Alessandro Casoretti Lavorante

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO EXTRAORDINÁRIO DE INVESTIGAÇÃO DE PROVAS

Trabalho de Iniciação Científica apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

Coordenadora: Prof.ª Dr.ª Mariângela Tomé Lopes

SÃO PAULO

2015

Resumo

Com o presente trabalho, pretendemos analisar, brevemente, os principais aspectos da interceptação das comunicações telefônicas, de acordo com a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Para isso, destacamos, inicialmente, a distinção terminológica das provas, meios de provas e meios de investigação das provas (alocando a interceptação telefônica entre esses últimos). De maneira subsequente, analisamos os princípios que regem a investigação penal, dando destaque ao Princípio da Proporcionalidade – com os seus pressupostos e requisitos -, de modo a adentrar na discussão sobre os poderes e limites do juiz para autorizar o uso da interceptação telefônica na persecução penal. Trazemos, também, alguns aspectos da recente Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 - sobre as organizações criminosas -, que previu expressamente a interceptação telefônica como ferramenta de combate à criminalidade organizada. Pareceu-nos conveniente, à proposta do presente estudo, ligar os dois diplomas legais (lei de interceptações telefônicas e lei da organização criminosa), para averiguar se é possível, dada a gravidade do problema envolvendo a criminalidade organizada no Brasil, ampliar a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. Por último, nos referimos aos votos dos magistrados que compuseram a operação Monte Carlo – onde se discutiu, principalmente, a legalidade das autorizações para as interceptações telefônicas -, bem como vemos a casuística norteamericana sobre o tema.

**Palavras-Chave:** Interceptação Telefônica. Meios de Investigação das Provas. Proporcionalidade. Crime Organizado. Provas. Terminologia Penal.

Abstract

With the present work, we intend to analyse, briefly, the main aspects of telephone communications tapping, according to Law 9.296, of July 24th, 1996. In order to do that, we underline, initially, the terminological distinction of proof, evidence, means of proof and means of investigation of evidence (allocating telephone interceptions in the latter). In the subsequent way, we analyse the principles (foundations) that govern the criminal investigation, highlighting the Principle of Proportionality - with its assumptions and requirements -, in order to step into the discussion about the powers and limits of the judge to authorize the use of telephone tapping in criminal prosecution. We bring also some aspects of the recent Law 12.850, of August 2nd, 2013 - about criminal organizations -, which expressly provided the telephone tapping as a tool against organized crime. It seemed rather convenient, in light of our object, to superpose both the legal texts (Telephonic Communications Tapping’ and Criminal Organization’), so we would be able to verify whether the Proportionality in *strictu sensu* can be amplified to – due the gravity of the latter - combat the organized crime problem in Brazil. Lastly, we refer to the court decisions that composed the so-called Monte Carlo Operation - which’ main point referred to the legality of the authorizations for the telephonic wiretappings –, and also to the usage of the tool in the North American system.

**Keywords:** Telephonic Tapping. Evidence Gathering. Proportionality. Organized Crime. Proofs. Criminal Terminology.

Sumário

**Introdução** 1

**1. Terminologia – Meios de Prova e Meios de Investigação da Prova** 3

**2. O Princípio da Proporcionalidade na Investigação Criminal** 9

**3. A Interceptação Telefônica** 22

3.1. Aspectos da Lei 9.296, de 24 de Julho de 1996 24

3.1.2. Conceito de Interceptação Telefônica 25

3.1.3. Distinção entre Interceptação Telefônica e outros
Meios de Investigação 26

3.1.4. Requisitos da Interceptação Telefônica 29

3.1.5. Alcance e Limites da Interceptação Telefônica 32

3.2. Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013 37

3.3. Interceptação Telefônica e Crime Organizado – Análise sob o Critério da Proporcionalidade 43

3.4. Casuística

3.4.1. A Operação Monte Carlo 45

3.4.2. Olmstead contra os Estados Unidos e Katz contra os Estados Unidos 49

**Conclusão** 52

**Bibliografia** 55

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a interceptação telefônica como meio extraordinário de investigação da prova, à luz do princípio da proporcionalidade. Para isso tratamos, no Capítulo 1, das distinções relativas às terminologias probatórias na investigação e processo penal brasileiros. Situando, logo, a interceptação telefônica como meio de investigação (ou pesquisa), passamos, no capítulo 2 deste estudo, à análise do princípio da proporcionalidade na persecução penal, adentrando em seus pressupostos de admissibilidade e requisitos, além de abordar alguns outros princípios que se relacionam com aquele. Considerando que a interceptação telefônica é um dos meios de investigação que mais relativizam a proteção constitucional à intimidade, a compreensão da teoria da proporcionalidade, como veremos, é essencial para analisar a aplicação prática desta ferramenta, posto que – muitas vezes - a legalidade e motivação da decisão judicial que a autoriza (ao invés do procedimento da interceptação em si) é que servem de argumento à defesa para postular pela inadmissibilidade das provas, através dela colhidas, no processo.

Com essa base adentramos, no Capítulo 3, nos aspectos da Lei 9.296/1996, que cuida dos procedimentos e da legalidade das interceptações telefônicas, e aproveitamos - visto que de pano de fundo a este meio de investigação lateja a questão do interesse social *versus* as garantias fundamentais do indivíduo - para traçar um paralelo com a Lei 12.850/2013, que trouxe nova definição e tipificação à organização criminosa, bem como os procedimentos que devem ser adotados na investigação criminal, incluindo os meios de investigação de provas – adotando expressamente a interceptação telefônica. Com supedâneo na doutrina especializada e jurisprudência dos tribunais – esta última ainda parca no que diz respeito ao uso da interceptação telefônica no bojo da Lei 12.850/2013, dado o pouco tempo de vigor da mesma -, pretende-se delinear os limites principiológicos, constitucionais e legais que se tem conferido a este meio de investigação, bem como se procurará demonstrar até que ponto, em função da paz social e supremacia do interesse público, referidos princípios e diplomas legais podem ser flexionados na tipificação dos crimes cometidos por organizações criminosas – incluindo o tipo penal previsto no art. 2º da Lei 12.850/2013 - e na identificação dos que desta tomarem parte. Por último, passamos à análise casuística da interceptação telefônica, bem como abordamos, brevemente, sua origem próxima no direito estadunidense.

1. Terminologia – Meios de Prova e Meios de Investigação da Prova

O Direito Penal é um instrumento de controle social formal, pelo qual o Estado, mediante um sistema normativo, sanciona, com estipulação de penas e medidas de segurança, as condutas nocivas à sociedade, sendo um instrumento prático na busca pela paz social[[1]](#footnote-1).

No Brasil, o Direito Penal acolheu o princípio da ofensividade, que significa que não há crime sem ofensa a um bem juridicamente protegido. Logo, o crime se configura, formalmente, quando há uma conduta que cause ofensa ou ameaça a determinado bem[[2]](#footnote-2). O Direito Penal, portanto deve proteger bens jurídicos, o que não significa que todo bem jurídico deva ser protegido pelo Direito Penal, mas somente aqueles que a sociedade reputa como mais importantes, merecedores da tutela penal[[3]](#footnote-3).

Como supedâneo prático à tutela dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, de igual importância goza o Direito Processual Penal. No magistério de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance e Antônio Magalhães Gomes Filho, “*o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo*”. É sob esta ótica que vemos a importância de se estudar as provas e os meios de investigação no direito penal e processual penal, visto que, conforme apontam Ada Pellegrini, Antônio Scarance e Antônio Magalhães Gomes Filho, as formalidades processuais e legais para obtenção de provas são elas mesmas a realização de um objetivo constitucional e social, do qual o operador do direito não pode abrir mão[[4]](#footnote-4).

De acordo com o magistério de Marco Antônio de Barros, a prova, incluindo suas formas de obtenção, é, dentro do direito, um dos temas que maior interesse tem despertado na doutrina e jurisprudência, visto que “para se obter o resultado pretendido no processo, notadamente se a pretensão for de natureza condenatória, é indispensável provar a veracidade dos fatos alegados”[[5]](#footnote-5). Sobre o tema, nos valemos do magistério de Guilherme Madeira Dezem, *verbis*:

O tema *prova* é essencial para a ciência processual. Isto porque, entre outros motivos, as consequências da atividade probatória projetam-se de maneira inexorável na vida das pessoas, o que a torna fundamental para a busca da decisão mais justa possível dentro do processo, seja condenatória, seja absolutória, ligando-se, assim, à própria punição do crime. (DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal*. 2008, p. 79)

Conforme aponta Antônio Magalhães Gomes Filho, a matéria das provas traz, junto consigo, imensa complexidade, posto que, de um lado, liga-se à busca filosófica e científica do homem pelo conhecimento verdadeiro, ao passo que, quando falamos de prova judiciária, vemos que se trata de um fenômeno vinculado às concepções e características de uma determinada sociedade. Logo, quando se fala de prova, observa-se que seu estudo remete não apenas aos aspectos jurídicos, mas “*envolve fundamentalmente questões lógicas e epistemológicas, exigindo ainda incursões nos domínios da psicologia e das ciências sociais*”[[6]](#footnote-6). Por isso, aponta o autor, os juristas e os legisladores enfrentam considerável dificuldade terminológica quando tratam da matéria, empregando muitas vezes expressões de linguagem comum, filosófica ou científica pra tratar de diversos instrumentos probatórios e investigativos – e, por isso, aumentando as “*incertezas, equívocos e* *contradições*” em relação ao tema[[7]](#footnote-7). Gomes Filho aduz, *verbis*:

Desde logo, e como exemplo, basta lembrar que o nosso Código de Processo Penal, nas disposições gerais sobre o tema (arts. 155 *usque* 157), emprega a expressão *prova* em três sentidos diferentes: o art. 155 a utiliza como *meio de prova[[8]](#footnote-8)*, o art. 156, como *resultado de prova[[9]](#footnote-9)* e, finalmente, o art. 157, como conjunto dos *elementos de prova[[10]](#footnote-10)*. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2005, p. 304)

Com base no exposto acima, é imprescindível compreender as distinções terminológicas e práticas quando se adentra o tema das atividades probatórias. Inicialmente, a primeira diferenciação apontada pela doutrina é entre o *elemento* de prova e o *resultado* da prova. Considera-se elemento de prova “*cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”[[11]](#footnote-11)*, que, no andamento processual, serão considerados *admissíveis,* *inadmissíveis* ou *indiferentes* – como exemplo, temos a declaração testemunhal, a opinião pericial, o conteúdo de um documento, entre outros[[12]](#footnote-12). Conforme explica Antônio Magalhães Gomes Filho*, verbis*:

“Assim, na leitura do art. 5º, LVI da Constituição Federal brasileira[[13]](#footnote-13), devem entender-se inadmissíveis os *elementos de prova* resultantes de atos de *obtenção* praticados com violação de direitos. Daí o equívoco em considerar-se afetada pela disposição constitucional a regra do art. 158 do Código de Processo Penal[[14]](#footnote-14), que exige o exame de corpo de delito para comprovar a materialidade da infração penal que deixou vestígios. Trata-se, nessa situação, de *meio de prova* (pericial, no caso) exigido pelo legislador para que se possa considerar demonstrado o fato criminoso”. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2005, p. 307)

Por sua vez, o *resultado* da prova (no inglês, *proof*) é a conclusão que se extrai, em relação a determinado fato, a partir da análise dos elementos de prova (*evidence* em inglês) devidamente apresentados a respeito, a que se soma o “*procedimento intelectual feito pelo juiz, que permite estabelecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeira ou não*”[[15]](#footnote-15). Para ilustrar a distinção, lançamos mão, outra vez, do magistério de Antônio Magalhães Gomes Filho, *verbis*:

Essa distinção entre *elemento* de prova e *resultado* de prova, nem sempre feita de forma clara pelo legislador, é de grande importância prática no processo penal brasileiro; pense-se nas situações em que a lei admite a apelação contra decisões do júri quando “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à *prova* dos autos” (art. 593, III, *d*) ou quando autoriza a revisão criminal diante da contrariedade “à evidência dos autos”. Nesses dois casos, o sentido dessas expressões só pode ser o de *resultado* da prova, não sendo viável entender-se, como muitas vezes ocorre, que a existência de um só *elemento* poderia afastar o conhecimento da impugnação. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2005, p. 308).

De maneira subsequente, encontramos, na terminologia processual penal, a distinção entre *fonte de prova, meios de prova* e *meios de investigação de prova*. A primeira classificação, mais básica, diz respeito às pessoas ou coisas das quais a prova pode derivar (como vimos, os elementos de prova), dividindo-se em fontes *pessoais* (tais quais as testemunhas, vitimas, acusados e peritos) ou *reais* (quaisquer tipos de documentos)[[16]](#footnote-16). As fontes de prova são ilustradas da seguinte maneira por Gustavo Badaró, *verbis*:

As fontes de prova decorrem do fato em si, independentemente da existência do processo. Ocorrido o fato, tudo aquilo que puder servir para esclarecer alguém sobre a existência desse fato pode ser considerado como fonte de prova daquele fato. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da Prova no Processo Real*. *Apud* DEZEM, Guilherme Madeira. 2008, p. 85).

