

# Sigilo e persecução penal

*João Luiz Moraes Rosa\**

## Resumo

No âmbito da persecução penal, razões de interesse público podem ser invocadas tanto para afastar quanto para manter o sigilo. Durante a investigação ou no curso da ação penal, ao mesmo tempo em que pode haver o afastamento do sigilo telefônico ou telemático, o sigilo de informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, ao menos por certo período, deve ser mantido. Como, em que circunstâncias, por meio do preenchimento de quais requisitos, em quais prazos o afastamento ou a manutenção do sigilo ocorre? É a respeito disso que o presente artigo pretende tratar, com a advertência de que a linha medular da interpretação da legislação infraconstitucional sobre sigilo são os direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Interceptação Telefônica; Lei de Acesso à Informação; Marco Civil da Internet; Persecução Penal; Sigilo.

## Introdução

É consenso na doutrina constitucional que nenhum direito é absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais, pois podem sofrer limitações em situações excepcionais. Mesmo os direitos mais caros da pessoa humana são passíveis de restrição, como, por exemplo, a liberdade de locomoção, que pode ceder frente à pena privativa de liberdade, imposta em condenação criminal tomada após regular processo penal<sup>1</sup>. Até mesmo o direito à vida pode ser legitimamente suprimido no Brasil, na excepcional situação de determinados crimes praticados no contexto de guerra declarada<sup>2</sup>.

Recebido em: 01/01/2017 | Aprovado em: 25/01/2017

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i1.6651>

---

\* Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (2008). Delegado de Polícia Federal em São Paulo/SP. Brasil. E-mail: joao\_luiz79@hotmail.com; joaoluiz.jlmr@dpf.gov.br.

<sup>1</sup> Art. 5º, XLVI, alínea “a”, Constituição Federal (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. DOU de 5.10.1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016).

<sup>2</sup> Art. 5º, XLVII, alínea “a”, Constituição Federal (BRASIL 1988).

Pode-se vislumbrar, assim, certa graduação no nível de excepcionalidade da conjuntura apta a ensejar a limitação de um dado direito. Quanto mais importante o direito, portanto, dentro do universo de direitos inerentes à pessoa humana, mais excepcional há de ser a situação justificante de sua restrição. Nesse trabalho, trata-se de direitos fundamentais da maior importância: intimidade, vida privada e acesso à informação, elevados à categoria de cláusulas pétreas pelo legislador constituinte brasileiro originário<sup>3</sup>.

Nesse sentido, no campo excepcional do processo penal – o direito penal como *ultima ratio*, ou seja, somente deve ser aplicado no caso de ineficácia dos demais ramos do ordenamento jurídico – é possível a limitação dos direitos fundamentais da intimidade, vida privada e acesso à informação. Isso ocorre quando as agências estatais responsáveis pela persecução penal se valem de técnicas especiais de investigação, também conhecidas como meios de obtenção de prova<sup>4</sup>, hipótese em que se restringem, temporariamente, a intimidade e a vida privada, bem como nos casos em que o Poder Público está na posse de informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, circunstância que se sobrepõe ao direito fundamental de acesso à informação.

Nesse contexto, um dos meios de obtenção de prova mais invasivo dos direitos fundamentais da intimidade e da vida privada da pessoa humana é a interceptação telefônica ou telemática<sup>5</sup>, admitida pelo próprio texto constitucional, mediante autorização judicial, apenas para fins de produção probatória em investigação criminal ou processo penal, nas hipóteses e forma estabelecidas em lei<sup>6</sup>. A norma que regulamenta a matéria, a Lei 9.296 de 1996,<sup>7</sup> surgiu no ordenamento jurídico brasileiro oito anos após a promulgação da Constituição e sua leitura suscita uma série de dúvidas quanto à correta interpretação a ser conferida aos seus diversos dispositivos, que disciplinam a forma, hipóteses, requisitos legais, dentre outros regramentos, da interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas no Brasil.

<sup>3</sup> Art. 5º, X e XXXIII, Constituição Federal (BRASIL 1988)

<sup>4</sup> Art. 3º, Lei 12.850/2013 (BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016).

<sup>5</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Das escutas telefônicas. In: COSTA, José de Faria (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais* – Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 206.

<sup>6</sup> Art. 5º, XII, Constituição Federal (BRASIL 1988)

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

No que toca ao direito de acesso à informação, a lei<sup>8</sup> que regulamenta o artigo 5º, XXXIII, da Constituição da República veio à lume apenas em 2011 – Lei 12.527 - e, por força de seu alongado prazo de *vacatio legis*, entrou em vigor em maio do ano de 2012. Por meio dessa lei, razões de interesse público impõem o sigilo, que não deve ceder, inicialmente, frente a um direito fundamental, o direito de acesso à informação<sup>9</sup>.

Portanto, é a respeito da interpretação e da aplicação da Lei 9.296 de 1996 e da Lei 12.527 de 2011 – esta última especificamente no que diz respeito à sua aplicação na persecução penal –, que este artigo pretende analisar. Procura-se demonstrar que, no contexto da persecução penal, ora o sigilo (do particular) deve ceder, por razões de interesse público, por meio das interceptações telefônicas ou telemáticas; ora o sigilo (de informações em poder do Estado) deve prevalecer, também por razões de interesse público, em vista da segurança da sociedade e do Estado.

Não obstante, recentemente entrou em vigor a Lei 12.965, de 2014 (Marco Civil da Internet)<sup>10</sup>, a qual se encontra intimamente relacionada ao objeto da Lei 9.296 de 1996, em questões afetas à investigação criminal e ao processo penal. Ao longo do texto, portanto, aborda-se também essa lei no que for relativo à temática do sigilo das comunicações das comunicações privadas e seu tratamento no contexto da persecução penal.

## Interceptações telefônicas e nomenclatura

Não há consenso na doutrina, e tampouco um padrão na legislação, a respeito da nomenclatura que deve ser utilizada quando se refere à ‘interceptação’ – expressão mais comum – das comunicações telefônicas ou telemáticas.

Na Constituição da República, encontram-se as locuções “comunicações telefônicas, de dados e comunicações telefônicas”<sup>11</sup>. Na Lei 9.296/1996, por sua vez,

---

<sup>8</sup> BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XX-XIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>9</sup> Lei nº 12.527/2011 (BRASIL, 2011).

