, exprimem também a sua vontade própria, pessoal.

Ocorrida a prática delitativa no seio empresarial, a mencionada opacidade da vontade psicológica individual pode ser legalmente contornada à luz dos alicerces de punibilidade já mencionados: o domínio da posição institucional de uma fonte de perigo para bens jurídicos e a responsabilização penal por omissão.

Boa parte da doutrina e da jurisprudência se compadece por perquirir o justo equilíbrio constitucional, que seria premente, entre a prerrogativa liberal de criar uma organização e a responsabilidade pelos resultados danosos que podem advir do seu exercício.

Nesse diapasão, coerente o entendimento perfilhado por expressiva doutrina, de que quem tem o controle, ainda que parcial, sobre atividades da empresa que possam gerar riscos penais para terceiros tem também o dever de agir para evitar a prática de crimes em suas esferas de gerenciamento. Neste sentido é a lição de Heloísa Estellita (2019, p. 18):

¹ Sigmund Freud (1976, p. 107) considerava haver uma redução da capacidade intelectual, além de despertar instintos primitivos, simplesmente pela forma inconsciente do grupo.

Essa é a ideia que preside hoje a afirmação majoritária na literatura no sentido de que os dirigentes de empresas têm um especial dever de agir para evitar resultados típicos. Esse dever também é chamado de dever de garantidor. Trata-se, assim, na sua elaboração mais recente, de se estabelecer um equilíbrio entre a liberdade de se organizar em empresa e a responsabilidade pelos perigos ou danos advindos do exercício desta liberdade.

No mencionado estudo, explana-se sabiamente que a criminalidade no contexto da empresa é o resultado da intervenção de diferentes agentes que prestam aportes de naturezas distintas, dificultando a captura do que seria a contribuição típica individual para a consumação do delito naquilo que se batizou de “irresponsabilidade organizada”. (ESTELLITA, 2019, p. 7)

Embora a estruturação empresarial das organizações modernas tenha em grande medida superado a divisão de tarefas rígidas com visualização nítida das competências, ainda assim pode-se visualizar características inerentes a níveis hierárquicos distintos como estratégico (diretoria), tático (gerência) e operacional.

A alta administração, que define como devem se dar o posicionamento e os relacionamentos sociais da organização, será sempre afeta ao proprietário, diretor, presidente, assim como o estabelecimento de metas, processos e controles competirá aos executivos, gerentes, etc., e, finalmente, a execução compete aos subordinados em geral.

A compreensão dos níveis hierárquicos da organização permite correlacionar os indivíduos neles inseridos com as respectivas responsabilidades. Para a execução de um crime de interesse do grupamento, frequentemente o ocupante do nível estratégico não precisará realizar qualquer ação típica e mesmo assim deterá controle absoluto de sua realização.

O que importa verificar, nesse quadro, é se há comprovada atuação em nome e no interesse do grupamento com o objetivo de favorecê-lo de modo inidôneo, depreendendo-se o engajamento criminal daqueles que concorrerem dentro de suas competências organizacionais para garantir a prática delitiva. Ao conceber a estrutura organizacional, o ocupante do nível estratégico pode estruturar ou tolerar um corpo de agentes que atue criminosamente em favor do grupamento que encabeça, configurando, potencialmente, crimes de autoria mediata ou de omissão penalmente relevante.

Pela teoria unitária do crime, estampada no artigo 29 do Código Penal, o agente que desempenha o papel central do acontecer típico pode ter a sua culpabilidade acentuada em face do executor do fato típico. Nessa concepção, embora o executor a nível material detenha controle imediato da ação típica, por estar sujeito à estrutura organizacional, pode ser substituído ou suplantado discricionariamente pelos níveis superiores.

A cúpula da organização pode, então, eventualmente ser punida em virtude de omitir-se diante do fato penalmente relevante, por deixar de intervir para evitar o resultado tipificado na norma penal, constituindo condição *sine qua non* para a sua ocorrência. Isso deve ocorrer quando a ingerência do comandante da organização estiver caracterizada como dominante a ponto de controlar a atuação dos subordinados na realização do fato delituoso.