Maior atenção é conferida pela doutrina em relação aos chamados *meios de prova*. Em uma primeira análise, pode-se dizer que um meio de prova é um instrumento ou uma atividade por meio dos quais os elementos de prova são introduzidos no processo (ação a que se dá o nome de produção de prova). Deste modo, segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, “*quando se fala em prova por testemunho ou prova documental, indica-se que a representação do fato foi conseguida por meio do testemunho ou do documento*”[[17]](#footnote-17). Por isso, os meios de prova são executados com a participação do juiz e das partes – bem como seus procedimentos detalhados no Código de Processo Penal -, de modo a assegurar a legalidade e idoneidade das informações através deles obtidas[[18]](#footnote-18). A respeito, Gomes Filho pontifica, *verbis*:

Num processo penal garantidor, no qual seja assegurado ao réu o direito de não colaborar para a obtenção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se accusare*), a distinção entre *fonte* e *meio* de prova é relevante: o acusado será, eventualmente, *fonte* de prova, na medida em que trouxer voluntariamente elementos probatórios úteis à decisão; mas o seu interrogatório não poderá ser considerado *meio* de prova porque não constitui atividade destinada a tal finalidade, mas antes instrumento de defesa. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2005, p. 309)

A partir dos meios de prova, surge a distinção entre estes e os chamados meios de *investigação* da prova(também chamados, por alguns, de meios de *pesquisa*) – procedimentos, regulados por lei, que objetivam conseguir provas materiais. Diferentemente dos meios de prova – que pressupõem participação ou ciência das partes e são geralmente produzidos em juízo -, os meios de investigação também são realizados por policiais ou membros do ministério público[[19]](#footnote-19). Não são considerados provas em si, mas, tais quais os meios de prova, tratam-se de ferramentas para obter coisas e declarações com conteúdo probatório, com a diferença de que, enquanto os meios de prova são utilizados para introduzir *elementos* probatórios no processo judicial, os meios de investigação são geralmente extrajudiciais, e visam não a produção dos elementos, mas encontrar as *fontes* materiais de prova[[20]](#footnote-20). Como exemplos meios de investigação de provas, temos a busca e apreensão, a infiltração de agentes, a captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, entre outros - além, claro, da interceptação telefônica, escopo do presente trabalho. Para complementar, lançamos mão do magistério de Antônio Magalhães Gomes Filho, *verbis*:

Outra importante distinção, ressaltada por Paolo Tonini, reside na *surpresa* que quase sempre acompanha a realização dos procedimentos de investigação, sem a qual seria inviável a obtenção das fontes de prova, ao passo que nos meios de prova é rigorosa a obediência ao contraditório, o que supõe tanto o conhecimento como a efetiva participação das partes na sua realização. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2005, p. 309)

Importante ressaltar, outrossim, os efeitos que a distinção terminológica apresentada acima causa quando se verifica alguma irregularidade em um meio de prova ou em um meio de investigação: no primeiro caso, a irregularidade acarretará na nulidade da prova (ou melhor, do elemento de prova), ao passo que, na segunda hipótese, a prova ou fonte de prova obtida irregularmente será considerada inadmissível no processo[[21]](#footnote-21).

2. O Princípio da Proporcionalidade na Investigação Criminal

Consideradas as premissas expostas anteriormente, vemos que, no direito pátrio, o juiz não é somente intérprete da lei, mas e ele cabe aplicá-la dentro do sistema vigente na sociedade, de maneira coerente com os princípios constitucionais, atentando sempre à “*tripartição das principais atividades processuais – acusar, defender e julgar*”. Há, efetivamente, um processo de seletividade em relação à interpretação constitucional por parte do juiz, de sorte que, contribuindo com a valoração das concepções jurídicas que se lhe apresentam, se afasta da ideia de ser “*um mero instrumento de aplicação mecânica de um texto legal, suscetível de ser substituído por um computador*”[[22]](#footnote-22). Segundo Geraldo Prado*:*

Nessa perspectiva é que concluímos que não pode ser debilitada a certeza do vínculo entre Processo e Constituição, estipulada em uma medida exclusivamente formal, mas como consciente tomada de posição, pelos chamados operadores do direito, sobre a importância de aplicar e impor as regras processuais tendo em vista o fio condutor dos direitos fundamentais. (PRADO, Geraldo. 2014, p. 64)

Para corroborar sua análise, o jurista cita Luigi Ferrajoli, *verbis*:

A validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais (...). (PRADO, Geraldo. 2001, pp. 64-65).

Nessa dualidade entre norma e fato que surge o princípio da Verdade Material (ou verdade real) no direito penal. Entende-se, no bojo desta teoria, que a finalidade da prova é a formação da convicção do juiz quanto a existência dos fatos e atos jurídicos, afirmados pela acusação e contestados pela defesa[[23]](#footnote-23). Conforme sustenta Júlio Fabbrini Mirabete, o princípio da verdade real busca mitigar as limitações trazidas pela verdade formal (caso do processo civil, por exemplo), conferindo ao juiz poderes para dar seguimento ao processo em caso de inércia das partes, bem como determinar, de ofício, a produção de provas para instrução daquele[[24]](#footnote-24). No entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance e Antônio Magalhães Gomes Filho, *verbis*:

É suficiente um instante de reflexão para perceber que o modo de agir não pode valer mais do que o resultado. (...) Por isso é que o termo “verdade material” há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, p. 125)

Segundo Marco Antônio de Barros, é concedido ao juiz o poder de formar a sua livre convicção, baseando-se, porém, na livre apreciação da prova – com fundamento no princípio do Livre Convencimento. Depreende-se que o juiz somente poderá formar o seu convencimento a respeito da veracidade ou inconsistência das alegações apresentadas pela acusação, se houver efetiva atenção ao contexto probatório produzido nos autos – e contanto que respeitadas as formalidades impostas pelo legislador. Segundo Barros: *“é por meio das provas que se reproduz (ou se tenta reproduzir), no processo, a realidade que envolve o fato ilícito*”[[25]](#footnote-25). Pautando-se nas lições de Francesco Carnelutti, o jurista é sucinto quanto à liberdade de ação do operador do direito frente às provas:

Destaque merecido atribui-a a esse tema, também na análise de Carnelutti, que afirma ser a prova uma operação, pela qual em grande parte depende o custo e o rendimento do processo. E por isso se compreende que não se não seja abandonada à livre atividade dos homens, mas, ao contrário, que seja regulada pelo direito a fim de garantir, do melhor modo possível, os resultados. (BARROS, Marco Antônio de. 2011, pp. 125-126)

Como bem aponta Guilherme Madeira, no direito pátrio, no entanto, o “*conceito de verdade real tem sido cada vez mais relativizado, na medida em que é reconhecível a impossibilidade de se atingir a verdade absoluta, ou seja, é impossível atingir com grau de certeza o que efetivamente tenha ocorrido*”[[26]](#footnote-26). Para o autor, hoje em dia se fala mais em *verdade possível* que verdade material em si – o que tampouco significa, conforme ressalta Gustavo Badaró, a impossibilidade de se chegar a conclusões acertadas no processo, apenas que “*somente se pode falar em verdade das afirmações sobre os fatos ou certeza em termos relativos*”[[27]](#footnote-27) (grifo nosso).

Ao analisar o livre convencimento e os poderes de investigação do juiz, Geraldo Prado compara a figura do juiz no common law e no direito pátrio. Conforme explica o doutrinador, no common law o juiz é principalmente um moderador do processo, cabendo às partes toda a atividade probatória, com o papel do juiz no nosso ordenamento, o acusatório, onde o juiz é que dita os rumos do processo e as partes se submetem a ele na obtenção das provas e seguem seus ditames na busca pela verdade real. Ademais, no nosso sistema, há uma preocupação muito maior com o chamado livre convencimento do juiz e com a economia processual, tendo o juiz liberdade absoluta na condução da elaboração de provas, colocando, segundo o doutrinador, mais ênfase em seu próprio procedimento e nas formalidades que o sustentam, do que na mera apreciação das provas legalmente a ele trazidas[[28]](#footnote-28). E aduz o jurista:

Ora, se estamos convencidos, o que é certo, da vinculação entre direito de ação (e, naturalmente, também de defesa) e direito à prova, é razoável supor que haja mais do que uma simples relação jurídica, pela qual o segundo seja considerado consequência do primeiro. A ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar. (PRADO, Geraldo. 2001, p. 158)

De acordo com o raciocínio supra, portanto, as normas constitucionais não podem ser consideradas absolutas, uma vez que têm de conviver com outras normas ou princípios de igual importância. Aduz Marco Antônio de Barros:

Na quadra de predominância do interesse publico fala-se até mesmo da existência da teoria do interesse predominante, segundo a qual, o Estado, representando a sociedade, é chamado a tutelar dois interesses relevantes e antagônicos, como o são: a defesa de uma garantia de ordem pública constitucionalmente resguardada, e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. (BARROS, Marco Antônio de. 2011, p. 196)

Geraldo Prado pontifica no sentido que, da oposição das teses da acusação e defesa, donde resulta o Contraditório, é papel do juiz levar em consideração a desigualdade entre as partes, desde que não seja o processo penal comprometido a ponto de tornar referida desigualdade real em desigualdade processual, afastando assim o real sentido da jurisdição penal, que é o do compromisso com a verdade real. Sustenta o jurista que, em favor do acusado, a intervenção do juiz na atividade probatória deve ser moderada, ao passo que, em favor da acusação, praticamente não deve existir, visto que essa dispõe, atualmente, de meios suficientes para a satisfação de seus pleitos judiciais[[29]](#footnote-29).

Nesse contexto surge a Teoria (ou Princípio) da Proporcionalidade. De acordo com parte da doutrina pátria que adota referido princípio, seria admitida, em casos excepcionais, a utilização de prova ilícita no processo penal[[30]](#footnote-30). Observa-se, conforme se depreende da lição de Marco Antônio de Barros, que, no Brasil, referido princípio já é parcialmente aplicado quando existe - ou deve existir - o predomínio do interesse público em determinada persecução penal[[31]](#footnote-31).

Conforme nos ensina Maurício Zanoide de Moraes, a ideia de proporcionalidade no âmbito legal se esboçou na Grécia e Roma antigas, vindo a se aprimorar – e adquirir a forma de princípio de direito – na Europa pós-iluminista: onde se reviram muitos conceitos acerca do poder do Estado na vida do indivíduo, principalmente em questões de direito. Adotado expressamente – segundo o autor – em diversos ordenamentos estrangeiros (como o português), o princípio da proporcionalidade, no entanto, não foi disposto através de nenhuma norma constitucional no Brasil, pelo que sua aplicação, se aceita, se deve à construção doutrinária e analógica sobre o tema[[32]](#footnote-32). Complementa o jurista, *verbis*:

Esse princípio, que nasceu para coibir os excessos punitivos (administrativos e penais) do Estado, protegendo os direitos fundamentais do indivíduo, hodiernamente assume, outrossim, um relevante papel de equilíbrio para a coexistência ou para a resolução eventual entrechoque de outros princípios constitucionais. (MORAES, Maurício Zanoide de. 2008, p. 31)

 Ao explicar a adoção no direito comparado do princípio da proporcionalidade, em especial no direito alemão, Marco Antônio de Barros alerta para a adoção do princípio da Razoabilidade, sendo esta uma teoria semelhante à da Proporcionalidade. Tal teoria, de berço norte-americano, foi consequência direta do papel do juiz no *due process of law*, onde há maior liberdade na criação do direito. Segundo o eminente professor, “*resulta que a razoabilidade não constitui princípio aritmético ou suscetível de precisão teórica ou jurisprudencial, tanto que se mantém em constante evolução, estando, porém, submissa ao sentimento jurídico vigorante em cada tempo e lugar*” [[33]](#footnote-33). Em relação à aplicação da proporcionalidade no direito contemporâneo, convém transcrever trecho de primorosa reflexão sobre o tema, de Maurício Zanoide de Moraes, *verbis*:

A proporcionalidade, seja por sua gênese histórica seja por sua *sedes materiae*, é posta na defesa das garantias e dos direitos fundamentais dos cidadãos, sem que isso signifique mantê-los intocados e sempre superiores ao interesse persecutório. Também os direitos fundamentais não podem ser dogmas absolutos a ponto de impedirem que qualquer ato persecutório restritivo de direito fundamental seja vedado. A difícil tarefa da proporcionalidade reside em, diante do caso concreto, delimitar até que ponto esses direitos poderão ser comprimidos ou, da perspectiva persecutória, até que ponto o interesse investigativo pode adentrar na esfera jurídica do cidadão. (MORAES, Maurício Zanoide de. 2008, p. 32)

Conforme aponta o supracitado doutrinador, em relação ao direito pátrio – visto, como vimos, a falta de previsão expressa na constituição sobre o princípio -, a doutrina e a jurisprudência, ao longo dos tempos, acabaram por conceber determinados *pressupostos* e *requisitos* a serem necessariamente atendidos para que se possa falar, em que pese a relevante corrente contra, da aplicação do critério da proporcionalidade na obtenção e investigação de provas no processo penal brasileiro[[34]](#footnote-34). Esses pressupostos e requisitos, de forma mais coloquial, são chamados de filtros, e será da análise desses filtros que se poderá saber, a partir da sua sobreposição com o caso prático – e sempre de maneira individual e singular, seja se tratando de indivíduo ou de imputação -, que se analisará a constitucionalidade (e até mesmo a moralidade) com que se faz uso do princípio da proporcionalidade na persecução penal. Sobre o tema, Moraes ressalta que “*qualquer dissonância entre a conduta e esses filtros torna o ato constitucionalmente ilegítimo*”, sendo que “*fora do âmbito da proporcionalidade, qualquer compressão a direito fundamental é ato ilegal de abuso de poder*”[[35]](#footnote-35).