<sup>10</sup> BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>11</sup> Art. 5º, XII, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

utilizam-se os vocábulos “interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza” e “interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.<sup>12</sup> Mais recentemente, a Lei 12.850/2013 refere-se à “interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas de qualquer natureza”.<sup>13</sup>

Com relação às mais variadas formas de gravação e captação de sons, com nítida finalidade de sistematização e ordenação, Luiz Flávio Gomes<sup>14</sup> aborda o tema com a apresentação de algumas expressões, que vieram a ser consagradas pela doutrina e Tribunais pátrios<sup>15</sup>, de molde a classificar o monitoramento ou captação de comunicações, nos seguintes termos:

- a) *interceptação telefônica* (ou *interceptação em sentido estrito*): consiste na captação da comunicação telefônica por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores;
- b) *escuta telefônica*: é a captação da comunicação telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro. Na escuta, como se vê, um dos comunicadores tem ciência da intromissão alheia na comunicação;
- c) *gravação telefônica ou gravação clandestina*: é a gravação da comunicação telefônica por um dos comunicadores, ou seja, trata-se de uma gravação da própria comunicação. Normalmente é feita sem o conhecimento do outro comunicador, daí falar-se em gravação clandestina;
- d) *interceptação ambiental*: é a captação de uma comunicação no próprio ambiente dela, por um terceiro, sem o conhecimento dos comunicadores;
- e) *escuta ambiental*: é a captação de uma comunicação, no ambiente dela, feita por terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores;
- f) *gravação ambiental*: é a captação no ambiente da comunicação feita por um dos comunicadores (ex.: gravador, câmeras ocultas etc.). Também denominada *gravação clandestina*” (destaques do original).

A classificação mostra-se pertinente, pois o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que a gravação ambiental, feita por um dos interlocutores para o

<sup>12</sup> Art. 1º e p.u., Lei 9.296/1996 (BRASIL, 1996).

<sup>13</sup> Art. 3º, V, Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013).

<sup>14</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvia. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, pp. 24-25.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.949/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. Julgado em 30 de outubro de 2001. Diário de Justiça da União, 14 de dezembro de 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.613/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em 15 de maio de 2012, 14 de setembro de 2012. Acórdão eletrônico Diário de Justiça Eletrônico -182, em 14 de setembro de 2012, publicado em 17 de setembro de 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 214089/SP. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF. Julgado em 16 de março de 2000. Diário de Justiça da União, em 17 de abril de 2000.

exercício de um direito, é admissível independentemente de autorização judicial<sup>16</sup>. Exemplo clássico é aquele em que a vítima do crime de extorsão grava a conversa na qual sofre o achaque por parte do autor do delito. Essa interpretação, registre-se, vale para os casos de gravação telefônica, realizada por um dos interlocutores<sup>17</sup>, em que a gravação, por exemplo, pode ser feita pelo ofendido para fins de produção probatória, como na situação em que familiares da vítima do crime de extorsão mediante sequestro gravam contato telefônico mantido com os sequestradores<sup>18</sup>.

Há posicionamento, recentemente defendido em tese de doutoramento, no sentido de que a expressão “monitoramento de sinais” seria a mais apropriada, em razão das várias formas de captação de comunicações, operacionalizadas de acordo com as modernas plataformas de transmissão de “sinais”, por meio das quais as grandes empresas de telefonia e internet disponibilizam seus serviços ao consumidor<sup>19</sup>.

## Afastamento dos sigilos telefônico, telemático e de dados

O afastamento do sigilo de comunicações telefônicas e de dados telemáticos abrange dois meios de obtenção de prova distintos, que possibilitam o acesso a elementos que dizem com a intimidade e a vida privada do investigado ou réu em processo penal, razão pela qual estão acobertados pelo manto da cláusula de reserva de jurisdição.

Tem-se, pois, que o afastamento do sigilo pode ser deferido judicialmente para fins de (i) monitoramento (interceptação) de comunicações telefônicas e/ou telemáticas e de dados em tempo real, ou para o propósito de (ii) acesso a dados que digam respeito a comunicações telefônicas e/ou telemáticas passadas, tais como extrato de ligações efetuadas e recebidas, números dos terminais telefônicos e dos IMEI's<sup>20</sup> envolvidos nas ligações, localização geográfica dos aparelhos

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 583937. Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF. Julgado em 19 de novembro de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, em 18 de dezembro de 2009.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 447. Relator: Ministro Carlos Britto. Informativo 536. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo536.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

<sup>18</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 105.

<sup>19</sup> GODOY, Luiz Roberto Ungaretti. *A evolução tecnológica e o monitoramento de sinais: uma nova regulamentação jurídica*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, p. 9-10.

<sup>20</sup> International Mobile Equipment Identity (tradução livre para Identificação Internacional de Equipamento Móvel): é o número único atribuído a cada aparelho de telefone celular, com o propósito de facilitar sua identificação e rastreamento, em escala global.

ou mesmo dados referentes a registros de conexão ou registros de acesso a aplicações de internet, estes últimos regulamentados pelo Marco Civil da Internet<sup>21</sup>.

No que se refere à primeira hipótese de afastamento do sigilo acima referida, o monitoramento propriamente dito, a Lei 9296/1996 permite a implementação da medida de ofício pelo juiz<sup>22</sup>. Contudo, há forte posicionamento doutrinário<sup>23</sup> no sentido de que essa previsão é inconstitucional por ferir o sistema de processo penal acusatório, em que as funções de investigar, acusar e julgar são exercidas por órgãos distintos, modelo adotado pela Constituição Federal de 1988<sup>24</sup>.

Dada a urgência que a situação fática pode exigir, o pedido de interceptação telefônica pode ser formulado até mesmo verbalmente, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo<sup>25</sup>, de modo que, inevitavelmente, o requerimento assumirá a forma escrita. Essa excepcional situação, porém, não exime o autor do pedido de demonstrar a presença dos requisitos necessários à concessão da medida<sup>26</sup>.

Há, ainda, no tocante ao afastamento do sigilo, uma terceira categoria de conteúdo, cujo acesso, todavia, independe de autorização judicial. Trata-se dos dados cadastrais de clientes de operadoras de telefonia, provedores de internet, instituições financeiras, administradoras de cartão de crédito, ou mesmo de eleitores, armazenados pela Justiça Eleitoral. Esses dados compreendem informações referentes à *qualificação pessoal*, *filiação* e *endereço*. Com efeito, após certo período de incertezas na jurisprudência a respeito da necessidade de autorização judicial para acesso a esses conteúdos, o legislador pátrio<sup>27</sup> sepultou a questão ao definir o que se consideram dados cadastrais para fins de acesso independentemente de autorização judicial, mediante requisição do Delegado de Polícia e do Representante do Ministério Público.

Igualmente, em dois diplomas normativos posteriores, o Marco Civil da Internet<sup>28</sup> e o Marco Legal do Combate ao Tráfico de Pessoas<sup>29</sup>, o legislador

<sup>21</sup> Art. 5º, VI e VIII, Lei 12.965/2014 (BRASIL, 2014).