No contexto ora analisado, em que se mostra árdua a comprovação cabal do controle fático da ação delitiva, faz-se necessário identificar eventual assunção da

chamada posição de garante, sendo a empresa uma fonte de perigo para os bens jurídicos com os quais entra em contato, devendo o seu dirigente atuar diligentemente no exercício de seu domínio sobre a atividade empresarial. No já mencionado artigo, Heloísa Estellita (2019, p. 17-18) associa validamente a empresa a uma fonte de perigo que deve ser vigiada pelo seu dirigente:

Dessa atividade podem decorrer riscos de lesão aos bens jurídicos de outros indivíduos e/ou da coletividade. Para ficar com dois exemplos simples, a integridade física de consumidores ou a arrecadação tributária ou o meio ambiente. Na medida em que os titulares desses bens jurídicos, que podem ser afetados pelas atividades da empresa, não têm como se proteger gerindo os perigos advindos dessas atividades – tal qual no caso do proprietário do imóvel [o proprietário do imóvel que deixa de tomar medidas preventivas para que um muro em estado precário não caia sobre pedestres não pratica meramente um crime de omissão de socorro, mas, sim, um crime de lesões corporais. Neste caso, a relação especial que gera o dever de agir para evitar uma lesão ao bem jurídico decorre do fato de que esse proprietário do imóvel tem sob seu controle uma fonte de perigo – o muro de sua casa – e o fato de ser proprietário desse imóvel e poder excluir todos os demais (as possíveis vítimas) de sua área de controle – neste caso uma intervenção no imóvel para a manutenção do muro –, tem como consequência o dever especial de cuidar para que dele não advenham lesões a terceiros] – pode-se concluir que também as empresas são fontes de perigo e que seus titulares devem vigiar essas fontes de perigo para que não causem lesões a bens jurídicos de terceiros. Daí que, quem tem o controle, ainda que parcial, sobre essa fonte de perigo, tem também o dever de agir para que dela não advenham lesões a bens jurídicos de terceiros, são, assim, garantidores de vigilância.

Vale dizer que, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade penal decorrente do cometimento de crimes comissivos mediante a violação do dever de agir encontra previsão expressa no artigo 13, § 2º, do Código Penal, que traz a lume as hipóteses em que há relevância da omissão para fins penais (situações em que o agente devia e podia agir, a fim de que não se configurasse a consumação delitiva).

O dispositivo em tela informa que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. Por outro lado, o dever de agir compete a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A responsabilidade penal do omitente é a ausência de uma conduta necessária, a ausência do dever de cuidado legalmente atribuído ao agente. Com efeito, nos crimes comissivos por omissão, atribui-se a responsabilidade penal àquele que possui dever jurídico especial de agir para evitar o resultado (o garante).

O nexo causal entre a inércia do garantidor e a consequente violação da lei penal deve ser de conhecimento do agente. Mais uma vez atentando ao estudo de Heloísa Estellita (2019, p. 28), não se ignora o argumento contra a punição exagerada do indivíduo responsável por não se omitir, que deve ser correlacionada com o perfil próprio de seu papel organizacional, porquanto a pulverização da informação no “âmbito das empresas terá por consequência bastante comum que os garantidores também só tenham um conhecimento fragmentado dos processos

de risco oriundos da empresa, omitindo a ação devida porém sem conhecimento da situação típica”, podendo assim ter incidência a figura do erro de tipo que afasta o dolo, mas permite a punição por culpa.

O preenchimento do elemento subjetivo deve se perfazer, nestes moldes, com a verificação concreta do objetivo de beneficiar o agrupamento mediante violação da lei penal, restando apreensível tal finalidade diretamente do descumprimento da incumbência de controlar o risco penal empresarial.

Não se considera objetiva esta responsabilização porque é fruto da vontade finalística dirigida para o próprio favor, de forma que não ultrapassa os limites do princípio da culpabilidade vigentes.

Vale dizer, para resultar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, impõe-se que a “realização da conduta delituosa seja uma ação ou omissão em nome do grupamento, tendo por objeto assegurar o seu funcionamento, sua organização ou seus objetivos, em seu benefício, político, religioso, social e econômico”. (SANCTIS, 2009, p. 89)

Neste cenário intricado da criminalidade com prática de crimes por meio de associações criminosas, de organizações criminosas e por meio de pessoas jurídicas, em delitos de competência da Justiça Federal Criminal, com atuações às escondidas e com pouca visibilidade dos criminosos, os órgãos estatais enfrentam dificuldades em desvendar a cadeia delitiva e descobrir toda a sorte de delitos, dentre eles, os financeiros, os de lavagem de dinheiro, os cometidos no âmbito de licitações com verbas federais ou contra a arrecadação tributária e os perpetrados por funcionários públicos.