Considerando as premissas acima, encontramos os seguintes *pressupostos* para validade da proporcionalidade na persecução penal, que se dividem em: i) *formais*, que dizem respeito à legalidade do ato praticado, visto que, basilarmente, só poderá haver restrição a determinados direitos individuais se houver lei anterior, clara e precisa que o permita - de modo que fique assegurado o binômio *segurança jurídica* (o direito dos cidadãos saberem a extensão e intensidade que serão permitidas nas ações investigatórias dos agentes) e *previsibilidade* (conhecimento, antecedente aos atos dos agentes, dos motivos e limitações trazidas por lei para restrição de determinado direito fundamental de um indivíduo) em determinada persecução penal[[36]](#footnote-36); e ii) *materiais*, que consistem na chamada “*justificação teleológica*” dos atos – deve-se avaliar se o meio a ser utilizado corresponde com a finalidade almejada pela persecução penal, observando se tal finalidade é constitucionalmente legítima e socialmente relevante. Segundo Maurício Zanoide de Moraes, “*com a definição de um fim legítimo é que se poderá saber, por meio de uma decisão judicial motivada (requisitos extrínsecos), se o meio escolhido é idôneo, necessário e proporcional*”[[37]](#footnote-37). Em complemento relativo ao segundo pressuposto – material ou teleológico -, o supracitado autor tece as seguintes considerações, *verbis*:

Logo, se o fim estiver vedado pela Constituição ou não se mostrar socialmente relevante, esse pressuposta não será atendido e não se passará à análise dos requisitos. (...) Quanto à relevância social, há um erro em imaginar que, por ser a persecução penal uma atividade desejada e incentivada pela Constituição, sempre haverá, dessa perspectiva, uma legítima justificação teleológica. (...) a persecução, entendida nessa passo como atividade (conjunto de atos), não é *sempre* socialmente relevante, haja vista as hipóteses materiais de criminalidade de bagatela, de potencial lesivo insignificante ou, ainda, quando o crime se insere na área do consenso penal. (...) é preciso ressaltar que a proporcionalidade não deve ser analisada para o conjunto da atividade persecutória, mas, individualmente, para cada ato que a componha, ante o caso concreto e a pessoa a ser a ele submetida. (MORAES, Maurício Zanoide de. 2008, p. 35)

Passamos, após classificar os pressupostos, aos *requisitos* para aplicação do princípio da proporcionalidade, que se dividem, por sua vez, em *extrínsecos* e *intrínsecos*. Compõem os primeiros: i) a *judicialidade*, que se refere à exclusividade do juiz natural em determinar medidas restritivas a direitos fundamentais dos cidadãos, com supedâneo no denominado princípio da *reserva de jurisdição* (lembrando que outros órgãos, tais quais a polícia e o Ministério Público, ainda que investiguem e promovam a persecução penal, não são autorizados, legalmente, a suprimir tais garantias)[[38]](#footnote-38); e ii) a *motivação*, que acompanha todas as decisões judiciais, não podendo estas prescindir daquela. A motivação da decisão judicial deve ser “*a mais completa possível, abarcando todos os aspectos jurídicos envolvidos na questão e com eles relacionando os dados fáticos específicos da realidade levada ao conhecimento do julgador”[[39]](#footnote-39).*

Já os requisitos *intrínsecos* do princípio da proporcionalidade, a que também se chama de elementos ou subprincípios da proporcionalidade[[40]](#footnote-40) são os seguintes: i) *idoneidade* ou *adequação*; ii) *necessidade*; e iii) *proporcionalidade em sentido estrito*. Tais requisitos, conforme aponta Maurício Zanoide de Moraes, devem ser analisados apenas em face do caso concreto, quando presentes todos os elementos fáticos necessários à ponderação do magistrado, visto que “*não é possível que, com base em fundamento legal e para fins justificáveis, um magistrado decida, mesmo que motivadamente, por restrição a direito fundamental de maneira genérica e abstrata*”[[41]](#footnote-41). Para o supracitado autor, não se pode considerar, na persecução penal, a proporcionalidade de forma antecipada, tampouco sendo possível limitar o exame dos requisitos intrínsecos ao momento da restrição em si, devendo o juiz realizar tal juízo de ponderação durante toda a duração do ato - que pode deixar de atender tais requisitos momento posterior[[42]](#footnote-42).

Passando à análise individual dos requisitos intrínsecos da proporcionalidade - introduzidos anteriormente -, nos deparamos, primeiramente, com a *idoneidade* ou *adequação*. Tal requisito, assim como os outros dois, relaciona-se com “*a análise do meio utilizado para a consecução do fim*”, que, conforme vimos, deverá ser constitucional e apresentar relevância social. Para determinar a idoneidade do meio, o juiz se servirá de uma análise “*qualitativa e quantitativa*”, devendo evitar qualquer excesso (conforme veda a Constituição) e, frente aos meios que se lhe apresentam para obtenção do resultado em determinado caso, escolher quais medidas serão mais “*adequadas em qualidade e quantidade ante o sujeito comprovadamente relacionado com o fato investigado”*[[43]](#footnote-43)*.* Note-se que o requisito da idoneidade não serve para determinar o meio mais eficaz a ser utilizado no caso concreto – ponderação realizada no segundo passo, o da *necessidade -,* mas todas as medidas aptas e adequadas para tal[[44]](#footnote-44). Para exemplificar a idoneidade aplicada à proporcionalidade, nos valemos, outra vez, de exemplo de Maurício Zanoide de Moraes, *verbis*:

Assim, para que se determine se há crime de sonegação fiscal de uma pessoa, a quebra de seu sigilo financeiro é idônea. Porém, será totalmente inidônea a medida de quebra de sigilo financeiro de pessoas estranhas à investigação, conquanto próximas do sujeito (...) e por tempo diverso do investigado (...), assim como para apurar crime cuja demonstração da materialidade prescinda daquele tipo de informação, o que pode ocorrer, a princípio, e apenas exemplificando, no crime de omissão de notificação de doença (art. 269 do CP). (MORAES, Maurício Zanoide de. 2008, p. 38)

Será através do segundo requisito intrínseco, o da *necessidade* – ao qual também se dá o nome de *intervenção mínima*, *subsidiariedade* ou *alternativa menos gravosa[[45]](#footnote-45)* - que o juiz de direito, ao comparar as medidas restritivas cabíveis na referida persecução, escolherá “*aquela que seja a menos gravosa para o direito dos cidadãos*”. Tal requisito significa uma efetiva opção, a partir dos meios restritivos que foram considerados idôneos e adequados à situação, levando em conta os seguintes critérios: i) menor restrição, dentre as possíveis, aos direitos fundamentais do indivíduo sobre o qual se aplicará a medida; ii) “*otimização dos direitos fundamentais diante das restrições a serem determinadas”;* eiii) meio mais eficaz dentre os escolhidos[[46]](#footnote-46). Nesse sentido, não é apenas a eficácia da medida que é levada em conta, mas a menor invasão possível aos direitos e privacidade do investigado: conforme aponta Maurício Zanoide de Moraes, “*se houver dois meios eficazmente equivalentes, deverá ser escolhido o menos gravoso*”[[47]](#footnote-47).

Convém apontar, para os fins do presente estudo – a análise da interceptação telefônica –, que é a partir do requisito da *necessidade*, em contraposição às diretrizes legais, que se denominam os meios de investigação da prova como ordinários ou extraordinários. Logo, a interceptação telefônica, sob este aspecto, é considerada meio extraordinário de investigação, visto que, das ferramentas investigativas de que dispõem os agentes públicos, é uma das que traz maior invasão à intimidade (e, consequentemente, restrição ao direito fundamental respectivo) do investigado, sendo sua subsidiariedade imposta pela própria lei (como vermos adiante).

Por último, temos o requisito da *proporcionalidade em sentido estrito*, que somente será analisado se cumpridos os dois primeiros. Pela proporcionalidade em sentido estrito, o magistrado ponderará, de maneira mais subjetiva que as anteriores, o conflito entre os valores fundamentais presentes (interesse social na persecução penal *versus* direito fundamental do investigado) e decidirá qual terá prevalência sobre o outro. Nessa valoração de direitos, no entanto, nunca poderá uma garantia fundamental ser mitigada a ponto de ser anulada. Conforme ressalta Maurício Zanoide de Moraes, o julgador, “*diante dos dados fáticos específicos, deverá decidir se é aceitável sacrificar um direito fundamental e, ainda, se isso ocorrer, em qual limite (extensão e duração) tal sacrifício se dará*”[[48]](#footnote-48). Sobre a diferença entre a proporcionalidade em sentido estrito e a necessidade, lançamos mão do magistério de Suzana de Toledo Barros, *verbis*:

A diferença básica entre o princípio da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito está, portanto, no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto que este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas. (...) Quando estão em causa situações nas quais não se pode concluir qual seria o meio menos restritivo, (...) somente a ponderação entre valores em jogo pode resultar na escolha da medida. (...) Qualquer que seja a escolha, esta será dada pela justificativa da precedência de um direito sobre o outro, exigida pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito. (BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. *Apud* MORAES, Maurício Zanoide de. 2008, p. 40)

Tendo analisado os pressupostos e requisitos para aplicação do princípio da proporcionalidade na investigação e produção de provas criminal, vemos que, com supedâneo nas prerrogativas do juiz natural e no princípio da decisão motivada, o magistrado, frente o caso concreto, só poderá restringir determinados direitos e garantias fundamentais do investigado/acusado se, existindo tanto os pressupostos formais quanto os materiais para tal, forem cumpridos todos os requisitos objetivos para admissão do meio restritivo de direitos na persecução penal específica - após o qual, adentrando no campo da análise subjetiva, deverá obedecer, do mesmo modo, aos critérios de adequação e necessidade que garantam o respeito ao direito fundamental em ataque -, para só então permitir que um direito se sobreponha a outro: flexibilizando-os (nunca lhes extinguindo ou tornando excessivos), de modo sempre temporário e justificado[[49]](#footnote-49).

Ante o exposto, observa-se que, no entanto, longe de ser uníssono, o uso da proporcionalidade na persecução penal é fonte de divergências doutrinárias e jurisprudenciais de relevo no brasil. Nesse sentido, a favor da sua aplicação no direito penal brasileiro, encontramos, conforme aponta Guilherme Madeira, a posição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, que, em sua obra *Nulidades no Processo Penal*, defendem que a inadmissibilidade total das provas ilícitas no processo – posição, segundo os autores, ainda majoritária na doutrina pátria -, “*vem, porém, atenuada por outra tendência que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade*”. Partilha também de tal posição, segundo Madeira, Júlio Fabbrini Mirabete[[50]](#footnote-50). Complementam os eminentes juristas:

O próprio ordenamento deve estabelecer os critérios que norteiam o juiz na apreciação das irregularidades dos atos processuais. (...) em lugar do denominado “sistema de legalidade das formas”, em que o legislador enumerava taxativamente os casos de nulidade, praticamente sem deixar espaço à discricionariedade do juiz na apreciação das consequências do vicio, predomina hoje em dia o “sistema da instrumentalidade das formas”, em que se da o maior valor à finalidade atingida pelo ato, mesmo viciado, vem como ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2011, p.26)

Guilherme Madeira aponta que, em sentido oposto aos dos supracitados, Guilherme de Souza Nucci entende que o sistema jurídico brasileiro ainda não alcançou suficiente maturidade para adotar o princípio da proporcionalidade, ao passo que Virgílio Afonso da Silva argumenta que não poderia, referido princípio, servir de supedâneo para limitar direitos e garantias individuais[[51]](#footnote-51). Nesse sentido, conforme indica Madeira, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou contra a invocação da proporcionalidade para autorizar o uso de provas ou meios de prova obtidos ilicitamente no processo penal:

1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. (...) (HC 80949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.10.2001)

No entanto, se depreende da decisão supra que o colendo Tribunal não desautorizou completamente o uso da teoria da proporcionalidade no direito penal brasileiro - apenas reforçou que o mesmo só pode ser aplicado sob o manto da legalidade, não podendo servir para relativizar os direitos fundamentais em hipóteses que atentem contra lei e constituição. Por isso, ainda maior atenção deve dar o operador do direito na verificação dos pressupostos e requisitos do princípio da proporcionalidade.

 Importante destacar, no contexto da proporcionalidade, o Principio do Prejuízo, segundo qual a desobediência às regras formais só deverá invalidar o ato quando “*a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vicio*”. Nesse sentido, a nulidade só pode ser reconhecida se, de um lado houver violação ao contraditório, violação constitucional, e, de outro, comprometer a própria prolação da sentença.