<sup>22</sup> Art. 3º, caput, Lei 9296/1996 (BRASIL, 1996).

<sup>23</sup> GOMES, 2013, p. 149.

<sup>24</sup> Arts. 93, IX, 129, I, e 144 e parágrafos, Constituição Federal (BRASIL 1988).

<sup>25</sup> Art. 4º, § 1º, Lei 9296/1996 (BRASIL, 1996).

<sup>26</sup> Art. 2º, I a III e p.u., e 4º, caput, Lei 9296/1996 (BRASIL, 1996).

<sup>27</sup> Art. 15, Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013).

<sup>28</sup> Lei 12.965/2014 (BRASIL, 2014).

<sup>29</sup> BRASIL. *Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016*. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

manteve a coerência do sistema de afastamento de sigilo de dados cadastrais e possibilitou o acesso a esses conteúdos, independentemente de autorização judicial, por meio de requisição da Autoridade Policial ou do Ministério Público<sup>30</sup>.

## Condução do procedimento de monitoramento

Polêmica questão diz respeito à qual autoridade pública tem legitimidade para conduzir o procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas e, assim, implementar as medidas necessárias à sua consecução.

Dentre as autoridades públicas responsáveis pela persecução penal no Brasil, evidencia-se a legitimidade do Delegado de Polícia, enquanto encarregado de exercer as funções de polícia judiciária<sup>31</sup>, para conduzir o procedimento de interceptação telefônica, a teor do que dispõe o artigo 6º da Lei 9.296/1996. A leitura desse dispositivo, com efeito, indica que a condução do procedimento deve estar a cargo da autoridade com atribuição para exercer as funções de polícia judiciária, que abarca, precipuamente, a atividade de apurar (investigar) infrações penais.

No entanto, indaga-se sobre a legitimidade do Ministério Público ou de forças policiais incumbidas do desempenho da função de polícia administrativa para a condução do procedimento de interceptação telefônica, hipótese já enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Após longa e profunda fundamentação, que tem como pano de fundo o poder de investigação do Ministério Público, os Desembargadores responsáveis por esse julgado entenderam não ser possível a implementação de medida de interceptação telefônica conduzida por representante do Ministério Público<sup>32</sup>.

Tal decisão, contudo, foi tomada antes do julgamento do RE 593.727, de 14/05/2015, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em que se reconheceu o poder de investigação do Ministério Público<sup>33</sup>. Antes mesmo desse julgado da Corte Suprema, podiam ser vistas no Superior Tribunal de Justiça (STJ) decisões

<sup>30</sup> Artigo 10, § 3º, Lei 12.925/2014 (BRASIL, 2014); Art. 13-A, caput, CPP (BRASIL, 1941).

<sup>31</sup> Art. 2º, Lei 12.830/2013 (BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016).

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0002237-86.2010.8.26.0024/SP. Relator: Desembargador Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo, SP. Julgado em 08 de novembro de 2012. Diário de Justiça.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727/MG. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF. Julgado em 14 de maio de 2005. Diário da Justiça Eletrônico.

reconhecendo a legitimidade da condução de medida cautelar de interceptação telefônica por órgãos diversos daqueles que exercem função precípua de polícia judiciária<sup>34</sup>.

Cumpra-se, também, a Resolução n. 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>35</sup>, cuja leitura de seu artigo 10 indica a posição do CNJ quanto ao órgão com legitimidade para condução do procedimento de interceptação telefônicas: as autoridades “responsáveis pela investigação e que terão acesso às informações”.<sup>36</sup> Não necessariamente, porém, como se tem visto na prática, a autoridade responsável pela investigação é a mesma autoridade que conduz o procedimento de interceptação telefônica e realiza os atos necessários à sua implementação.

Aos 15 de maio de 2012, a 2ª Turma do STF julgou o HC 96.986/MG, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, em que se reconheceu, excepcionalmente, a validade de interceptação telefônica realizada pela Polícia Militar, por requerimento do Ministério Público, para apurar crimes de rufianismo e favorecimento à prostituição. Em trecho do voto do Ministro Relator, observa-se que a excepcionalidade do caso foi justificada na suspeita da participação de policiais da Delegacia de Polícia local nos crimes investigados.<sup>37</sup>

Acredita-se que, na prática, essa não tenha sido a melhor solução para o caso julgado pela Corte Suprema. Ora, se havia suspeita de participação ou envolvimento de policiais nos crimes investigados, as providências mais adequadas seriam a comunicação dos fatos ao órgão correccional da Polícia Civil em questão, para fins de apuração das condutas dos agentes públicos envolvidos, bem como ao órgão de direção do corpo policial, para fins de designação de equipe de investigação distinta, livre de suspeitas, a qual poderia dar continuidade

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 45.630/RJ. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF. Julgado em 16 de fevereiro de 2006. Diário de Justiça, 10 de abril de 2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 131.836/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, julgado em 04 de novembro de 2010. Diário de Justiça Eletrônico, em 06 de abril de 2011 (interceptação telefônica conduzida por agentes penitenciários); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 244.554/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF. Julgado em 09 de outubro de 2012. Diário de Justiça, em 15 de junho de 2016 (interceptação telefônica conduzida por servidores do MP).

<sup>35</sup> Resolução n. 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) cuja redação foi alterada pela Resolução 217/2016 que “disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996”.

<sup>36</sup> Resolução n. 59/2008 (CNJ, 2008).

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96.986. Minas Gerais. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 15/05/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/processo/verProcessoPeca.asp?id=97157884&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

às investigações e, se o caso, implementar medida cautelar de interceptação telefônica.

Comunga-se, pois, do ensinamento de Vicente Greco Filho<sup>38</sup>, no sentido de que quem detém legitimidade para a condução do procedimento da medida cautelar de interceptação telefônica é o órgão incumbido de exercer funções de polícia judiciária, o qual, aliás, pode até ser a Polícia Militar, quando conduz investigações no âmbito de inquérito policial militar<sup>39</sup>.

## Requisitos da medida de interceptação telefônica ou telemática

Para a adequada compreensão dos requisitos legais necessários à implementação de interceptação telefônica ou telemática<sup>40</sup>, é necessário ter em mente que se trata de medida cautelar, incidente a um inquérito policial ou processo penal. A finalidade do procedimento de interceptação, assim, é a produção probatória em caráter urgente e excepcional, sob pena de ineficácia da colheita da prova, dadas as particularidades que o caso concreto pode envolver, se forem adotados métodos tradicionais, como oitiva de testemunhas, realização de perícias, solicitação/requisição de documentos, entre outros.