Vê-se, pois, que a opacidade da atuação dos criminosos e o aparato tecnológico e financeiro a seu dispor são fatores que impõem um esforço redobrado para detecção da diversidade dos arranjos delituosos, daí advindo a necessidade de busca dos meios adequados para a apuração dos fatos.

2 Interceptação telefônica e telemática e os direitos fundamentais

O Estado deve agir, neste cenário, com rapidez e efetividade conjugando os direitos dos investigados com os princípios da integridade estatal (art. 1º, *caput*, da Constituição Federal), da promoção do bem de todos (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal) e da segurança pública (art. 6º da Constituição Federal), adotando ações de inteligência para frear estas modalidades criminosas².

A Carta Constitucional de 1988 estabeleceu os deveres e direitos dos servidores públicos (arts. 37 a 41), destacando-se, dentre aqueles, o de lealdade à Administração Pública e o de obediência às ordens superiores. O dever de lealdade institucional exige do agente público maior dedicação ao serviço e integral respeito à lei e às instituições e se opõe às atividades que possam subvertê-las. O dever de obediência impõe o acatamento às ordens legais de seus superiores e sua fiel execução, sendo essencial ao bom andamento do serviço público e à harmonia do funcionamento do aparelho administrativo.

² STJ, HC 248263/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, v.u., DJe 02.10.2012.

Para além das obrigações funcionais do servidor público, os padrões éticos de conduta influentes na tramitação da investigação policial são exigíveis de todos os atores envolvidos. Em tal diapasão, não se pode conceber o exercício da advocacia descompromissado com o preceito da busca da verdade incorporado à ideia de sociedade justa, de modo a contribuir de forma eficaz para a administração da Justiça e no interesse da moralidade administrativa.

Há, assim, uma ética a ser defendida na Justiça, não somente por advogados, mas por todos os que atuam na busca de uma sociedade justa, tratando-se, em verdade, de um compromisso para o bem comum.

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Resolução nº 02/2015, DOU de 04.11.2015) também contempla dispositivos que evidenciam o compromisso da advocacia com os preceitos éticos (art. 1º; art. 2º, *caput* e parágrafo único, I a VIII, *a, b, c, d, e, f*, IX, X, XI, XII e XIII; art. 6º, art. 8º e art. 20).

Tais dispositivos avivam que o advogado, indispensável à Administração da Justiça e defensor do Estado de Direito, deve pautar-se pela imperiosa busca da verdade enquanto atributo de alto valor social para o alcance de uma sociedade justa e democrática.

Estabelecidas as premissas da atuação dos órgãos de persecução estatal e os deveres dos advogados, deve-se ter em conta que para a elucidação de crimes há sempre necessidade de uma investigação preliminar, de caráter sumário, a fim de angariar a materialidade delitiva e os necessários indícios de autoria e/ou de participação em infrações penais.

Daí exsurge a possibilidade de aplicação dos dispositivos da Lei nº 9.296, de 24.07.1996, que regulamentou o artigo 5º, inciso XII, parte final, da Constituição Federal, fomentando a necessidade de contemporização entre a restrição aos direitos fundamentais atingidos pela medida (inviolabilidade das comunicações telefônicas e telemáticas dado que os interlocutores detêm disponibilidade exclusiva de seus diálogos como decorrência dos direitos fundamentais de intimidade e privacidade e devem estar a salvo de indevida devassa) e a relevância da concretização dos direitos que com eles colidem (direito social à segurança pública, por exemplo) e que dão lastro à adoção da medida restritiva de direitos.

Há assim uma relação pendular que visa o equilíbrio entre os direitos restringidos e os que se buscar proteger, fazendo-se o exame da proporcionalidade em sentido estrito “que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.” (SILVA, 2002, p. 40)

O procedimento previsto na Lei de Interceptações Telefônicas é salutar meio de prova em investigação criminal, no entanto, a fim de obstar indevida intromissão na esfera privada, a sua aplicação deve ser aferida a partir da invocação dos princípios da intimidade e da privacidade, da proporcionalidade, da legalidade, da presunção de inocência, do princípio da não autoincriminação, da razoável duração do processo, da inadmissibilidade de provas ilícitas e do princípio da instrumentalidade constitucional do processo penal.