Para a doutrina, mesmo atendo-se a questões de verticalização da norma quando debatendo o princípio da proporcionalidade e a nulidade ou não de determinados atos processuais, não se pode olvidar o princípio do Juiz Natural: “*atente-se para o fato de que a imparcialidade do juiz não exclui seu pode-dever de buscar a verdade. Sobretudo porque imparcialidade não se confunde com inércia e nem está limitada ao sabor de uma contrariedade ativa de partes, mas das garantias processuais de defesa*[[52]](#footnote-52)”. Sobre o tema, valemo-nos do pontificado por Marco Antônio de Barros:

Em primeiro lugar, para ser aceita como válida, a verdade deve ser declarada pelo juiz natural, sob pena de ser imposta a sanção de nulidade do processo. O princípio do juiz natural se baseia fundamentalmente na conexão dos dois dispositivos constitucionais. O julgamento do processo criminal deve ser realizado por um juiz previamente assignado por lei, pois ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, e não pode haver julgamento por juiz ou tribunal na exceção. (BARROS, Marco Antônio de. 2011, pp. 134-135)

Especificamente sobre o tema das interceptações telefônicas, que será melhor desenvolvido a seguir, impende destacar o pontificado por Marco Antônio de Barros:

Alerte-se para a exigência incondicional de que a interceptação deve ser feita sob segredo de justiça. Reitera-se que esse rigor no controle judicial da medida se deve ao fato de que a interceptação telefônica atinge diretamente o direito constitucional de preservação da dignidade humana. (BARROS, Marco Antônio de. 2011, p. 169).

3. A Interceptação Telefônica

Primeiramente, devemos observar o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988: “*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*”.

Como vemos, a Constituição adotou excepcionalidades à garantia do sigilo telefônico - em função de persecuções penais –, seja na fase investigativa, seja na fase processual, retirando expressamente a ferramenta do alcance da jurisdição cível[[53]](#footnote-53).

A respeito, valemo-nos de trecho elucidativo de decisão do ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal:

Com efeito, tal como se depreende de texto constitucional, autoriza-se a interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma da lei (CF, art. 5º, XII). Tem-se aqui típica reserva legal qualificada, na qual a autorização para intervenção legal está submetida à condição de destinar-se à investigação criminal ou à instrução processual-penal. (HC 96.986/MG)

Conforme ensinam Ada Pelegrini Grinover, Antônio Scarance e Antônio Magalhães Gomes Filho, a constituição federal excepcionou a inviolabilidade das comunicações privadas – em casos pontuais e, como veremos adiante, mediante o cumprimento de vários requisitos -, mas apenas em relação às telegráficas e telefônicas – não obstante, como apontado pelos próprios autores, haver doutrinadores que entendem que as hipóteses de quebra de sigilo abrangeriam todos os dados, e não somente os telefônicos[[54]](#footnote-54). Aduz Vicente Greco Filho:

Antes de enfrentar a questão, consigne-se que, em qualquer das interpretações, fica sempre excluída a interceptação de correspondência, considerando-se que, quanto a esta, tendo em vista a absoluta impossibilidade de se compreender o sigilo da correspondência com “último caso”, a garantia é plena e incondicionada, aliás, segundo o princípio *inclusus unius exclusus alterius”*. (GRECO FILHO, Vicente. 2006, pp. 15-16).

Segundo Marco Antônio de Barros, a interceptação de comunicação telefônica afeta sobremaneira a intimidade e a vida privada dos cidadãos - direitos constitucionalmente assegurados, devendo haver especial cuidado quando se excepciona tais garantias, ainda que em prol do interesse público. Efetivamente, conforme vimos, há na Constituição Federal autorização à interceptação telefônica, desde que decorrente de ordem judicial, calcada sempre nas formalidades previstas na lei[[55]](#footnote-55).

Jiskia Sandri Trentin expõe o fato de as interceptações telefônicas serem geralmente utilizadas para desaparelhar e efetivamente delimitar o alcance e atuação de organizações criminosas. Segundo a doutrinadora, para se acompanhar os passos de um grupo organizado, bem como a conexão entre os seus integrantes, raramente se pode abrir mão desta ferramenta cautelar. No entanto, dados os abusos no uso da ferramenta e a miríade de pontos de divergência em relação à aplicação da lei 9.296/96, a fiscalização sobre este meio investigatório é cada vez maior, seja judicial ou administrativamente[[56]](#footnote-56).

3.1. Aspectos da Lei 9.296, de 24 de Julho de 1996

A Constituição Federal de 1988 não recepcionou o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações[[57]](#footnote-57). Como consequência, após a promulgação da constituição, faltou, por algum tempo, uma norma que regulasse a interceptação telefônica - que, por anos, não foi admitida em nenhuma hipótese[[58]](#footnote-58).

A regulamentação do dispositivo constitucional em foco somente foi concluída quase oito anos após a edição da Constituição de 1988, por força da promulgação da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que em seu art. 1º, *caput*, reza: “*A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para a prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça*”.

Disciplinou a lei - ao menos em parte - as formalidades e aplicações da ferramenta de interceptação telefônica no âmbito penal; entretanto, dado o já polêmico alcance deste método na época – que até hoje levanta divergências na doutrina e na sua aplicação pela jurisprudência -, é imperativo, conforme ressaltam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance e Antônio Magalhães Gomes Filho, que “*haja uma interpretação que harmonize a lei com as normas hierarquicamente superiores*”. Nesse caso, considerado o exposto nos capítulos precedentes, vemos que é tarefa precípua dos magistrados aplicar e interpretar a lei frente aos casos que se lhes apresentam, sempre observando os princípios da proporcionalidade e do livre convencimento[[59]](#footnote-59). Segundo Vicente Greco Filho, “*não se trata, no caso, de inconstitucionalidade da norma, mas a sua aplicação é que pode ser inconstitucional se na hipótese concreta violar essa proporcionalidade*”[[60]](#footnote-60). Sobre o tema, lançamos mão do apontado por Ana Brasil Rocha, *verbis*:

Com efeito, de uma maneira geral, as garantias fundamentais da pessoa humana não são – e nem poderiam ser – absolutas, principalmente quando se verifica que, sob a roupagem de “garantias”, são muitas vezes invocadas por criminosos para camuflarem a prática de toda sorte de delitos. Nesse ponto, além dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a sobreposição do interesse público ao interesse privado justifica plenamente a relativização da garantia fundamental, no caso específico, da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas”. (ROCHA, Ana Brasil. *Medidas Cautelares como Meios de Investigação e Fontes de Obtenção de* Provas. *In* *Crime Organizado.* Coord. MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. 2012, p.332)

Para Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance e Antônio Magalhães Gomes Filho, houve, inclusive, alguns excessos por parte do legislador, que não imbuiu na Lei 9.296/96 o necessário caráter de excepcionalidade da interceptação telefônica - bem como a disponibilizou para a investigação de crimes que não são efetivamente tão danosos à sociedade. Por outro lado, a lei excluiu do alcance da interceptação telefônica infrações penais menores, que, por seu caráter consumptivo, encontrariam na ferramenta um dos mais efetivos meios de combatê-las[[61]](#footnote-61).

3.1.2. Conceito de Interceptação Telefônica

A interceptação telefônica é considerada uma medida de natureza cautelar, cujo objetivo se destina à obtenção da prova no âmbito penal. É um meio de investigação da prova, ou seja, será um documento, gravado ou transcrito, que pode vir a ser introduzido no processo onde, se válido, será uma prova.

 Não podemos deixar de notar, outrossim, que, embora majoritariamente usada como obtenção de prova, onde impera o princípio da inquisição, na instrução processual, se a esta se chegar, aplicar-se-á o princípio do contraditório em relação ao material colhido, já que não existem provas absolutas. Nesse sentido:

Ainda que o contraditório seja postergado para o momento em que a diligência não mais seja necessária, ele com certeza existirá, pois é direito fundamental encartado no artigo 5º da Constituição. Portanto, é certo que tudo aquilo que for realizado durante o monitoramento das conversas dos investigados passará pelo crivo da parte atingida pela diligência, em um contraditório “diferido” ou postergado, e, por ser tratar de prova cuja substância é de difícil desconstrução, a tática da defesa para derrubá-la fixar-se-á justamente em questões periféricas, podendo tomar de surpresa o órgão acusador com o temido “xeque-mate”. (TRENTIN, Jiskia Sandri. 2012, p. 385)

 Devidamente autorizada e executada a interceptação das comunicações telefônicas dos investigados, constituirão documentos probatórios tanto a reprodução sonora, da qual se lavrará termo, quanto a degravação, reduzindo a conversa a escrito[[62]](#footnote-62).

3.1.3. Distinção entre a Interceptação Telefônica e outros Meios de Investigação

É imperativo, para a devida compreensão do tema, apontarmos a distinção da ação de interceptação telefônica de outras ferramentas investigatórias correlatas. A distinção começa, como sempre, na terminologia: é o caso, por exemplo, da utilização coloquial e irrestrita do termo *escuta* telefônica, quando, muitas vezes, o que se pretende é falar de *interceptação* telefônica. Sobre a conceituação de *interceptação*, nos valemos, inicialmente, da lição de Jiskia Sandri Trentin, *verbis:*

Interceptar: do dicionário *cortar, interromper, deter, impedir*) tem significado jurídico de atravessar, como ouvinte, conversa alheia, seja ela realizada via telefone – em que se dará a interceptação telefônica , seja fora dele – em que se dará a interceptação ambiental -, sem o conhecimento de quaisquer dos comunicadores, com a finalidade de ter acesso ao teor da conversação. (TRENTIN, Jiskia Sandri. *Crime Organizado: Ferramentas Legais de Combate – Interceptação Telefônica e Ambiental – e suas Deficiências. In Crime Organizado.* Coord. MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. 2012, p.381)

Segundo Marco Antônio de Barros, o verbo *interceptar* não foi utilizado pelo legislador com o sentido de obstar, cortar e interromper. Para o jurista, interceptar tem os significado de “*apreender, captar, gravar a conversação de terceiros*”. Deste modo, a expressão “interceptação telefônica” se refere à conversa telefônica gravada por uma terceira pessoa, sem o conhecimento de quaisquer dos interlocutores[[63]](#footnote-63).

Valendo-nos do magistério do doutrinador, observamos que, juridicamente, não deve haver confusão entre a interceptação telefônica, tal qual recepcionada pela Lei 9.296/96, e outras formas de gravação, denominadas “consentida”, “clandestina” e “escuta telefônica”. *Verbis:*

Caracteriza-se a *gravação consentida* quando feita com o conhecimento e aquiescência dos interlocutores, hipótese em que não pode haver alegação de ofensa ao princípio constitucional que tutela a preservação da intimidade.
De seu turno, a *gravação clandestina* consiste naquela feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento e o assentimento do outro. Nenhuma das duas anteriores se confunde com a *escuta telefônica*, caso em que a captação da conversa é feita por terceira pessoa, com o conhecimento e consentimento de apenas um dos interlocutores. (BARROS, Marco Antônio de. 2011, p. 166)

A distinção é também trazida à baila por Jiskia Sandri Trentin: “*Dentre as ferramentas de que dispomos, destacam-se a interceptação telefônica e interceptação ambiental: a primeira, que serve tanto ao enfrentamento à criminalidade comum quanto à organizada, e a segunda, exclusiva desta última*”[[64]](#footnote-64).

É importante não confundir a interceptação telefônica, devidamente autorizada e motivada, com os institutos da escuta ambiental ou da gravação clandestina. Segundo Nucci, não pode ser aceita a gravação de conversa sigilosa sem o conhecimento de ambas as partes, pois constituiria violação da intimidade e dos segredos ali divulgados – tratar-se-ia de gravação clandestina. Diferente é o caso de conversa que ocorre em lugar público, gravada por terceiro - e com conhecimento de um dos interlocutores – que constitui a escuta ambiental[[65]](#footnote-65). No magistério de Nucci, também “*denomina-se escuta telefônica a interceptação realizada com a ciência de um dos interlocutores da conversa. Não se pode considerá-la, pois, autêntica interceptação telefônica, passível de tipificação no art. 10 da Lei 9.296/1996*”[[66]](#footnote-66). Nesse sentido, Jiskia Sandri Trentin aponta:

Ambas as ferramentas possuem tratamento jurídico rígido, vez que são medidas altamente invasivas da intimidade alheia, só justificáveis quando, em festejo ao princípio da proporcionalidade, for extremamente necessário privilegiar o interesse público no sucesso de uma investigação seria e de crimes graves – como aqueles praticados por grupos organizados de criminosos – em detrimento da vida privada do cidadão interceptado. (TRENTIN, Jiskia Sandri. 2012, pp.381-382).

Do pontificado acima, inferem-se conceitos básicos da interceptação telefônica: (i) é realizada através de efetiva extração de conversas privadas por meio telefônico, sendo que se a conversa for levada a cabo em lugar público, tratar-se-á de captação ambiental, prevista no inciso II do art. 3º da lei 12.850; (ii) nenhum dos interlocutores possui ciência de que a conversa está sendo gravada – se um deles o soubesse, já não seria interceptação e sim escuta telefônica; e (iii) não pode prescindir de autorização específica e motivada de juiz competente para ser realizada, sob pena de ilegalidade e posterior nulidade. Sobre o terceiro ponto incidem as maiores divergências, principalmente no que diz respeito ao alcance da ordem judicial que autoriza a interceptação telefônica, conforme veremos adiante.

3.1.4. Requisitos da Interceptação Telefônica

Logo no art. 2º da lei 9.296/96, vemos os requisitos legais – e mínimos – para a autorização da investigação por interceptação telefônica:

Art. 2° 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.