Genericamente, portanto, devem estar presentes os requisitos imprescindíveis à concessão das medidas cautelares, ou seja, *fumus boni iuris* (que no contexto do processo penal se traduz em *fumus commissi delicti*) e *periculum in mora* (conhecido no âmbito penal como *periculum in libertatis*)<sup>41</sup>. Tais pressupostos, adaptados ao cenário da medida cautelar em questão, podem ser extraídos dos incisos do artigo 2º da Lei 9.296/1996, mediante uma leitura a contrário sensu desses dispositivos, eis que o *caput* do artigo estabelece que não se admite a interceptação nas hipóteses delineadas nos incisos<sup>42</sup>.

O *fumus commissi delicti* foi traduzido pelo legislador como “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”.<sup>43</sup> Inicialmente, diga-se que, embora a norma refira-se à “infração penal”, não é possível a realização de monitoramento telefônico ou telemático na investigação de contravenções penais,

<sup>38</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 52-53.

<sup>39</sup> Art. 144, § 4º, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

<sup>40</sup> Art. 2º, I a III, e p.u., Lei 9.296/1996 (BRASIL, 1996).

<sup>41</sup> GOMES, 2013, p. 93.

<sup>42</sup> Art. 2º da Lei 9.296/1996 (BRASIL, 1996).

<sup>43</sup> Art. 2º, I, Lei 9.296/1996 (BRASIL, 1996)

pois, mais adiante, infere-se da lei que apenas em casos envolvendo crimes punidos com reclusão a medida pode ser deferida<sup>44</sup> e as contravenções penais são cominadas, no máximo, com penas de prisão simples ou multa.<sup>45</sup>

Indícios *razoáveis* de autoria ou participação não são meras suspeitas, presunções ou vagas conjecturas da prática do crime pelo investigado. É preciso que haja elementos probatórios concretos, indicativos da ocorrência de um crime e de seus respectivos autores. Não se exige, à evidência, o conjunto probatório que seria necessário para a prolação de uma sentença condenatória, ou mesmo para a propositura da ação penal, sob pena de se inviabilizar o eficaz meio de obtenção de prova do monitoramento telefônico ou telemático. Indícios razoáveis, pois, são indícios fortes, mas não prova concreta da autoria ou participação, mesmo porque é essa prova que se pretende buscar com a implementação da medida.

É possível, como já alertou Luiz Flávio Gomes, que os indícios razoáveis surjam logo no início da investigação, com a apresentação da própria notícia-crime, quando então a interceptação poderá ser a primeira diligência a se colocar em prática na investigação formalmente instaurada<sup>46</sup>. Não se admite, por outro lado, a interceptação telefônica logo após o recebimento de notícia-crime apócrifa, conforme reiteradamente já decidiram STF e STJ<sup>47</sup>, hipótese em que cabe à autoridade policial a realização de diligências preliminares no intuito de confirmar a plausibilidade do quadro apresentado na comunicação anônima.

Em seguida, aparece no segundo inciso do artigo 2º da Lei 9.296/1996 o requisito do *periculum in mora* ou, no caso do processo penal, o *periculum in libertatis*, aqui traduzido pela imprescindibilidade da interceptação telefônica ou telemática para o bom andamento das investigações, de modo que não seja possível produzir a prova por outros meios disponíveis. Extrai-se, ademais, a urgência da medida e, dessa forma, o perigo da demora, do exíguo prazo legal de 24 horas que o Juiz tem para decidir<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Art. 2º, III, Lei 9.296/1996 (BRASIL, 1996).

<sup>45</sup> Ar. 5º, I e II, Decreto-lei 3.688/1941 (BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016).

<sup>46</sup> GOMES, 2013, p. 94.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 108.147, Paraná. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF. Julgado em 11 de dezembro de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, em 31 de janeiro 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 204.778, São Paulo. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF. Julgado em 04 de outubro de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, em 29 de novembro de 2012.

<sup>48</sup> Art. 4º, § 2º, Lei 9.296/1996 (BRASIL, 1996).

Importante notar, por outro lado, que certos crimes são metodicamente planejados, executados e, por fim, seus benefícios auferidos na mais profunda clandestinidade, de forma escamoteada, sub-reptícia, o que está a dificultar sua investigação e descoberta, notadamente quando praticados no âmbito de organizações criminosas, em que vigora o pacto (não-escrito) de silêncio entre seus membros, sob pena de o transgressor pagar com a própria vida. Exemplos de casos como tais são o tráfico de entorpecentes, fraudes em licitações, cartel de empresas, corrupção de agentes públicos, peculato e, ao final, o próprio crime de lavagem do dinheiro obtido com a prática criminosa. Assim, métodos tradicionais de obtenção de prova serão de pouca ou nenhuma valia na investigação de crimes dessa natureza.

Por isso, considera-se que a interceptação telefônica é um “meio de prova subsidiário”<sup>49</sup>, ou seja, deve ser utilizada, nos termos do que dispõe a própria Lei 9.296/1996<sup>50</sup>, apenas e tão-somente quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis aos investigadores. Observa-se, aqui, a coerência do sistema processual penal com os cânones constitucionais da intimidade e vida privada, expressa na possibilidade de utilização da interceptação telefônica apenas em situações excepcionais e de maneira subsidiária, em razão do elevado grau de invasividade aos direitos fundamentais em questão.

Nesse particular, recentemente reunidos na cidade alemã de Göttingen para discutir a respeito da nova Lei 12.850/2013, respeitados juristas, dentre eles Luís Greco, Gustavo Badaró e Maria Thereza de Assis Moura, divulgaram declaração sobre a leitura que entendem mais adequada ao texto constitucional de alguns dispositivos desse ato normativo<sup>51</sup>, dentre eles a subsidiariedade dos meios especiais de obtenção de prova disponíveis em qualquer fase da persecução penal no contexto de organizações criminosas. A respeito, pois, da subsidiariedade, aprovaram os subscritores de dita declaração o seguinte: “deve ser dada preferência ao afastamento de sigilo bancário e fiscal; não sendo tal meio efetivo, viabiliza-se a interceptação telefônica; e, somente em último caso, será legítima a utilização do agente infiltrado”.<sup>52</sup>

É preciso ter cautela, com a devida vênia, para interpretar o entendimento dos respeitados professores. Embora seja possível, com efeito, estabelecer uma

<sup>49</sup> GOMES, 2013, p. 98.

<sup>50</sup> Art. 2º, II, Lei 9.296/1996 (BRASIL, 1996).

<sup>51</sup> DECLARAÇÃO de Göttingen sobre Processo Penal e Crime Organizado. Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CEDPAL). *Boletim IBCCRIM*, a. 23, n. 275, out. 2015, p. 2.