Manuel da Costa Andrade (2006, p. 206) pontua as especificidades intrínsecas às interceptações telefônicas ao salientar que estas:

São o meio de prova mais invasivo dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas. Desde logo, porque quem aplicar as escutas telefônicas nunca consegue limitar os danos. Os estragos têm uma dimensão subjectiva (apanhamos sempre mais pessoas do que queríamos apanhar) e lesam sempre muitos mais bens jurídicos, muitos mais interesses do que aqueles que se queria lesar. Através de uma escuta, sabe-se a vida da pessoa escutada, sabe-se a vida das pessoas de quem ela fala, a vida das pessoas que falam para ela. Põem-se em causa todas as esferas de segredo que a lei protege: o segredo do advogado, do médico, do confessor, a confidencialidade das relações familiares, tudo isto é devassado pelas escutas. Depois, do lado dos valores: é o direito à palavra - o direito fundamental que todos temos a que a nossa palavra, não proferida em público, não seja gravada sem o nosso consentimento - é o direito à privacidade e à intimidade, a violação do estado processual activo, isto é, o direito que o arguido tem de não ter de contribuir positivamente para a sua condenação, privilégio que foi introduzido numa das emendas da constituição americana. É esta devassa que nas escutas está em causa. Por isso é que é preciso uma interpretação restritiva neste sentido.

O direito à privacidade engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, sendo "a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão" (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 440) e cujo objeto é a integridade moral do titular.

A Lei de Interceptações Telefônicas, embora represente uma restrição a direitos fundamentais, seguramente também tutela o sigilo das comunicações ao incriminar, em seu artigo 10 (com redação dada pela Lei nº 13.869/2019), com pena de reclusão, de dois a quatro anos, e multa, a conduta de "realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei". Em seu parágrafo único prevê a mesma pena para a "autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no *caput* deste artigo com objetivo não autorizado em lei".

Pode-se sustentar que o ponto de maior proeminência quando se restringe direitos fundamentais é o detido exame da lei que restringirá direitos para se perquirir se a norma respeita as exigências de excepcionalidade e proporcionalidade da medida, o que "significa que um direito fundamental só pode ser sacrificado, e desde que atendido evidentemente o princípio da legalidade, se colide com outro direito fundamental de igual ou maior importância". (GOMES; MACIEL, 2013, p. 89)

As interceptações telefônicas são consideradas uma das Técnicas Especiais de Investigação (T.E.I.)³ e guardam simetria com as obrigações assumidas pelo Brasil, "por meio da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988, artigo 1º, 'I', e artigo 11, que prevê a entrega vigiada ou controlada), da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo

³ O artigo 3º da Lei nº 12.850, de 02.08.2013 (Lei sobre Organizações Criminosas) elenca algumas T.E.I.'s: captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada; infiltração, por policiais, em atividade de investigação e interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da Lei nº 9.296/1996.

de 2000, cujo artigo 20 versa acerca da entrega vigiada e outras técnicas de investigação como vigilância eletrônica e operações encobertas), da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida de 2003, notadamente artigo 50, que disciplina sobre a entrega vigiada, vigilância eletrônica e outras de mesma índole e as operações secretas, assim como para permitir a admissibilidade das provas derivadas dessas técnicas em seus tribunais), da Recomendação do Grupo de Ação Financeira Internacional sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF, Recomendação 31)⁴ e do Regulamento Modelo da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD/O.E.A., artigo 5º) ou mesmo com a legislação nacional (Lei nº 9.613, de 03.03.1998, Lei de Lavagem de Dinheiro)". (SANCTIS, 2014, p. 257)

O parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/1996 estabelece que "o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática", de modo que a Lei pode ser empregada para a interceptação de e-mails, em conversas estabelecidas pela internet e por intermédio de programas de computador. Estão inseridas as comunicações por fac símile, messenger, e-mail, whatsapp, telegram etc., já que estas são modalidades de comunicações telefônicas e de dados realizadas por sofisticados sistemas fornecidos por operadoras de telefonia (por cabos óticos, torres de transmissão, dentre outros).