 Da análise do dispositivo supra, observa-se que não se admite a interceptação telefônica quando i) não houver indícios razoáveis da autoria ou da participação em infração penal[[67]](#footnote-67); ii) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis e menos gravosos ao investigado; e iii) quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Percebe-se que, balizando a utilização da ferramenta investigativa, há um critério objetivo – não é aceita quando a infração for apenada com pena de detenção –, e dois subjetivos – o indício razoável de autoria, nada mais sendo que o sempre polêmico *fumus boni iuris*, e o critério da *ultima ratio* como forma de investigação - que trazem maior liberdade interpretativa ao magistrado e, em decorrência disso, de onde surgem maiores divergências no campo doutrinário e forense. Sobre esse aspecto, valemo-nos do magistério de Marco Antônio de Barros:

O poder de quebra do sigilo confiado ao juiz está submetido a um rígido controle legal. É estritamente regulado e não discricionário, pois a lei veda a interceptação nas seguintes hipóteses: a) quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; b) quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; c) quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. (BARROS, Marco Antônio de. 2011, p. 167)

No que se refere à demonstração do *fumus boni* *iuris*, Vicente Greco Filho destaca *a “ocorrência concreta, jamais cogitação*”, citando ainda Luiz Flávios Gomes, “*que só se admite interceptação pós-delitual e não a pré-delitual, fundada em mera conjectura ou periculosidade, chamada interceptação de prospecção*”[[68]](#footnote-68). Convém destacar importante lição de Eduardo Araújo da Silva sobre o tema, trazida à baila por Ana Brasil Rocha*:*

Ao se referir a indícios suficientes, a lei não exige prova segura da autoria ou participação, mas notícias indiretas ou ilações de outros fatos que autorizem a conclusão de está envolvido com o crime apurado. Em relação à criminalidade organizada, vale lembrar que seus autores geralmente se escondem nas sombras da clandestinidade para praticar seus crimes, o que, aliado à “lei do silêncio” que impera nas organizações, dificulta a obtenção de prova quanto a suas participações. (SILVA. Eduardo Araújo da. *Crime Organizado – Procedimento Probatório. Apud* ROCHA, Ana Brasil. 2012, p. 335).

Conforme Pontifica Vicente Greco Filho, a respeito da interceptação telefônica como *ultima ratio*, dada a efetividade da medida cautelar, na prática os “outros meios investigativos” podem não ser desenvolvidos pela acusação/polícia, ou simplesmente não serem tão viáveis para o investigador. Deve haver cuidado do juiz, em cada caso, em verificar se não eram mesmo tão efetivos ou viáveis outros meios de investigação, ou se, propositalmente, foram negligenciados pela acusação – hipótese que tornaria a prova ilícita, já que em confronto com dispositivo legal que, ainda que flexível, não pode ser desconsiderado. De todos modos, é no momento do pedido de autorização judicial que se afere a possibilidade de outros meios, devendo estes serem existentes já na época do pedido.[[69]](#footnote-69)

Com vistas a elucidar questões pendentes na lei 9.296/96 e regulamentar as formalidades procedimentais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu, em 2008, a Resolução nº 59. Especificamente, devemos ressaltar a Seção III de referida ordem normativa:

Do deferimento da medida cautelar de interceptação.

Art. 10. Atendidos os requisitos legalmente previstos para deferimento da medida o Magistrado fará constar expressamente em sua decisão:

I - a indicação da autoridade requerente;

II - os números dos telefones ou o nome de usuário, e-mail ou outro identificador no caso de interceptação de dados;

III - o prazo da interceptação;

IV - a indicação dos titulares dos referidos números;

V - a expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão;

VI - os nomes das autoridades policiais responsáveis pela investigação e que terão acesso às informações;

 (...)

§ 2º. A decisão judicial será sempre escrita e fundamentada.

Complementam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance e Antônio Magalhães Gomes Filho: “*Evidentemente tanto as interceptações como as gravações poderão ser licitas ou ilícitas: serão licitas quando obedecerem a ás prescrições constitucionais é legais; ilícitas, quando efetuadas em violação a tais preceitos*“[[70]](#footnote-70). Na maioria dos ordenamentos jurídicos, as interceptações se dão através de ordem judicial (no nosso caso, deve ser sempre devidamente fundamentada), que tem, na maioria dos casos, natureza cautelar. Logo, são requisitos desta, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora[[71]](#footnote-71).*

3.1.5. Alcance e Limites da Interceptação Telefônica

Além dos requisitos do art. 2º da lei 9.296/96, temos também as limitações temporais e o caráter de subsidiariedade – e excepcionalidade – conferido à interceptação, expressos nos arts. 4º e 5º da lei, dispostos a seguir:

Art. 4° O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1° Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2° O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5° A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Da leitura da lei 9.296/96, no entanto, fica pendente a questão do aproveitamento da prova obtida em interceptação telefônica relativa a determinada infração penal para tipificar outras condutas e instruir processos por fatos diversos daquele que objetivou a cautelar. É sabido que as organizações criminosas, muitas vezes - tal qual empresas regulares -, fornecem a seus membros aparelhos celulares para comunicação. Nesse sentido, caso haja autorização para interceptação em determinado número, a todos aqueles que o utilizassem poderiam ser imputados tipos penais? Ou a autorização seria nominal, só prevalecendo, para fins probatórios, o que fosse apurado acerca do sujeito específico contra quem a ordem de investigação fosse conferida? E até que ponto os interlocutores do número ou pessoa sujeita a interceptação telefônica estariam fornecendo provas contra si mesmo, ainda que não especificamente autorizadas, ocorrendo o famigerado efeito “ricochete”?

Na mesma esteira vem Vicente Greco Filho: “*na mesma residência, na mesma empresa, várias pessoas podem compartilhar de uma linha telefônica e, eventualmente, nenhuma delas é o titular do direito de uso e em face de apenas uma há indícios de autoria ou participação em infração*”[[72]](#footnote-72). Defende o jurista, inclusive, que a interceptação não deve se ater a formalidade da titularidade da linha telefônica, podendo até ser realizada em linha de telefone público[[73]](#footnote-73).

Efetivamente, vemos que há concordância maior da doutrina e da jurisprudência, sempre em atenção ao princípio da proporcionalidade, na possibilidade dessa utilização polivalente da medida cautelar quando verificar-se relevante gravidade nos crimes apurados[[74]](#footnote-74). Para Vicente Greco Filho, basta que as outras infrações descobertas através da interceptação telefônica não sejam vedadas pelo art. 2º da lei 9.296/96, e que haja concurso de crimes, continência ou conexão para com o crime investigado pela interceptação. Defende o autor que o que se investiga é o fato naturalístico, não a classificação deste, sendo inclusive impossível precisar, à priori, todos os desdobramentos legais do fato investigado[[75]](#footnote-75).

Vale o magistério de Vicente Greco Filho sobre a importância da liberdade da interceptação telefônica para que haja efetivamente combate ao crime organizado:

É fato notório que a atividade criminosa, especialmente a organizada, não se limita a uma especialidade, ramificando-se do tráfico de entorpecentes para o sequestro, o contrabando de armas, etc. E seria uma limitação excessiva não se permitir que, uma vez autorizada legitimamente a interceptação, não pudesse ela abranger toda a atividade criminosa dos interceptados no âmbito da continência ou conexão a partir do fato que a justificou. (GRECO FILHO, Vicente. 2006, p. 38)

Quanto ao ponto que levantamos anteriormente - sobre a possibilidade de incriminação de terceiro, não abrangido na ordem judicial autorizadora da escuta ou nas investigações - prevalece a posição de que a prova poderá ser utilizada contra referido terceiro, contanto que esteja este especificamente envolvido com o fato investigado[[76]](#footnote-76).

Nesse sentido, Vicente Greco Filho ressalta que a comunicação telefônica é sempre entre dois interlocutores, sendo que um deles não necessariamente terá relação com o fato que gerou a ordem para a interceptação. Efetivamente, será muitas vezes vital a interceptação para que se chegue a demonstrar a existência de atividade criminosa plurissubjetiva, incluindo a organização criminosa, bem como os casos de coautoria e participação em referido evento delitivo. Para o autor, portanto, uma vez autorizada a interceptação, esta abrangerá todos os interlocutores envolvidos com o fato apurado – e não somente aquele contra o qual se determinou a interceptação[[77]](#footnote-77).

Para Marco Antônio de Barros, no entanto, a quebra do sigilo só tem cabimento quando individualizado o destinatário da interceptação. O que defende o autor, na verdade, é que a ordem judicial não pode ser genérica. [[78]](#footnote-78) Além do mais, em outro ponto de constante embate doutrinário – relativo à renovação da autorização para interceptação telefônica, que só pode ser feita de quinze em quinze dias[[79]](#footnote-79) -, ainda que a decisão judicial primária da interceptação tenha sido devidamente fundamentada pelo juiz, em caso de prorrogação, todas as demais que se seguirem devem conter motivação complementar[[80]](#footnote-80).

No entanto, alguns operadores do direito deixam de dar importância adequada às exigências literais do texto, o que certamente refletirá, senão durante a investigação, em futura ação penal, dando margem a questionamentos e possíveis nulidades.

Por fim, em voto elucidativo sobre a legalidade da interceptação telefônica, abordando também o tema da renovação da autorização judicial, o desembargador Fernando da Costa Tourinho Neto discorre[[81]](#footnote-81):

É certo que o egrégio STJ firmou entendimento no sentido de que é "prescindível a prévia instauração de inquérito ou ação penal para a decretação de quebra de sigilo telefônico; isso porque, a interceptação telefônica, disciplinada na Lei 9.296/96, tem natureza de medida cautelar preparatória, exigindo-se apenas a demonstração da existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com reclusão.

*(...)*

O que não se admite é somente a escuta dita pré-delitual, de prospecção, voltada para a sondagem de crime ainda a ser perpetrado. Segue-se que, se, em investigações preliminares, chega-se a um juízo razoável quanto à ocorrência efetiva de delito grave e intricado, com autores identificados e números telefônicos conhecidos, nada obsta a que a escuta telefônica seja a primeira técnica a ser empregada no esforço de esclarecimento cabal dos fatos, mesmo antes de instaurado inquérito.

(...)

Tenho, pois, que a prorrogação do prazo de interceptação é possível, por mais de uma vez, desde que comprovada a sua indispensabilidade e o prazo de quinze dias estabelecido pela norma aplicável à espécie. (...) Contudo, nula é a inserção de novos números nas decisões que apenas prorrogavam a autorização de monitoramento anterior, uma vez que tais linhas foram inseridas sem que houvesse qualquer justificativa legal e concreta para seu deferimento, ferindo a Lei que rege a matéria.

Assim, deve ser decretada a nulidade da prova decorrente da escuta telefônica de todos os números inseridos posteriormente à decisão inicial da quebra do sigilo dos investigados, pois que seu monitoramento foi autorizado sem qualquer fundamentação legal, não servindo mera remissão a decretação inicial para dar legalidade à tão drástica medida.

Ao debate convém trazer, também, alguns trechos do voto proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em julgamento de 15/05/2012, do HC 96.986/MG, de sua relatoria:

Dessarte, não se pode negar que o art. 2º da Lei nº 9.296/96 traduz a necessidade de que a admissibilidade da interceptação telefônica seja precedida do exame de proporcionalidade da medida, que deverá ser (1) adequada para os fins a que se propõe, devendo haver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (inciso I); (2) necessária, de forma que a prova não possa ser realizada por outros meios disponíveis menos gravosos (inciso II); (3) sendo que o fato investigado deve constituir crime de especial gravidade, do modo que justifique, na devida proporção, a utilização da medida constritiva de direitos fundamentais do investigado, em prol da realização de outros valores constitucionais (inciso III).

(...)

Perceba-se que a garantia constitucional quanto à impossibilidade de utilização, nos processos, de prova ilícita, visa precipuamente à tutela de outros direitos e garantias também constitucionais, os quais, à guisa de ilustração, cito aqui o direito à intimidade e à privacidade (CF, art. 5º, X), o direito à inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV).

Com vistas a efetivar as limitações principiológicas e legais da interceptação telefônica, bem como a moderar o (des)uso da ferramenta, a lei 9;296/96, trouxe, adicionalmente, um tipo penal específico, em seu art. 10:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

A nova tipificação penal, pioneira em tratar especificamente do uso ilegal da interceptação telefônica, dirige-se tanto a agentes públicos quanto a particulares, e é um verdadeiro óbice à imiscuição da vida alheia – principalmente na vedação aos “objetivos não autorizados em lei”.

3.2. Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013

Com a entrada em vigor da Lei 12.850/2013, passou-se a ter uma definição legal de Organização Criminosa – ponto altamente relevante e, como não poderia deixar de ser, alvo de intensas discussões doutrinárias. Destacamos, entre outras novidades trazidas pela lei, a definição de organização criminosa e as disposições específicas sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado[[82]](#footnote-82). Referida lei revogou inteiramente e de forma expressa a antiga Lei 9.034/1995, que tratava do tema das organizações criminosas, bem como, de forma tácita, o art. 2º da Lei 12.964/2012 – que conceitua “organização criminosa”.

A Lei 12.850/2013 também alterou o art. 288 do Código Penal, dando o nome de “associação criminosa” ao antigo delito de “quadrilha ou bando”, substituindo a expressão “mais de três” por “três ou mais” pessoas. Ainda em relação ao Código Penal, a lei em comento aumentou a pena prevista para o delito de falso testemunho e falsa perícia, para reclusão de 2 a 4 anos e multa[[83]](#footnote-83).