<sup>52</sup> DECLARAÇÃO..., 2015.

espécie de escala entre os meios especiais de obtenção de prova previstos na Lei 12.850/2013, acredita-se que a investigação de crimes graves pode ser inviabilizada ao admitir-se a utilização das técnicas de monitoramento telefônico ou telemático, naturalmente mais invasivas, apenas e tão-somente se métodos igualmente invasivos, mas considerados menos agressivos, o afastamento dos sigilos bancário e fiscal, tenham sido utilizados e, na prática, mostrarem-se ineficazes.

A expressão “deve ser dada preferência”, pois, não há de ser lida como, por exemplo, “deve ocorrer necessariamente”. Isso porque, na prática, pode revelar-se um problema a exigência da utilização do afastamento dos sigilos bancário e fiscal para, somente após, lançar-se mão da interceptação telefônica e telemática. Não se ignora, como já se apontou na introdução deste texto, que a interceptação telefônica é um dos métodos mais invasivos aos direitos fundamentais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se dizer que se trata de técnica de investigação que tende a limitar a intimidade e a vida privada de forma mais intensa do que o afastamento dos sigilos bancários e fiscal; contudo, a experiência prática indica que, por vezes, informações bancárias e fiscais apenas dos principais investigados ou daqueles contra quem recaem os principais indícios de autoria e participação são insuficientes e, quiçá, inócuas, dada a costumeira utilização de interpostas pessoas (vulgarmente conhecidos como “laranjas”) para promover o fluxo de capitais. Ocorre que a descoberta dos titulares das “verdadeiras” contas bancárias, por vezes, somente é possível por meio da técnica especial do monitoramento telefônico ou telemático.

Dessa forma, exigir-se, em abstrato, a tentativa de produção de uma prova por meio de uma técnica que, no caso concreto, pode revelar-se ineficaz soa contrário à efetividade da investigação criminal, pois tal proceder pode redundar no emprego desnecessário de recursos materiais e humanos, além de consumir, inutilmente, o já escasso tempo à disposição das agências estatais responsáveis pela persecução penal.

Por fim, o inciso III do artigo 2º da Lei 9.296/96 exige, a contrário sensu, que o crime seja punido, no mínimo, com pena de reclusão. Críticas não faltam a essa previsão legal por força de sua amplitude, de modo que o mero parâmetro da pena privativa de liberdade na modalidade de reclusão possibilita, em tese, a utilização do monitoramento telefônico ou telemático na investigação de crimes destituídos de elevada lesividade social, como, *v.g.*, furto simples, o que se mostra incompatível com a intensidade da técnica de investigação em comento.

Os subscritores da já mencionada Declaração de Göttingen<sup>53</sup> propõem, para esse ponto, a baliza de ser o crime considerado *grave*, nos seguintes termos (item 4). Resta, então, a dúvida: o que se deve considerar como um crime *grave*? A resposta pode ser encontrada mediante interpretação sistemática da legislação penal e processual penal, que aponta para a gravidade de crimes cuja pena máxima supere quatro anos. Com efeito, a partir desse patamar, analisado em abstrato, é possível, por exemplo, considerar presente um dos requisitos para a configuração de uma organização criminosa<sup>54</sup> ou para a decretação da prisão preventiva<sup>55</sup>, ou, verificado em concreto, impor ao sentenciado o início do cumprimento da pena em regime semi-aberto<sup>56</sup> e vedar-lhe a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.<sup>57</sup>

Na doutrina portuguesa, Manuel da Costa Andrade<sup>58</sup> sustenta que, para equacionar o problema da extensão desmedida da técnica da interceptação telefônica a uma quantidade muito grande de infrações, o ideal seria o estabelecimento de uma relação exaustiva de crimes em cuja investigação poder-se-ia aplicar a medida, isto é, a fixação dos chamados crimes de catálogo.

Outro particular da Lei 9.296/96 muito criticado pela doutrina, inclusive pelos autores da sobredita Declaração de Göttingen, como se viu, é a ausência de um prazo máximo de duração da medida. O artigo 5º da lei, com efeito, dispõe que a diligência “(...) não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.<sup>59</sup>

Hoje em dia, é pacífico nos tribunais o entendimento de que a renovação do prazo de quinze não fica limitada a uma única prorrogação de mais quinze dias, de modo que podem ocorrer prorrogações sucessivas, desde que haja razoabilidade e demonstração inequívoca da imprescindibilidade da continuação da medida para o bom termo das investigações. Não se admite, assim, que a interceptação telefônica perdure indefinidamente ou por longos períodos, de modo

<sup>53</sup> DECLARAÇÃO..., 2015.

<sup>54</sup> Art. 1º, § 1º, Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013).

<sup>55</sup> Art. 313, I, Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016).

<sup>56</sup> Art. 33, § 2º, “b”, Código Penal (CP) (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016).

<sup>57</sup> Art. 44, I, CP (BRASIL, 1940).

<sup>58</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Das escutas telefônicas. In: COSTA, José de Faria (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais* – Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 207.

<sup>59</sup> Art. 5º, Lei 9.296/1996 (BRASIL, 1996).

desproporcional à gravidade dos crimes investigados. Trata-se de medida excepcional e, portanto, excepcional deve ser sua utilização e o prazo de sua duração.

Há de se registrar, porém, que na prática investigativa depara-se, invariavelmente, com casos complexos e de difícil solução, em que num mesmo contexto são investigados inúmeros crimes, praticados no âmbito de organizações criminosas integradas por incontáveis agentes, muitas vezes distribuídos em mais de um Estado da Federação, ou até mesmo com abrangência internacional. Mesmo nessas hipóteses, os Tribunais não compactuam com períodos de interceptação telefônica excessivamente longos, como, por exemplo, 02 (dois) anos de duração e, por vezes, determinam a anulação de extenso e custoso trabalho investigativo por afronta ao princípio da razoabilidade<sup>60</sup>. Imperioso, então, o muitas vezes esquecido “bom-senso” quando se está a tratar de prorrogação de prazo de monitoramento telefônico.

## Encontro fortuito de provas

Durante a realização da diligência de monitoramento telefônico ou telemático, devidamente autorizada por juiz competente, pode ocorrer de surgirem indícios ou provas de fatos criminosos, ou mesmo da participação de terceiros inicialmente desconhecidos, os quais, até então, não eram objeto da investigação original.

O fenômeno, conhecido como encontro fortuito de provas ou *serendipidade* (do inglês *serendipity*), causa certa polêmica na doutrina e jurisprudência, notadamente porque a Lei 9.296/96 não disciplina a admissibilidade desses conhecimentos fortuitos, o que, aliás, motivou a crítica por parte dos subscritores da (mais de uma vez referida) Declaração de Göttingen<sup>61</sup>.