A evolução tecnológica impôs tratamento jurídico conjunto dessas duas modalidades, porquanto a comunicação de dados vale-se da estrutura conferida à comunicação telefônica, sendo certo que o legislador constituinte também não distinguiu a interceptação das comunicações telefônicas das telemáticas, de modo que a Lei nº 9.296/1996 aplica-se a ambas as comunicações. Nas comunicações telefônicas "incluem-se as transmissões de informações e dados constantes de computadores e telemáticos, desde que feitas por meio de cabos telefônicos (e-mail, por exemplo). Telemática é a ciência que estuda a comunicação associada à informática". (CAPEZ, 2006, p. 79)

A propósito, pertinente a lição de Luiz Flávio Gomes, em parceria com Silvio Maciel (2013, p. 47), definidora do conceito ora em comento ao destacarem que as comunicações telefônicas referem-se a qualquer espécie de comunicação telefônica permitida na atualidade em razão do desenvolvimento tecnológico,

⁴ "31. Poderes das autoridades de investigação e de aplicação da lei

Durante o curso de investigações de lavagem de dinheiro, de crimes antecedentes e de financiamento do terrorismo, as autoridades competentes deveriam ter acesso a todos os documentos e informações necessários para as investigações, bem como para as ações penais e outras ações a elas relacionadas. Esses poderes deveriam incluir o poder de adotar medidas compulsórias para a requisição de registros mantidos por instituições financeiras, APNFDs e outras pessoas físicas ou jurídicas, bem como para a busca de pessoas e propriedades, para a tomada de declarações de testemunhas, e para a busca e obtenção de provas.

Os países deveriam assegurar que as autoridades competentes ao conduzirem investigação tenham acesso a uma grande variedade de técnicas investigativas adequadas às investigações de lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo. Tais técnicas incluem: operações encobertas, interceptação de comunicações, acesso a sistemas computacionais e entrega controlada.

Além disso, os países deveriam possuir mecanismos efetivos para identificar rapidamente se pessoas físicas ou jurídicas são titulares ou controlam contas. Deveriam também possuir mecanismos para garantir que as autoridades competentes tenham algum procedimento para identificar ativos sem notificação prévia do proprietário. Durante as investigações de lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, as autoridades competentes deveriam poder solicitar quaisquer informações relevantes à UIF". (FATF-GAFI, 2012, p. 38)

pouco importando “se isso se concretiza por meio de fio, radioeletricidade (como é o caso do celular), meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, com uso ou não da informática”.

O ordenamento jurídico não tem condições de prever todas as situações que circundam as atividades cibernéticas. Bancos de dados são detentores de uma infinidade de informações sobre a vida das pessoas, armazenadas em um ambiente virtual que deve estar a salvo da indevida ingerência de terceiros, sendo necessário pensar esta nova realidade no sentido de se garantir o direito à privacidade⁵.

Portanto, a Lei nº 9.296/1996 aplica-se não apenas às comunicações telefônicas, mas também às comunicações havidas por meio telemático, restando superado, principalmente após a inserção do artigo 10, com a redação conferida pela Lei nº 13.869, de 05.09.2019, o entendimento de que a legislação não compreenderia as comunicações telemáticas.

3 Requisitos previstos na Lei de Interceptação Telefônica

Deve-se sempre ter presente que os elementos probatórios a serem colhidos por meio de um monitoramento telefônico/telemático não poderão se constituir em uma única prova a ser obtida durante o tramitar de uma ação penal. Tais elementos constituem parte de todo o corpo probatório que se produzirá no curso da investigação.

Assim, ausente qualquer desvalia jurídico-probatória no procedimento adotado quando a ação persecutória do Estado for devidamente instaurada e revestida de legitimidade eis que deve estar amparada em elementos probatórios lícitamente obtidos.

A questão afeta ao levantamento do sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, como já se destacou linhas acima, decorre da proteção constitucional dispensada à privacidade, erigida à categoria de direito fundamental do cidadão a teor do disposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal, previsão esta que objetiva proteger o cidadão da atuação indevida estatal, e até mesmo do