Atualmente, nos termos do § 1º do art. 1º da lei em destaque, temos os seguintes critérios para composição da organização criminosa: associação de pelo menos quatro pessoas; estrutura ordenada e divisão de tarefas, ainda que informalmente; finalidade de obter direta ou indiretamente vantagem de qualquer natureza; prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou possuam caráter transnacional.

Sobre a tipificação de organização criminosa, lançamos mão do claro magistério de Nucci:

 O número de associados, para configurar o crime organizado, resulta pura política criminal, pois variável e discutível. (...) a partir da edição da edição da lei 12.850/2013 modificando-se a redação do referido art. 288 do Código Penal, eliminou-se o título (quadrilha ou banco), que, de fato, era defasado e corroído pelo tempo, atingindo-se a terminologia adequada, correspondente a “associação criminosa”. (...) Permanece-se, lamentavelmente, sem uniformidade: mantém-se o número de duas pessoas na Lei de Drogas; cria-se o mínimo de três pessoas na associação criminosa do Código Penal; exige-se pelo menos quatro pessoas na organização criminosa. (NUCCI, Guilherme de Souza. 2013, p. 14)

A lei exige, também, um conjunto de pessoas estabelecido de maneira organizada, com hierarquia. Não se pode imaginar uma organização, seja lícita ou criminosa, sem que haja chefes e comandados, onde não haja possibilidade de ascensão interna de seus membros[[84]](#footnote-84).

Outro aspecto para tipificação trazido pela lei, em relação ao funcionamento da organização criminosa, é a divisão de tarefas[[85]](#footnote-85), rígida ou não, mas existente, entre os membros daquela. Segundo Nucci, “a referida divisão não precisa ser formal, ou seja, constante em registros, anais, documentos ou prova similar. O aspecto informal, nesse campo, prevalece, justamente por se tratar de atividade criminosa, logo, clandestina”[[86]](#footnote-86).

Como sabemos, o objetivo da organização criminosa é alcançar vantagens, que podem ser econômicas ou não. Logo, o dolo, a vontade subjetiva que tipifica o crime da organização criminosa, nos termos da lei, será a obtenção de vantagem de qualquer natureza. Explica Nucci, *verbis:*

O ponto faltoso da lei á a ausência de especificação da *ilicitude* da vantagem, pois é absolutamente ilógico o crime organizado buscar uma meta lícita. Afinal, o meio para alcançar a referida vantagem se dá por meio da prática de infração penal, o que demonstra a ilicitude do proveito auferido. De outra parte, essa vantagem pode ser obtida de maneira *direta*, ou seja, executada a conduta criminosa advém o ganho (...) ou de modo *indireto*, vale dizer, desenvolvida a atividade criminosa o lucro provém de outras fontes (ex.: realiza-se a contabilidade de uma empresa, inserindo dados falsos; o ganho advém da sonegação de impostos porque os informes à Receita são inferiores à realidade). (NUCCI, Guilherme de Souza. 2013, p. 15)

Sabendo os critérios intrínsecos da organização criminosa, os quais são cumulativos e sempre devem estar presentes para configuração do tipo penal incriminador disposto no art. 2º da lei 12.850/2013[[87]](#footnote-87), foram adotadas duas hipóteses distintas para completude do delito, ainda no §1º do art. 1º da Lei. A primeira é a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos. Na opinião de Nucci, não há sentido em se limitar a configuração de uma organização criminosa, cuja atuação pode ser extremamente danosa à sociedade, à gravidade abstrata da infração penal. Como sabemos, inexiste contravenção penal cuja pena máxima seja superior a quatro anos. Eliminam-se, de igual maneira, os crimes que possuem penas máximas iguais ou inferiores a quatro anos. Para o autor, é perfeitamente possível haverem organizações criminosas voltadas, por exemplo, à prática de jogos de azar (contravenção penal) ou de furtos simples (pena máxima de quatro anos), razão pela qual houve falha do legislador neste ponto específico[[88]](#footnote-88).

No entanto, o tipo incriminador será satisfeito independentemente do limite abstratamente cominado à pena, caso as infrações cometidas pela organização criminosa possuírem caráter transnacional. Nesse sentido, a infração penal poderá ter origem no exterior e resultado material (efetivo ou pretendido) em território nacional, bem como o inverso, começando no Brasil e se consumando, ou devendo se consumar, em outro país”[[89]](#footnote-89).

Adverte Vicente Greco Filho[[90]](#footnote-90) que, apesar das definições legais, o conceito de organização criminosa é fluido e será́ compreendido também pela sua concepção independente da forma e, lembra, extrapolará os limites desta lei nos casos em que outros diplomas refiram a figura, como a Lei de Drogas[[91]](#footnote-91).

Para finalizar a conceituação de organização criminosa, faz-se imprescindível abordar o entendimento doutrinário acerca de sua diferenciação da associação criminosa: para Luiz Regis Prado[[92]](#footnote-92), afora as denotações trazidas pela lei, associação criminosa pode se configurar de maneira fática ou rudimentar, não necessariamente existindo uma estrutura hierarquizada para a divisão de tarefas dos seus integrantes, o que ocorre com a organização criminosa. Segundo o jurista, os grupos criminosos organizados se distanciam das associações pontuais para cometimento de delitos na medida em que possuem um caráter institucional que, de maneira geral, leva a uma independência que extrapola a mera soma de seus membros - caso da associação criminosa. Vicente Greco Filho[[93]](#footnote-93) complementa a dissociação entre os tipos legais, no sentido de que o crime de organização criminosa absorve o crime do art. 288 do Código Penal – associação criminosa, já que contém maior numero de elementos ou requisitos, de modo que o do art. 288 é subsidiário àquele.

Acerca dos meios de investigação a serem utilizados para desaparelhar e enquadrar as organizações criminosas, previu o art. 3º da Lei 12.850/2013 os seguintes: a) colaboração premiada; b) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; c) ação controlada; d) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; e) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; f) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; g) infiltração, por policiais, em atividade de investigação; h) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. Segundo Vicente Greco Filho:

O rol, como expressamente está referido, não é taxativo, admitindo-se todos os previstos no Código de Processo penal, e, na expressão do Código de Processo Civil, os moralmente legítimos, entendidos como tais os meios que seja, consentâneas com os princípios probatórios do processo moderno, quais sejam o respeito à integridade da pessoa humana, o direito de o acusado não se autoincriminar, o direito de permanecer calado e a racionalidade do próprio meio. (GRECO FILHO, Vicente. 2013, pp. 34-35)

Como dispõe o inciso V do art. 3º acima referido, em relação à interceptação telefônica, continua prevalecendo, integralmente, a Lei 9.296/1996, já que é esta que disciplina a forma legal para a ocorrência da interceptação telefônica, sendo a legislação especifica do tema.

Em função do grande interesse social/público em mitigar as organizações criminosas e sua influência nefasta na sociedade, bem como face o alto grau de periculosidade a que se expõem aqueles - sejam agentes públicos, vítimas, dissidentes – que de algum modo lidam com organizações criminosas[[94]](#footnote-94) -, trouxe a Lei 12.850/2013, do art. 18 ao art. 21, tipificação criminal a condutas que periclitam a investigação e obtenção de provas no contexto do crime organizado (nas formas do art. 3º da Lei, visto acima). Referidos delitos são os seguintes:

Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

3.3. Interceptação Telefônica e Crime Organizado – Análise sob o Critério da Proporcionalidade

Embora a Lei 12.850/2013 seja relativamente nova, e efetivamente traga mudanças em matéria penal, investigativa, e processual no combate ao crime organizado, não formulou – de um ponto estritamente legal – nenhuma alteração ao uso das interceptações telefônicas, que continuam regidas pela Lei 9.296/96. No entanto, embora o novo dispositivo legal, em seu art. 3º, apenas mencione a interceptação telefônica como meio de investigação, num rol tido por boa parte da doutrina como não exaustivo (apenas exemplificativo)[[95]](#footnote-95), o método em questão tem sido, há muito tempo, um dos principais recursos, no Brasil e no exterior, para a investigação criminal, sendo um dos mais efetivos em relação ao combate a criminalidade organizada, dada a dificuldade em se obter provas e colaboração voluntária para desemparelhar tais grupos.

 Neste sentido, convém notar, embora a Lei 12.850/2013 tenha tipificado determinadas condutas no rol da organização criminosa ou associação criminosa (art. 288 do Código Penal), o *crime organizado,* como um todo, extrapola tais associações meramente legais, trazendo à discussão, além das inflexões legais e interpretações principiológicas discutidas no primeiro capítulo do presente trabalho, o chamado Direito Penal do Inimigo. Tal conceito propõe separar o direito penal do cidadão e do *não cidadão.* Nos valemos do magistério de Luiz Regis Prado:

Segundo essa concepção, o cidadão é o indivíduo que oferece uma segurança cognitiva mínima isto é, ele garante as expectativas normativas, porque está vinculado ao Direito e pelo Direito (...) chamado a restabelecer a vigência da norma que ele infringiu (...). Por outo lado, determinados indivíduos, por não se submeterem à ordem normativa e, pelo contrário, buscarem sua destruição não são considerados como pessoas (...) Por isso é que não lhes são assegurados os direitos e garantias de Direito e Processo Penal próprios dos cidadãos. (PRADO, Luiz Regis. 2014, pp. 410-411)

 Todavia, determinada teoria – fruto da fusão de política social e criminal -, ainda que proponha uma maneira efetiva de diferenciar o integrante de organização delitiva do criminoso eventual/comum, não deve ser interpretada no sentido de negar, àqueles, a condição de ser humano, já que estaríamos falando de violação inconcebível aos direitos mais básicos garantidos constitucionalmente, verdadeiro direito de exceção. O que defendem muitos, sejam operadores do direito ou não, é um maior rigor no combate à criminalidade organizada, dispondo às ferramentas do direito e da investigação criminal um alcance maior em prol da eficácia.

Frente o exposto, bem como em função da constante sofisticação do aparato criminoso e organizações *contra societate*, vê-se que a Lei 9.296/96 não deve ser interpretada em si mesma - devendo, no caso das organizações criminosas, por exemplo, ser confrontada com o espírito da Lei 12.850/2013, de modo a buscar um objetivo que ultimamente coloque a forma penal/processual em função das necessidades da sociedade. Desta forma, entendemos que é da aplicação prática e atual destes dispositivos legais que se extrai maiores informações, sendo que, de modo a finalizar o presente trabalho, apresentamos, a seguir, alguns casos que gozaram de imenso relevo jurídico no Brasil e no exterior, e que tiveram, no uso da interceptação telefônica, o cerne das discussões a seu respeito, norteando a jurisprudência sucedânea.

3.4. Casuística

3.4.1. A Operação Monte Carlo

Em um dos mais célebres casos pátrios envolvendo a legalidade das interceptações telefônicas - a denominada Operação Monte Carlo -, foi revelado um esquema de exploração de jogos ilegais e corrupção em Goiás e no Distrito Federal. Deflagrada pela Polícia Federal e Ministério Público Federal em 2012, a investigação trouxe à tona gravações telefônicas que culminaram na renúncia de um senador da República, deram azo a duas CPIs, uma no Congresso Nacional e outra na Assembleia Legislativa de Goiás, e levaram à condenação de oito pessoas.

No recurso de *Habeas Corpus* impetrado pela defesa de Carlinhos Cachoeira - apontado como um dos coordenadores do esquema das máquinas de caça níquel em Goiás e Brasília – em função de sua então prisão preventiva, foi questionada a legalidade das escutas telefônicas que haviam sido autorizadas pelo juiz federal Paulo Augusto Moreira Lima. O ilustre jurista Fernando da Costa Tourinho Neto, relator do processo em segunda instância, apontou o seguinte[[96]](#footnote-96), em voto pela liberação de Cachoeira:

A interceptação telefônica não pode ser autorizada com base em mero expedientes policiais. Não pode haver a banalização da interceptação telefônica para combater-se o crime, sob pena de violar-se a Constituição, ferindo de forma intolerável o Estado Democrático de Direito.

(...)

Não apresentou o MM Juiz de Direito nenhuma fundamentação. (para autorizar a interceptação telefônica – Grifo nosso)

A mesmíssima fundamentação deu, em 25 de fevereiro de 2011, para interceptação das comunicações telefônicas do paciente e de outros, não citando, igualmente, seus nomes, mencionando tão somente os números dos telefones (v. fls. 385 e 386). Ou seja: novamente não fundamentou.

O paciente, Carlos Augusto de Almeida Ramos, o Carlinhos Cachoeira, veio a ter sua comunicação telefônica interceptada, a pedido da Polícia Federal, e o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Valparaíso de Goiás, deferiu o pedido, sem que fosse indicado seu nome, quanto mais a qualificação, e não havia impossibilidade manifesta ‘para indicar esses dados, como dispõe o parágrafo único do art. 2º da Lei 9.296/96: “Em qualquer hipótese [do caput do art. 2º] deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada” destaquei – v. fls. 385/386.

(...)

Tenha-se, pois, que legalidade da decisão que determina a interceptação telefônica, só pode ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em virtude de reforço das informações.

(...)

4. A decisão que determina a interceptação de comunicação telefônica deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Alegação, única, que se trata de interesse público para combater o crime organizado não é fundamento para determinar-se a interceptação da comunicação telefônica. A lei exige que seja indispensável a interceptação telefônica para conseguir-se apurar a infração penal (Lei 9.296/96, arts. 4º e 5º). Não é fundamento a afirmativa, tão-só, que: "o interesse público, mormente no combate ao crime organizado, aliado à relatividade do sigilo das comunicações telefônicas - e num plano maior do próprio direito à intimidade - permitem o deferimento do pedido".