Coube, então, ao labor doutrinário e jurisprudencial a tentativa de estabelecer parâmetros para a admissibilidade desses novos elementos de prova, advindos de interceptação telefônica legalmente autorizada, ignorados no início da implementação da medida. Verificam-se, nessa empreitada, como não poderia deixar de ser, algumas polêmicas.

Inicialmente, é de se distinguir se os indícios ou provas fortuitamente obtidas no curso do monitoramento, tem alguma espécie de vínculo (conexão ou continência) com os crimes que estão sendo investigados, como, por exemplo, a

<sup>60</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 76.686/PR. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 09 de setembro de 2008. Diário da Justiça Eletrônico, em 10 de novembro de 2008.

<sup>61</sup> DECLARAÇÃO..., 2015.

descoberta de demais partícipes do delito, até então desconhecidos, ou mesmo a prática de novos crimes, conexos com aqueles que já compõem o objeto da investigação em curso. Nessas hipóteses, há consenso na doutrina no sentido de se admitir a utilização da prova colhida no bojo do procedimento investigativo que está em andamento<sup>62</sup>.

Diferentemente, pode ocorrer de surgir, no decorrer da diligência de interceptação telefônica ou telemática, a prova de crime(s) desconexo(s), sem vínculo algum ao objeto da investigação, e ignorado(s) pelas autoridades quando da representação pela implementação da medida cautelar, como por exemplo a prática de um crime de roubo, por parte de terceiros dissociados dos indivíduos monitorados, quando se está a investigar o delito de tráfico de entorpecente.

Para situações como essa, Luiz Flávio Gomes<sup>63</sup> propõe a utilização do material probatório fortuitamente descoberto como *notícia criminis*, ou seja, as ligações telefônicas gravadas seriam aptas a dar início a nova investigação criminal, no curso da qual se poderia iniciar nova diligência de interceptação telefônica para dar continuidade à apuração dos fatos criminosos descobertos ao acaso.

Aury Lopes Júnior<sup>64</sup>, por sua vez, sustenta que “busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra do sigilo bancário, fiscal etc., está restrita à apuração daquele crime que ensejou a decisão judicial”. Não nega, porém, aludido autor, a “possibilidade de que a prova obtida a partir do desvio causal sirva como *starter* da investigação do novo crime (se preferir, como notícia-crime), sendo assim uma ‘fonte de prova’, mas não como ‘prova’”. Em seguida, porém, demonstrando ainda certa contrariedade a esse posicionamento, o respeitado autor levanta a hipótese de se estar diante de uma prova ilícita por derivação<sup>65</sup>.

Deve-se ponderar, porém, que caso o monitoramento inicial tenha sido devidamente autorizado por Juiz competente e esteja em regular andamento, a prova de eventuais fatos criminosos, desconexos ao objeto inicial da investigação, não deve ser considerada, de plano, ilícita. Ora, uma vez que a representação originária tenha preenchido os requisitos legais e, assim, comportava deferimento, não era possível à autoridade policial, naquele momento, antever o conteúdo das conversas que seriam interceptadas. Não se vislumbra, dessa forma, ilicitude. Portanto, embora a autorização judicial tenha sido dirigida à

<sup>62</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 109; GOMES, 2013, p. 112; GRECO FILHO, 2005, p. 35.

<sup>63</sup> GOMES, 2013, p. 113.

<sup>64</sup> "LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 599.

<sup>65</sup> LOPES JÚNIOR, 2014, p. 603.

apuração de crimes diversos, o Estado não pode fechar os olhos para indícios ou provas de práticas criminosas e, simplesmente, desconsiderar o material probatório colhido fortuitamente.

A jurisprudência dos tribunais superiores, por sua vez, tem sido uníssona em aceitar a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos se houver conexão ou continência com o objeto inicial da investigação<sup>66</sup>. O STF já admitiu, recentemente, até mesmo a utilização de prova de crime apenado com detenção, conexo ao crime inicialmente investigado, colhida no curso de regular interceptação telefônica<sup>67</sup>. É possível encontrar, por outro lado, decisões em que se admitiu a validade da prova fortuitamente colhida no curso de interceptação telefônica, ainda que ausente conexão ou continência<sup>68</sup>.

## Marco Civil da Internet no Brasil

Com a recente entrada em vigor da Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, algumas inquietantes dúvidas a respeito do afastamento de sigilo de dados telemáticos foram solucionadas. A novel legislação, pois, disciplinou o procedimento e as hipóteses de acesso a dados sigilosos mantidos em poder de empresas provedoras de conexão à internet e de empresas provedoras de aplicações de internet.

A propósito, no intuito de ser didática, a lei em questão estabeleceu vários conceitos nos incisos do seu artigo 5º, alguns dos quais de fundamental importância para o tema objeto desse estudo. Assim, para a adequada compreensão dos conteúdos que podem ser acessados independentemente de autorização judicial, bem como daqueles sob o manto da cláusula de reserva de jurisdição, cumpre conhecer as definições legais de maior relevo para o assunto aqui tratado:

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 144.137/ES. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 15 de maio de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, em 31 de agosto de 2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 844.395/RS. Relator: Ministro Cármen Lúcia. Brasília, DF, 18 de setembro de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, em 04 de outubro de 2012.

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 626.214/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 21 de setembro de 2010. Diário da Justiça Eletrônico, em 01 de outubro de 2010.

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 69.552/PR. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2007. Diário de Justiça, em 14 de maio de 2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 425/ES. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF. Julgado em 16 de novembro de 2006. Diário de Justiça, em 15 de maio de 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento em Agravo Regimental nº 761.706/SP. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF. Julgado em 06 de abril de 2010. Diário de Justiça.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

(...)

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

(...)

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

A respeito do número do endereço de *Internet Protocol* (IP), mesmo antes da Lei 12.965/2014, a jurisprudência do STJ<sup>69</sup> já era no sentido da desnecessidade de autorização judicial para acesso a esse conteúdo, pois seu fornecimento possibilita apenas, em tese, o descobrimento do endereço em que está instalado o computador no qual teria sido praticado o ato criminoso, o que não está abrangido no direito fundamental de preservação do sigilo do inciso XII do artigo 5º da Constituição da República.

No que se refere a registros de conexão e registros de acesso a aplicações de internet, seu fornecimento por parte das respectivas empresas provedoras somente pode ocorrer mediante determinação judicial, a ser tomada em processo incidental (cautelar) ou principal, de natureza cível ou penal<sup>70</sup>. Para tanto, o interessado deverá apontar ao Juízo fundados indícios da ocorrência do ilícito, justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória e o período ao qual se referem os registros<sup>71</sup>.