⁵ “No caso *Online-Durchsuchungen*, contudo, foi ressaltado que os computadores estão presentes em todas as áreas da vida moderna e são cada vez mais essenciais ao desenvolvimento da personalidade. Todavia, ao mesmo tempo em que criam novas oportunidades, também colocam em risco os seus usuários. Dessa forma, tendo em conta a possibilidade de busca e apreensão remota de dados já armazenados, sem a necessidade, portanto, da apreensão do computador, a proteção com base na distinção entre transmissão e armazenamento passou a mostrar-se insuficiente. Diante dessa nova realidade, adotou o Tribunal o conceito de *sistema de tecnologia da informação* como um sistema com capacidade de conter dados técnicos a um ponto que fosse possível ter conhecimento de uma substancial parcela da vida de um indivíduo e noção significativa de sua personalidade. Com base nesse conceito, assentou a Corte Constitucional que a confidencialidade e a integralidade dos sistemas de tecnologia da informação configuram direito fundamental comparável à inviolabilidade do domicílio. [...] A decisão da Corte Constitucional alemã no caso *Online-Durchsuchungen*, ao conferir novos contornos à garantia de proteção ao direito de personalidade por meio de interpretação no sentido de que a confidencialidade e a integralidade dos sistemas de tecnologia da informação configuram direito fundamental comparável à inviolabilidade do domicílio, compreendeu, de forma inovadora, o alcance dessa garantia”. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 565 e 569)

particular, sob o pálio da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, no âmbito de sua esfera pessoal.

O direito ora em estudo não pode, contudo, ser interpretado como absoluto, de modo a figurar como uma salvaguarda a práticas delitivas, podendo, por certo, ceder diante do caso concreto quando aplicáveis aspectos atinentes à ponderação de interesses constitucionais em jogo.

Desta forma, ainda que se proteja a privacidade inerente ao cidadão, justamente porque não há que se falar em direitos fundamentais absolutos, mostra-se plenamente possível o afastamento da proteção que recai sobre esse interesse individual a fim de que prevaleça no caso concreto outro interesse, também constitucionalmente valorizado, que, no mais das vezes, mostra-se titularizado por uma coletividade ou por toda a sociedade.

Dentro de tal contexto, lançando mão da mencionada ponderação de interesses entre direitos com assento constitucional, mostra-se possível o afastamento do sigilo (protegido pelo direito fundamental à privacidade) nas hipóteses em que se vislumbra a ocorrência de prática atentatória que se constitua na perpetração de infrações penais.

Aliás, nota-se, por meio da leitura do comando inserto no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, que tal ponderação acabou sendo levada a efeito pelo próprio Poder Constituinte Originário de 1988, que assentou a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial e nos termos estabelecidos em legislação a ser editada com o desiderato de regulamentar o preceito constitucional, exclusivamente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A propósito, a expressão “último caso”, prevista no preceito constitucional ora em comento, refere-se tanto às comunicações telefônicas quanto às de dados, porquanto o legislador constitucional empregou a conjunção “e”, tendo optado por distinguir entre o sigilo da correspondência e o sigilo das outras modalidades de comunicação.

A interceptação telefônica e/ou telemática possui natureza cautelar, sendo admitida para a coleta de indícios suficientes à propositura de ação penal (medida cautelar preparatória) ou no curso da instrução penal (medida cautelar incidental), nos casos em que haja apuração de infração penal punida com pena de reclusão.

Coube ao artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 elencar os requisitos necessários para que a ordem judicial de interceptação seja válida, quais sejam, (i) haver indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal, (ii) impossibilidade de obtenção da prova por outros meios disponíveis previstos no ordenamento e (iii) necessidade de que o fato investigado seja punido com pena de reclusão, em evidente indicação de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Como não poderia deixar de ser até mesmo porque o artigo 93, IX, da Constituição Federal, assim o determina, o artigo 5º da Lei nº 9.296/1996 aduz que a decisão que determinar a interceptação deverá ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade, indicando a forma de execução da diligência, que não poderá exceder a quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a imprescindibilidade da prova, aspecto que acabou sendo mitigado pela jurisprudência que se formou sobre o tema.

Importante salientar que não se exige que a decisão deferitória da medida seja pormenorizada, com motivação exaustiva e minudente, porquanto se cuida de procedimento cautelar em que o magistrado realiza um juízo sumário dos fatos a ele apresentados na representação policial. O provimento judicial que defere a medida deve conter elementos suficientes a demonstrar a pertinência do pedido, as razões empregadas na motivação judicial e o suporte legal do expediente.

O uso da técnica de fundamentação conhecida como *per relationem* empregada quando do declínio de fundamentação a respaldar o afastamento do sigilo das comunicações telefônicas e/ou telemáticas é validamente admitido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, valendo salientar que o artigo 93, IX, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, impõe aos magistrados o dever de fundamentar todas as decisões proferidas sob pena de serem acoimadas de nulidade.