(...)

Verifica-se que o MM.Juiz de Direito não apresentou nenhuma fundamentação para deferir a representação da autoridade policial, igualmente não fundamentada, pela decretação da interceptação telefônica.

 (...)

3. Ante o exposto, concedo a ordem de habeas corpus impetrada em favor do paciente (...) para declarar nulas as interceptações telefônicas (...) reconhecendo, também, como ilícitas as provas derivadas das interceptações, direta ou indiretamente, determinando sua retirada dos autos, imediatamente.

Entretanto, o Relator foi voto vencido no julgamento do *Habeas Corpus* em questão, prevalecendo a denegação do mesmo, sintetizada no voto do Desembargador Cândido Ribeiro:

De início, esclareço que, a exemplo do eminente Relator, admito, ainda que extraordinariamente, se inicie procedimento investigatório a partir de denúncia anônima, visto que, como bem salientado pelo ilustre procurador Regional da República, as Cortes Superiores abrandaram uma interpretação mais rigorosa para, em caso que tais, permitir o desencadeamento do inquérito a partir do anonimato.

Com efeito, não é usual iniciar uma investigação criminal por meio de uma interceptação telefônica, abrindo mão, desde logo, de outros meios de colheitas de provas (...)

Todavia, na hipótese, a dificuldade para o início dos trabalhos investigativos residia no fato de que a atividade de jogo de azar, inclusive com máquinas caça-níqueis, da qual derivam outros crimes mais graves, teria em sua logística de segurança a participação de um grande número de policiais do Estado de Goiás e, posteriormente, de policiais federais. Daí a dificuldade da apuração e a excepcionalidade patente a justificar a utilização das interceptações telefônicas, como forma única de dar eficácia ao trabalho investigativo, pelo menos em seu início (grifo nosso).

Portanto, partindo dessa premissa, de que a prova não poderia ser colhida por outros meios em face da logística de segurança em torno do planejamento e da realização dos ilícitos investigados, não há que se falar em violação à Constituição Federal (art. 5º, XII) ou à Lei 9.296/1996 (grifo nosso), em face do previsto no inciso II do art. 2º do aludido diploma legal.

(...)

Assim sendo, o início dessa investigação por meio de interceptação telefônica justifica-se, a meu ver, em razão da excepcionalidade da situação, na qual, entre os investigados, já se vislumbrava a presença de inúmeros policiais militares, civis e federais, dentre os quais delegados, na logística de segurança e no fornecimento de informações para a suposta organização criminosa, a comprometer a eficácia dos demais meios de prova.

Por sua vez, quanto à indicação de número de telefone sem a qualificação do titular da linha, vale o registro de que, na hipótese em exame, inúmeros eram os aparelhos rádio/celulares utilizados pela suposta organização criminosa (grifo nosso), cuja habilitação se dera no exterior, o que, por óbvio, dificultava até a identificação do usuário.

(...)

Por fim, penso que eventual fundamentação deficiente da decisão que decreta a quebra do sigilo telefônico não pode ser considerada, por si só, como se inexistente fosse, por mais precários que sejam os seus fundamentos. O indispensável, na minha visão, é que estejam demonstrados indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punível com pena de reclusão e a indisponibilidade de outros meios para a colheita eficaz da prova (grifo nosso).

(...)

Por enquanto, todavia, à míngua dos elementos existentes e colocados para apreciação deste Colegiado, não se apresenta possível visualizar tal desvio e, se ocorrente, qual a sua extensão e efeitos.

Pelo exposto, denego a ordem impetrada.

3.4.2. Olmstead contra os Estados Unidos e Katz contra os Estados Unidos[[97]](#footnote-97)

Nos Estados Unidos, país considerado precursor tecnológico e político, o direito à privacidade é um dos temas que há algum tempo recebe grande atenção midiática e social, sendo que a sociedade internacional recentemente passou a colocar em xeque a extensão do controle de informações exercido pelos norte americanos, notadamente depois do vazamento de documentos da Agência Nacional de Segurança (NSA) encabeçado por Edward Snowden, ex-técnico da CIA. Neste sentido, a gravação/interceptação de conversas telefônicas (*wiretapping)* sempre esteve em discussão, e sua utilização, principalmente desde os atentados de 11 de setembro de 2001, é hoje matéria de segurança nacional nos Estados Unidos, extrapolando o direito criminal.

 O primeiro grande caso envolvendo a legalidade de interceptações telefônicas nos Estados Unidos foi o de Olmstead Vs. US (Olmstead contra os Estados Unidos), que em 1928 chegou à Suprema Corte norte-americana, na forma de apelação à condenação do suposto líder de um cartel de contrabando de bebidas alcoólicas nos tempos da Lei Seca, Roy Olmstead. No caso, as principais evidências da promotoria haviam sido colhidas pelos agentes da Lei Seca através de interceptações telefônicas em linhas de telefone privadas utilizadas pelos indiciados. O principal ponto da defesa era de que os “grampos” haviam sido colocados nos telefones com violação (*trespass)* à propriedade dos acusados, em operação que não contou com o devido mandado judicial (*warrant*). Sustentou a defesa que determinada violação, não autorizada, afrontava o disposto nas 4ª[[98]](#footnote-98) e 5ª Emendas constitucionais norte-americanas. No entanto, restou provado que, tecnicamente, não houve a referida violação à propriedade por parte dos agentes federais, que haviam plantado os grampos nos postes telefônicos localizados nas ruas das casas e nos subsolos dos edifícios onde se localizavam os escritórios dos acusados. Em função disso, em votação acirrada (5 votos contra 4), a Suprema Corte norte-americana manteve a condenação de Roy Olmstead e dos demais réus, sob o argumento de que as cortes menores não poderiam sublevar a legalidade das evidências apenas em função da “falta de ética” com que foram colhidas.

 Alguns anos mais tarde, em 1934, os Estados Unidos aprovaram o “*Federal Communications Act” -* muito em função da repercussão negativa do caso Olmstead Vs. US -, que proibia, dentre outras coisas, a utilização de informações obtidas através de grampos telefônicos nos tribunais, bem como tornava um crime federal a interceptação ou divulgação de conversas telefônicas alheias. Entretanto, em função de política criminal, em poucos anos as interceptações telefônicas começaram a ser novamente admitidas como meios investigatórios e provas legais.

 Foi somente em 1967, no famoso caso *Katz Vs. US* (Katz contra os Estados Unidos), que a Suprema Corte norte-americana solidificou a necessidade de um mandado judicial, preciso e com tempo limitado de duração, para que se pudesse grampear um telefone. Charles Katz havia sido indiciado por fornecer informações privilegiadas e agenciar apostas ilegais, sendo que as provas da acusação se basearam em interceptações telefônicas das conversas de Katz realizadas através de uma escuta implantada em determinado telefone público. A defesa argumentou que, ainda se tratasse de telefone público, o réu tinha direito à privacidade de suas conversas, baseando-se na 4º emenda Constitucional norte-americana. Em decisão esmagadora (7 votos contra 1, e uma abstenção – do famoso juiz Marshall), a corte decidiu pela invalidade das interceptações telefônicas, entendendo que a 4ª emenda havia sido infringida. Nas razões da decisão, prevaleceu o entendimento de que qualquer conversa goza de proteção constitucional, contanto que nela haja expectativa moderada de privacidade[[99]](#footnote-99) por parte dos interlocutores. Por conseguinte, a despeito do fato das conversas terem acontecido em telefone público, tratava-se de privacidade esperada pelo réu, pelo que teria sido necessário o respectivo mandando judicial. Uma exceção foi feita, no entanto, dando ao presidente do país poderes para, caso fosse questão de segurança nacional, ordenar pessoalmente e sem necessidade do crivo judiciário a interceptação de conversas telefônicas.

 Atualmente, prevalece nos Estados Unidos o *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, de 1968 – corolário do julgamento Katz Vs US -, que manteve a necessidade de autorização judicial específica e limitação temporal às interceptações/escutas telefônicas, mantendo os poderes mencionados acima ao presidente, em casos pontuais. Vale lembrar que o caso Watergate, que levou à formulação do Impeachment contra o presidente Richard Nixon e sua posterior renúncia, em 1974, girava em torno de sua autorização ilegal à colocação de escutas no escritório do partido democrata. Após os atentados de 11 de setembro, promulgou-se o *Patriot Act*, que dá aos órgãos governamentais liberdade praticamente absoluta em monitorar e interceptar dados e conversas alheias, bem como utilizá-los judicialmente, quando se tratar de combate ao terrorismo.

Conclusão

Vimos, na parte primeira do presente estudo, a importância das distinções terminológicas no direito penal: provas, meios obtenção da prova, e meios de investigação de provas – onde se insere a interceptação telefônica. Os meios de investigação, traduzidos em ferramentas legal e judicialmente autorizados para obter conteúdo probatório, são geralmente extrajudiciais, são os principais recursos de que dispõem os agentes públicos para encontrar as fontes materiais das provas que serão usadas em juízo. Como meio de investigação, a interceptação telefônica pressupõe uma decisão judicial emanada de juiz competente (juiz natural), sempre motivada (motivação da sentença), daí decorrendo o que vimos ser, no capítulo segundo, a proporcionalidade em sentido estrito – a possiblidade, a ser conferida ao juiz de direito, mediante presença de pressupostos e requisitos (objetivos e subjetivos), de sobreposição de um interesse fundamental a outro (a dicotomia entre o interesse público e o direito à privacidade do particular, no caso da interceptação telefônica). Os princípios de direito são de análise fundamental para qualquer pessoa que se aventure pela seara jurídica, mormente quando se fala em ferramentas que restringem direitos protegidos constitucionalmente, pelo que sua compreensão, ainda mais em direito penal - com sua aproximação tão tátil à realidade humana - é essencial para a análise de qualquer texto legal.

 E foi a partir da análise, breve, de alguns desses princípios – e de sua sobreposição à lei 9.296/96 – que, pautados nos ensinamentos doutrinários decorrentes, adentramos nas especificidades da interceptação telefônica no Brasil. Nesse sentido, destaque para a motivação objetiva da decisão que autoriza seu uso, ao caráter extraordinário e subsidiário da interceptação, e ao requisito – nem sempre observado, mas de importância igual importância aos primeiros – de nova e expressamente motivada sentença, toda vez que o limite temporal da investigação expirar. A lei 9.296/96 é sucinta e, como bem apontado por tantos, carece de alguns detalhamentos – principalmente no que diz respeito aos limites para uso da interceptação telefônica e seu alcance interpessoal -; no entanto, a correta leitura dos princípios que restringem a atividade judicial e judiciária na persecução penal – bem como o direcionamento dos tribunais -, são (ou deveriam ser), na maioria dos casos, suficientes para que se tenha, em mãos, uma efetiva ferramenta mantenedora da paz social - e não uma arma para restrição voluntariosa de direitos fundamentais.

De maneira subsequente, vimos que o advento da Lei 12.850/2013 é um marco no posicionamento de nossas autoridades legislativas em reconhecer e enfrentar o problema da criminalidade organizada no Brasil. Os métodos de produção de provas de que dispõe o nosso aparato judicial/policial são equiparáveis aos de muitos países que erradicaram quase que completamente o problema. É da construção entre a nova lei de combate às organizações criminosas e os outros dispositivos legais – como exemplo do presente trabalho, a Lei 9296/1996, que regula as interceptações telefônicas – que se pavimentará a jurisprudência dos próximos anos.

De maneira geral, seja no Brasil ou em outros países, o debate causado pela prevalência do combate ao crime e da segurança pública sobre as garantias individuais e o direito à privacidade é algo em constante aprimoramento e modificação, sendo que as políticas criminais, muitas vezes lentas e míopes, podem levar tanto ao engessamento da investigação criminal quanto à supressão dos direitos mais básicos. Entendemos que o direito deve sempre estar à disposição da sociedade – mas nunca refém de clamores sociais pontuais e interesses escusos -, de modo que, idealmente, nossas leis sejam aplicadas de um modo dialético e prático, por operadores éticos e neutros. Posto isso, entendemos de vital importância que se atendam os pressupostos e requisitos do princípio da proporcionalidade quando se fala em interceptação telefônica, podendo-se, a nosso ver, adotar a proporcionalidade em sentido estrito no uso dos meios de investigação em determinados casos – mormente quando se fala de criminalidade organizada (em que pese a consideração ou não da teoria do direito penal do inimigo): determinados grupos criminosos adquiriram tamanha dimensão que podem colocar em risco a própria manutenção da paz social e da ordem pública, de modo que, se falarmos em conflito de direitos fundamentais (de onde decorre a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito), nesses casos, poderia se falar em maximização do interesse social – o que abriria maior espaço para o uso dos meios extraordinários de investigação.

Bibliografia

BARROS, Marco Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. 3ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011.