O grande problema, nesse proceder, é o exíguo prazo legal pelo qual as empresas provedoras estão obrigadas a manter a guarda dos registros. Com efeito, no caso de registros de conexão, o prazo é de um ano<sup>72</sup>. Quando se trata de registros de acesso a aplicações de internet, o prazo é ainda menor, seis meses<sup>73</sup>.

Embora exista a previsão de solicitar, cautelarmente, a guarda desses dados por prazos superiores aos previstos na lei<sup>74</sup>, ainda assim, a notícia da prá-

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 83.338/MA. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 29 de setembro de 2009. Diário de Justiça, em 26 de outubro de 2009.

<sup>70</sup> Art. 22, Lei 12.965/2014 (BTASIL, 2014).

<sup>71</sup> Art. 22, p.u., Lei 12.965/2014 (BTASIL, 2014).

<sup>72</sup> Art. 13, Lei 12.965/2014 (BTASIL, 2014).

<sup>73</sup> Art. 15, Lei 12.965/2014 (BTASIL, 2014).

<sup>74</sup> Arts. 13, § 2º, e 15, § 2º, Lei 12.965/2014 (BTASIL, 2014).

tica criminosa em ambiente virtual pode surgir quando já se tenham transcorrido esses escassos prazos de um ano ou seis meses, hipóteses em que, então, de pouca eficácia prática terá a possibilidade de guarda cautelar dos registros. Acredita-se, nesse sentido, imperiosa a modificação na legislação para o alargamento desses prazos, pois a prática investigativa revela, corriqueiramente, o aporte de notícias-crime em âmbito policial a respeito de fatos corridos há mais de um ano.

Por outro lado, algumas discussões a respeito da interceptação do conteúdo de aplicações de internet que possibilitam a comunicação entre usuários, nos formatos de correio eletrônico (e-mails) ou de troca instantânea de mensagens de texto e/ou voz (*whatsapp*, *telegram*, *BBM*, etc). Na hipótese, embora trate-se do monitoramento de comunicações viabilizadas em plataformas acessíveis por meio da rede mundial de computadores (*internet*), a norma de regência continua sendo a Lei 9.296/1996, por força do comando vazado no parágrafo único de seu artigo primeiro: “o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática”.<sup>75</sup>

Surtiu, então, um primeiro empecilho colocado por empresas provedoras de aplicações de internet, consistente da exigência de se recorrer à via diplomática, por meio de instrumentos de cooperação jurídica internacional, para viabilizar a diligência de interceptação de e-mails. Há pouco tempo, pois, o STJ<sup>76</sup> enfrentou, no Inq/784, argumentação levantada por grandes empresas do setor (Google e Microsoft), no sentido de que suas filiais estabelecidas no Brasil (Google Brasil Internet Ltda. e Microsoft Informática Ltda.) não tinham condições técnicas de implementar o monitoramento de e-mails, pois os dados telemáticos relativos à troca de comunicação entre os envolvidos estariam armazenados em território norte-americano, sob a responsabilidade das empresas controladoras, Google Inc. e Microsoft Corporation. Dessa forma, haveria a necessidade de recurso à via diplomática, por meio do acordo de assistência judiciária em matéria penal em vigor entre Brasil e Estados Unidos<sup>77</sup>, para obtenção desses dados.

<sup>75</sup> Art. 1º, Lei 9.296/1996 (BRASIL, 1996).

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Inquérito nº 784/DF. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF. Julgado em 17 de abril de 2013. Diário de Justiça, em 28 de agosto de 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 46.685/MT. Relator: Des. Conv. Leopoldo de Arruda Raposo. Brasília, DF. Julgado em 26 de março de 2015. Diário de Justiça, em 06 de abril de 2015.

<sup>77</sup> BRASIL. Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/D3810.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3810.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

O STJ, porém, não aceitou a argumentação das empresas e determinou a obediências às ordens judiciais de primeira instância, que impunham o afastamento do sigilo e o monitoramento do correio eletrônico dos investigados. De acordo com o entendimento dos Ministros, uma vez que as mensagens de e-mail foram trocadas entre brasileiros, em território nacional, envolvendo a prática de crimes submetidos à jurisdição brasileira, o material probatório foi produzido no País e, portanto, para seu acesso não é exigível o apelo à via diplomática. Demais disso, ficou nítido nos julgados a preocupação com a obediência à legislação brasileira por parte das empresas estrangeiras que mantêm filial em território nacional.

O mesmo problema, em seguida, surgiu no caso de monitoramento de aplicativo de troca instantânea de mensagens denominado *BlackBerry Messenger* (BBM), então controlado pela empresa canadense *Research In Motion* (RMI). Assim, em caso concreto que também chegou à apreciação do STJ<sup>78</sup>, ocorrido no âmbito da denominada Operação “Lava Jato”, implementou-se, com a devida autorização judicial, o monitoramento de telemático de referido aplicativo de troca instantânea de mensagens, operacionalizado mediante o repasse dos dados monitorados, diretamente, de mencionada empresa canadense à Autoridade Policial condutora das investigações no Brasil. Questionou a defesa, então, o procedimento adotado, supostamente ilícito, porque a prova não teria sido internalizada em território nacional por meio da Autoridade Central, ignorando, assim, o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre Brasil e Canadá<sup>79</sup>.

O argumento defensivo, porém, não foi aceito, sob a mesma fundamentação apontada nos julgados acima comentados, ou seja, o que se pretendeu foi a interceptação de comunicações telemáticas mantidas entre pessoas residentes no Brasil, para a prova de crimes ocorridos em território nacional, o que submete a situação à jurisdição brasileira. Não se deve exigir, portanto, nesses casos, o recurso à morosa e burocrática via diplomática, sob pena de se inviabilizar, na prática, a diligência de interceptação telemática, que deve ser implementada

<sup>78</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 310.113/PR. Relator: Des. Conv. Newton Trisotto. Brasília, DF. Julgado em 27 de novembro de 2014. Diário de Justiça, em 03 de dezembro de 2014.

<sup>79</sup> BRASIL. Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009. Promulga o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá, celebrado em Brasília, em 27 de janeiro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6747.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6747.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

de maneira célere para que seja eficaz, de modo a contar o Juiz, aliás, com o exíguo prazo de 24 (vinte e quatro) horas para decidir sobre o pedido<sup>80</sup>.

Cabe, agora, à jurisprudência nacional, o enfrentamento de mais dois argumentos, usualmente colocados por grandes empresas multinacionais que operam no setor, verdadeiros empecilhos à implementação de monitoramento telemático de aplicativos de troca instantânea de mensagens, quais sejam, a suposta ausência de armazenamento dos dados envolvidos nas comunicações e a prática de criptografar mensagens, o que, em tese, impossibilitaria o acesso a seu conteúdo.