Todavia, importante ser dito que o Código de Processo Penal não faz exigências quanto ao estilo de expressão nem impõe que o julgador se prolongue na discussão de cada uma das linhas de argumentação tecidas pelas partes, mas apenas que sejam fundamentadamente apreciadas todas as questões controversas passíveis de conhecimento pelo julgador naquela sede processual.

Em outras palavras, a concisão e a precisão são qualidades, e não defeitos, do provimento jurisdicional a ser exarado. Aliás, o C. Supremo Tribunal Federal já sustentou que a obrigação prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal, não impõe que a decisão seja exaustivamente fundamentada, senão que o julgador indique, de forma clara, as razões de seu convencimento.

4 Possibilidades e limites

O procedimento de interceptação telefônica/telemática deve ocorrer em sigilo – sob pena de as investigações serem fadadas ao insucesso – a ser decretado pelo magistrado, com contraditório diferido, a fim de se respeitar o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O acesso à defesa deve ser autorizado ao final das interceptações e após devidamente documentadas no inquérito policial, conforme prescrição contida na Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal. Todavia, o sigilo deve ser mantido em face de terceiros, em observância à presunção de inocência do investigado e também ao direito à privacidade e à segurança da vítima, das testemunhas e das pessoas que tenham mantido diálogos com a pessoa investigada.

A fim de se resguardar a lisura do procedimento de interceptação telefônica/telemática, o magistrado determina a expedição de ofícios às concessionárias de telefonia para que apontem o nome dos funcionários que tiverem notícia da medida, bem como para que seja informado o nome do responsável pela sua operacionalização. Deste modo, em eventual violação do sigilo determinado nos artigos 8º e 10, última figura, ambos da Lei nº 9.296/1996, haverá responsabilização criminal.

O sigilo previsto neste artigo deve ser analisado em cotejo com o quanto restou estabelecido após a Emenda nº 45/2004, que alterou a redação do artigo

93, inciso IX, da CF, assegurando a possibilidade de não ser obstada a divulgação pela imprensa de dados processuais, em função do interesse público à informação.

Este dispositivo constitucional, que consagrou o princípio geral da publicidade do processo, está assim redigido:

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

Desse modo é preciso contemporizar o artigo 8º da lei ordinária com este preceito constitucional. O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 527) pondera que:

O magistrado, ao autorizar a interceptação telefônica, deve sempre se manifestar, claramente, quanto ao segredo de justiça, do inquérito ou do processo, apontando haver interesse público ou garantia à intimidade alheia, de modo fundamentado, com o fito de evitar o contraste com o direito à informação, constitucionalmente assegurado, sopesando os direitos em conflito. Em outras palavras, o sigilo previsto de maneira genérica para todos os casos de interceptação telefônica no art. 8º da Lei 9.296/96 não é mais suficiente para contrapor, ao menos diante dos órgãos de imprensa, o segredo acerca da prova colhida (gravação ou transcrição), pois há expressa norma constitucional excetuando o sigilo quando envolver o direito à informação. Porém, fazendo-se uma interpretação sistemática, é viável deduzir que o juiz é o responsável pela ponderação e harmonização dos princípios constitucionais, confrontando o direito à informação ao interesse público e, também, ao direito à intimidade.

Conquanto a norma estampada no artigo 8º deva ser confrontada com o interesse público à informação, em sendo caso de frontal violação à dignidade da pessoa humana, à intimidade ou à privacidade de alguém deve ser assegurado o sigilo.

Aliás, há que se tutelar a liberdade processual da pessoa, o respeito à dignidade, que:

[...] é um valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual para muitos se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 47)

Caberá ao juiz efetivar a ponderação entre os valores em conflito. Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 527) destaca que:

O disposto no art. 8º da Lei 9.296/96 não pode ter validade automática, merecendo validação pelo juiz, de maneira fundamentada, como forma a evitar o acesso da imprensa à prova colhida por interceptação telefônica, em decorrência do interesse público à informação. Este deve ceder quando a intimidade de alguém, acaso violada pela divulgação da notícia pelos meios de comunicação, tornar-se seriamente atingida. Valerá, em nosso entendimento,

neste caso, o princípio da proporcionalidade. Nem toda conversa captada, em qualquer investigação ou processo, deixará de ser divulgada simplesmente porque a Lei 9.296/96 assegurou a sua manutenção em sigilo. Nem toda divulgação de conversa provoca, necessariamente, sério dano à reputação alheia, motivo pelo qual, nesse cenário, a intimidade deve ceder ao interesse público à informação.