BRITO, Alexis Augusto Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 2ª Edição. Atlas. São Paulo. 2014

CURY, Rogério. Artigo: *Análise sobre as disposições preliminares da Lei 12.850/2013 - Organização Criminosa*. *In http://www.academus.pro.br/site/pg.asp?pagina=detalhe\_artigo&titulo=Artigos&codigo=2338*

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal.* Millennium; Conceito. Campinas. 2008

GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1997

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas Sobre a Terminologia da Prova*. *In* Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. DPJ. São Paulo. 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica – Considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de Julho de 1996*. 2ª Edição. Saraiva. São Paulo. 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. Saraiva. São Paulo. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 12ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Publicidade e Proporcionalidade na Persecução Penal Brasileira. In* *Sigilo no Processo Penal*. Coord. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2008

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa – Comentários à Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2ª Edição. Lumens. Rio de Janeiro. 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 6ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2014.

ROCHA, Ana Brasil. *Medidas Cautelares como Meios de Investigação e Fontes de Obtenção de* Provas. *In* *Crime Organizado.* Coord. MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Saraiva. São Paulo. 2012

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Teoria Geral do Direito Penal e a Atuação do Estado em Face do Crime Organizado. In Crime Organizado*. Coord. MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Saraiva. São Paulo. 2012

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Volume 3. 35ª Edição. Saraiva. São Paulo. 2013.

TRENTIN, Jiskia Sandri. *Crime Organizado: Ferramentas Legais de Combate – Interceptação Telefônica e Ambiental – e suas Deficiências. In Crime Organizado.* Coord. MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Saraiva. São Paulo. 2012

Páginas Visitadas

<http://rogeriocury.jusbrasil.com.br/artigos/112020593/analise-sobre-as-disposicoes-preliminares-da-lei-12850-2013-organizacao-criminosa>.

<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/litigation/materials/sac_2012/29-1_history_and_law_of_wiretapping.authcheckdam.pdf>

<http://www.uscourts.gov/educational-resources/get-involved/constitution-activities/fourth-amendment/wiretaps-cell-phone-surveillance.aspx>

<http://faculty.ist.psu.edu/bagby/432Fall06/T1/Background-History.html>

1. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Teoria Geral do Direito Penal e a Atuação do Estado em Face do Crime Organizado.* *In* *Crime Organizado*. Coord. MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. 2012, p. 197 [↑](#footnote-ref-1)
2. *Ibidem*, p. 202 [↑](#footnote-ref-2)
3. *Ibidem*, pp. 199-200 [↑](#footnote-ref-3)
4. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2011, pp. 124-125 [↑](#footnote-ref-4)
5. BARROS, Marco Antônio de. 2011, pp. 125-126 [↑](#footnote-ref-5)
6. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a Terminologia das Provas*. 2005, pp. 303-304 [↑](#footnote-ref-6)
7. *Ibidem*, p. 304 [↑](#footnote-ref-7)
8. “*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas* (...)”. [↑](#footnote-ref-8)
9. “*A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício* (...)”. [↑](#footnote-ref-9)
10. “*São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais* (...)”. [↑](#footnote-ref-10)
11. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2005, p. 307 [↑](#footnote-ref-11)
12. *Idem*  [↑](#footnote-ref-12)
13. “*São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. [↑](#footnote-ref-13)
14. “*Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado*”. [↑](#footnote-ref-14)
15. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2005, p. 308 [↑](#footnote-ref-15)
16. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2005, p. 308 [↑](#footnote-ref-16)
17. *Ibidem*, p. 309 [↑](#footnote-ref-17)
18. *Idem* [↑](#footnote-ref-18)
19. DEZEM, Guilherme Madeira. 2008, p. 84 [↑](#footnote-ref-19)
20. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2005, pp. 309-310 [↑](#footnote-ref-20)
21. *Ibidem*, p. 310 [↑](#footnote-ref-21)
22. O autor traz ainda a lição do jurista uruguaio Eduardo Couture: “*Interpretar é, ainda que inconscientemente, tomar partido por uma concepção do Direito, o que significa dizer, por uma concepção do mundo e da vida*”. (PRADO, Geraldo. 2001, pp. 60-62) [↑](#footnote-ref-22)
23. PRADO, Geraldo. 2001, p. 65 [↑](#footnote-ref-23)
24. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Apud* DEZEM, Guilherme Madeira. 2008, p. 93 [↑](#footnote-ref-24)
25. BARROS, Marco Antônio de. 2011, p. 124 [↑](#footnote-ref-25)
26. DEZEM, Guilherme Madeira. 2008, p. 93 [↑](#footnote-ref-26)
27. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da Prova no Processo Penal*. *Apud* DEZEM, Guilherme Madeira. 2008, p. 93 [↑](#footnote-ref-27)
28. PRADO, Geraldo. 2001, pp. 157-158 [↑](#footnote-ref-28)
29. *Ibidem*, pp. 160-161 [↑](#footnote-ref-29)
30. DEZEM, Guilherme Madeira. 2008, p. 130 [↑](#footnote-ref-30)
31. BARROS, Marco Antônio de. 2011, p. 196 [↑](#footnote-ref-31)
32. MORAES, Maurício Zanoide de. 2008, pp. 30-31 [↑](#footnote-ref-32)
33. BARROS, Marco Antônio de. 2011, p. 195 [↑](#footnote-ref-33)
34. MORAES, Maurício Zanoide de. 2008, pp. 32-33 [↑](#footnote-ref-34)
35. *Ibidem*, p. 33 [↑](#footnote-ref-35)
36. *Ibidem*, pp. 33-34 [↑](#footnote-ref-36)
37. *Ibidem*, pp. 34-35 [↑](#footnote-ref-37)
38. *Ibidem*, pp. 35-36 [↑](#footnote-ref-38)
39. *Ibidem*, pp. 36-37 [↑](#footnote-ref-39)
40. *Ibidem*, p. 37 [↑](#footnote-ref-40)
41. *Idem* [↑](#footnote-ref-41)
42. *Idem* [↑](#footnote-ref-42)
43. *Ibidem,* p. 37-38 [↑](#footnote-ref-43)
44. *Ibidem*, p. 37 [↑](#footnote-ref-44)
45. *Ibidem*, p. 38 [↑](#footnote-ref-45)
46. *Idem* [↑](#footnote-ref-46)
47. *Ibidem*, p. 39 [↑](#footnote-ref-47)
48. *Ibidem*, pp. 39-40 [↑](#footnote-ref-48)
49. *Ibidem*, pp. 40-41 [↑](#footnote-ref-49)
50. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. *Apud* DEZEM, Guilherme Madeira. 2008, p. 130 [↑](#footnote-ref-50)
51. DEZEM, Guilherme Madeira. 2008, pp. 130-131 [↑](#footnote-ref-51)
52. BARROS, Marco Antônio. 2011, p. 137 [↑](#footnote-ref-52)
53. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2011, p. 170 [↑](#footnote-ref-53)
54. *Ibidem*, pp. 169-170 [↑](#footnote-ref-54)
55. BARROS, Marco Antônio de. 2011, p. 166 [↑](#footnote-ref-55)
56. TRENTIN, Jiskia Sandri. 2012, pp. 381-382 [↑](#footnote-ref-56)
57. “Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação: I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado; II - O conhecimento dado: a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal; b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação; c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo; d) os fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários; e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação dêste”. [↑](#footnote-ref-57)
58. GRECO FILHO, Vicente. 2006, pp. 4-5 [↑](#footnote-ref-58)
59. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2011, p. 170 [↑](#footnote-ref-59)
60. GRECO FILHO, Vicente. 2011, pp. 23-24 [↑](#footnote-ref-60)
61. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2011, p. 174 [↑](#footnote-ref-61)
62. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2011, p. 167 [↑](#footnote-ref-62)
63. BARROS, Marco Antônio de. 2011, p. 166 [↑](#footnote-ref-63)
64. TRENTIN, Jiskia Sandri. 2012, p.381 [↑](#footnote-ref-64)
65. NUCCI, Guilherme de Souza. 2013, p. 43 [↑](#footnote-ref-65)
66. NUCCI, Guilherme de Souza. 2013, p. 43 [↑](#footnote-ref-66)
67. Nesse ponto, Vicente Greco Filho ressalta a diferenciação terminológica encontrada nas leis penais, que preveem *indícios suficientes, indícios veementes* e, na lei em comento, *indícios razoáveis*, entretanto não se afigurando em problemas práticos para os magistrados. (GRECO FILHO, Vicente. 2006, p. 26). [↑](#footnote-ref-67)
68. PITOMBO, Sergio M. Moraes. *Apud* GRECO FILHO, Vicente. 2006, pp. 27-28 [↑](#footnote-ref-68)
69. *Ibidem*, pp. 26-27 [↑](#footnote-ref-69)
70. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2011, p.166 [↑](#footnote-ref-70)
71. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2011, p. 167 [↑](#footnote-ref-71)
72. GRECO FILHO, Vicente. 2006, p. 29 [↑](#footnote-ref-72)
73. *Idem*. O autor usa como raciocínio um telefone público usado habitualmente para o tráfico de drogas, exemplo muito afinado com a realidade. [↑](#footnote-ref-73)
74. *Ibidem*, p. 177 [↑](#footnote-ref-74)
75. GRECO FILHO, Vicente. 2006, pp. 36-37 [↑](#footnote-ref-75)
76. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 2011, p. 177. Ada Pellegrini faz menção ao julgamento do HC nº 78.098-9-SC, de relatoria do Ministro Moreira Alves, que dispõe “Assim não se classifica como ilícita, (grifo nosso) a interceptação telefônica judicialmente autorizada e que incrimina, seriamente, indivíduo citado, vezes várias, pelos interlocutores, embora a medida não tenha sido decretada em relação a sua pessoa.”. [↑](#footnote-ref-76)
77. GRECO FILHO, Vicente. 2006, p. 34 [↑](#footnote-ref-77)
78. Como exemplo, o jurista cita o juiz que defere o requerimento da interceptação telefônica com o objetivo de investigar todos os assinantes cadastrados numa dada empresa telefônica. [↑](#footnote-ref-78)
79. Lei 9.296/96, Art. 5°: decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.” [↑](#footnote-ref-79)
80. BARROS, Marco Antônio de. 2011, pp. 167-168 [↑](#footnote-ref-80)
81. HABEAS CORPUS Nº 2009.01.00.047258-0/MT – TRF 1 [↑](#footnote-ref-81)
82. CURY, Rogério. *Análise sobre as disposições preliminares da Lei 12.850/2013*. *In http://rogeriocury.jusbrasil.com.br/artigos/112020593/analise-sobre-as-disposicoes-preliminares-da-lei-12850-2013-organizacao-criminosa.*  [↑](#footnote-ref-82)
83. PRADO, Luiz Regis. 2014, p. 394 [↑](#footnote-ref-83)
84. NUCCI, Guilherme de Souza. 2013, pp. 14-15 [↑](#footnote-ref-84)
85. Nos valemos do prático apontamento de Vicente Greco Filho: “Tomando como exemplo uma organização criminosa para o tráfico ilícito de entorpecentes, dir-se-ia que tem atividade definida o importador, o transportador, o destilador, o financeiro, o traficante de área e distribuidor e o traficante local, como uma rede, das artérias aos vasos capilares.” (GRECO FILHO, Vicente. 2013, p. 20 [↑](#footnote-ref-85)
86. NUCCI, Guilherme de Souza. 2013, p. 15 [↑](#footnote-ref-86)
87. “Art. 2o Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1o Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2o As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3o A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4o A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

§ 5o Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

§ 6o A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

“§ 7o Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão”. [↑](#footnote-ref-87)
88. NUCCI, Guilherme de Souza. 2013, pp. 16-17 [↑](#footnote-ref-88)
89. NUCCI, Guilherme de Souza. 2013, p. 17 [↑](#footnote-ref-89)
90. GRECO FILHO, Vicente. 2013, p. 21 [↑](#footnote-ref-90)
91. Lei 11.343 de 23 de Agosto de 2006. Como exemplo, o art. 35 da mesma: “Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa”. Neste caso, pelo princípio da especialidade, quando se tratar de tráfico de drogas, prevalece o crime de associação contido neste art. 35 sobre o de integrar organização criminosa (GRECO FILHO, Vicente. 2013, p. 29) [↑](#footnote-ref-91)
92. PRADO, Luiz Regis. 2014, pp. 408-409 [↑](#footnote-ref-92)
93. GRECO FILHO, Vicente. 2013, p.28 [↑](#footnote-ref-93)
94. Um exemplo é o art. 1º da Lei 12.694/2013: “*Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual* (...)”. É uma diversificação trazida pela lei à aplicação tradicional do princípio da identidade física do juiz, de modo a proteger os mesmos. [↑](#footnote-ref-94)
95. “O rol, como expressamente está referido, não é taxativo, admitindo-se todos os previstos no Código de Processo penal, e, na expressão do Código de Processo Civil, os moralmente legítimos, entendidos como tais os meios que sejam consentâneos com os princípios probatórios do processo moderno”. (GRECO FILHO, Vicente. 2013, pp. 34-35) [↑](#footnote-ref-95)
96. TRF 1 - HABEAS CORPUS nº 0026655-24.2012.4.01.0000/GO [↑](#footnote-ref-96)
97. Extraído dos sites: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/litigation/materials/sac\_2012/29-1\_history\_and\_law\_of\_wiretapping.authcheckdam.pdf

http://www.uscourts.gov/educational-resources/get-involved/constitution-activities/fourth-amendment/wiretaps-cell-phone-surveillance.aspx

http://faculty.ist.psu.edu/bagby/432Fall06/T1/Background-History.html [↑](#footnote-ref-97)
98. “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”. [↑](#footnote-ref-98)
99. “*reasonable expectation of privacy*” [↑](#footnote-ref-99)