As possibilidades e os limites da utilização das interceptações telefônicas e telemáticas, como destacado, encontram previsão na lei de regência e são balizadas pelos princípios constitucionais.

A razão de ser do emprego de tais métodos de investigação foi a identificação de que a criminalidade passou a se valer de furtivos e intrincados comportamentos com o escopo de ludibriar a Administração da Justiça. Houve necessidade de os órgãos de persecução penal aparelharem-se e terem à sua disposição mecanismos hábeis para contrapor tal modo de agir a fim de assegurar a manutenção do bem-estar social pela busca da verdade real para o desvendamento de condutas criminosas.

5 Conclusões

O processo penal, por certo, é uma limitação ao exercício do poder estatal e as restrições ao poder de punir são seguramente instituídas em favor do réu, no entanto, na eficaz busca da verdade, aos órgãos de persecução penal devem ser assegurados mecanismos para fazer frente à criminalidade, notadamente a gestada em ambientes de associações ou organizações criminosas, bem como aquela existente no âmbito das corporações.

O interesse de agir, no âmbito do processo penal, traduz-se, primordialmente, na utilidade do provimento judicial, que deverá ser apto a concretizar as diversas finalidades da jurisdição, sendo evidente as dificuldades dos órgãos de persecução penal em elucidar crimes dada a dificuldade de se obter provas em virtude da lei do silêncio que vigora entre os criminosos. Neste sentido são os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira (2017, p. 112):

No âmbito específico do processo penal, entretanto (e o mesmo ocorre no processo civil, como um verdadeiro *plus* ao conceito de interesse), desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer: sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em interesse-utilidade.

Então, a partir destes elementos estruturantes, tem-se que a prova, direta e indireta, obtida a partir de um procedimento de interceptação telefônica ou telemática, deve se apresentar suficiente para o limiar da Ação penal, desde que devidamente respaldada em outros elementos trazidos aos autos para colmatar a presença da materialidade dos tipos imputados e indícios de autoria dos agentes criminosos.

A atuação do Poder Judiciário deve ser legítima e criteriosa, estabelecendo o adequado cotejo dos dados trazidos nas representações das autoridades policiais para início e prorrogação de procedimentos de interceptação telefônica e telemática, após o parecer fornecido pelo Ministério Público Federal, para aferir a pertinência ou não das solicitações dos órgãos de persecução penal e se chegar ao fato criminoso.

Assim, as decisões judiciais lastreadas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais devem cuidar para que pretensões individuais coincidam com os interesses da coletividade, de modo que havendo incompatibilidade, devem ser acolhidas tais medidas cautelares a fim de se assegurar o interesse social difuso consubstanciado na segurança de todos e em última instância assegurar a própria sobrevivência estatal, sem se descuidar da ponderação com os demais direitos fundamentais.

Portanto, nestes casos, monitorar tem função de proteção social para tutela de bens jurídicos essenciais, resguardando a preservação da intimidade até onde não colida com o interesse público cuja proteção se impõe, de molde que os magistrados criminais devem balancear os preceitos da Constituição e das leis que regem a questão, não podendo se omitirem com justificativas que contemplem e reforçam direitos e deveres de uma parte em detrimento de toda a coletividade.

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. Das escutas telefônicas. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais - visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BRASIL. STJ. HC 248263/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, v.u., DJe 02.10.2012.

CAPEZ, Fernando. *Legislação penal especial*. 5. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.

ESTELLITA, Heloísa. Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas. *FGV Direito SP Série de Trabalhos de Pesquisa n. CL001*, 25 fev. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3340950>. Acesso em: 15 maio 2023.

FATF-GAFI. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI*. 2012. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf.coredownload.inline.pdf>. Acesso em: 18 maio 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 88, p. 439-459, jan./dez. 1993. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67231/69841. Acesso em: 10 maio 2023.

FREUD, Sigmund. Psicologia de grupo e a análise do ego. In: *Edição standart brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

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

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

SANCTIS, Fausto Martin De. Interceptações telefônicas e direitos fundamentais. *In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Orgs.). Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.*

SANCTIS, Fausto Martin De. *Responsabilidade penal das corporações e criminalidade moderna. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.*

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 798.*