Acredita-se, com a devida vênia de opiniões em contrário, que a superação desses obstáculos há de ser feita na mesma linha de argumentação adotada pelo STJ, acima comentada, no sentido da obrigatoriedade de as empresas multinacionais estabelecidas no País prestarem obediência às leis e normas brasileiras para operação no mercado de telecomunicações nacional. Importante, nesse ponto, o artigo 11 e seus parágrafos da Lei 12.965/2014, que, dentre outras providências, determina o obrigatório respeito à legislação brasileira nas situações aqui comentadas (“operações de comunicação por meio de aplicações de *internet* em que pelo menos um dos atos ocorra em território nacional”).

Uma vez autorizada a atuar no Brasil, com efeito, a empresa não pode simplesmente oferecer ao público um serviço de comunicação impossível de ser, licitamente, monitorado. Cabe, então, chamar à responsabilidade o órgão brasileiro incumbido da regulamentação do setor, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), como já o fez, exemplarmente, a Ministra Laurita Vaz, no sobredito voto de questão de ordem levantada no Inquérito n. 784/DF.<sup>81</sup>

As alegadas justificativas técnicas apresentadas pelas empresas fornecedoras de aplicativos de troca instantâneas de mensagens não devem se sobrepor à legislação brasileira, que prevê hipóteses, forma e prazos muito bem delineados para a realização de monitoramento telemático. Ora, como se viu acima, até que houvesse o posicionamento firme do STJ quanto às alegadas dificuldades técnicas (ausência de armazenamento dos dados em território nacional) levantadas por Google e Microsoft, estas empresas descumpriam, reiteradamente,

<sup>80</sup> Art. 4º, § 2º, Lei 9.296/1996 (BRASIL, 1996).

<sup>81</sup> STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (BRASIL). Inquérito Nº 784 - DF (2012/0107506-0). Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília (DF), 17 de abril de 2013 (Data do Julgamento). Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1226618&num\\_registro=201201075060&data=20130828&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1226618&num_registro=201201075060&data=20130828&formato=PDF)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

ordens judiciais de interceptação telemática de e-mails. Após decisões precisas e peremptórias da Justiça brasileira, as dificuldades técnicas foram superadas.

Assim também deve ocorrer no que toca aos aplicativos de troca instantânea de mensagens, de modo que se houver de fato empecilhos técnicos (ausência de armazenamento dos dados ou criptografia) ao monitoramento telemático, é de responsabilidade das empresas a adoção de medidas igualmente técnicas para sua eliminação. Cabe, ademais, à autoridade executiva – a ANATEL – a cobrança e a fiscalização de obediência às leis brasileiras, bem como a aplicação das penalidades cabíveis no caso de descumprimento.

Atualmente, a forma mais usual de acesso ao conteúdo de comunicação travada por meio de aplicativos de smartphones é a apreensão do aparelho, seja no contexto da lavratura de auto de prisão em flagrante ou durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão. Na primeira hipótese, a Autoridade Policial responsável pela apreensão deve buscar prévia autorização judicial para ter acesso aos dados armazenados no smartphone, conforme recentemente decidiu o STJ<sup>82</sup>.

No caso de cumprimento de mandado de busca e apreensão, uma vez que a decisão judicial tenha expressamente autorizado a apreensão de smartphones e o acesso aos dados armazenados no dispositivo, mesmo se relativos a comunicações eventualmente registradas, não é de se considerar ilícita a prova por ofensa ao artigo 5º, XII, da Constituição da República. Esta última situação, com efeito, de acordo com recente decisão do STJ, não se subordina à Lei 9.296/96, a qual diz respeito apenas o fluxo da comunicação e não aos dados em si mesmos já armazenados<sup>83</sup>.

## Lei de acesso à informação e persecução penal

Com o propósito de regulamentar os artigos 5º, XXXIII, 37, § 3º, II, e 216, § 2º, da Constituição da República<sup>84</sup>, foi publicada, aos 18 de novembro de 2011, a Lei 12.527/2011,<sup>85</sup> que contou com o considerável prazo de *vacatio legis* de 180 dias e, assim, entrou em vigor em 16 de maio de 2012. A nova lei reforçou

---

<sup>82</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 51.531/RO. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, DF. Julgado em 19 de abril de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, em 09 de maio de 2016.

<sup>83</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 75.800/PR. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF. Julgado em 15 de setembro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, em 26 de setembro de 2016.

<sup>84</sup> BRASIL, 1988.

<sup>85</sup> BRASIL, 2011.

e aprimorou as noções de transparência, publicidade, controle e prestação de contas, que devem reger os atos da Administração Pública.

Nada mais consentâneo com a ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito, tal qual o Brasil, que há poucos anos viveu a amarga experiência de um regime de exceção, em cujo contexto a ausência de transparência e de publicidade dos atos governamentais, além da adoção de procedimentos estatais secretos, sem justificativas razoáveis, deram margem a toda sorte de abusos e violações de direitos fundamentais.

Assim, após a redemocratização de 1988, com relativo atraso, surgiram a Lei nº 12.527/2011 e seu Decreto regulamentar, Decreto nº 7.724/2012, que estabelecem os parâmetros necessários à tormentosa tarefa de compatibilizar o direito do cidadão de acesso à informação e o dever de sigilo imposto à Administração Pública por razões de segurança da sociedade e do Estado.

Pois bem, forma e requisitos para o exercício do direito de acesso à informação estão previstos no Capítulo III da Lei e na Seção III, Capítulo IV, do Decreto acima referidos, os quais, dentre outras previsões, dispõem que o pedido deve conter a identificação do requerente<sup>86</sup> e ser apresentado em formulário padrão, disponibilizado em meio eletrônico e físico<sup>87</sup>.

O acesso à informação, por sua vez, estando a informação disponível, deve ser imediato<sup>88</sup>. Pode ocorrer, porém, que não seja possível disponibilizar a informação ao autor do pedido, caso em que o órgão ou entidade responsável deverá indicar ao interessado, no prazo máximo de vinte dias, as razões da negativa, total ou parcial, do acesso pretendido<sup>89</sup>. Cabe, então, a pergunta: em que hipóteses pode o órgão ou entidade detentor da informação recusar seu acesso, em face de pedido regularmente formulado por pessoas físicas ou jurídicas supostamente interessadas?

Os incisos do artigo 23 da Lei 12.527/2011 trazem a resposta, elencando quando informações podem ser consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, por isso, passíveis de classificação. Relacionado à temática da persecução penal, está o inciso VIII, que se refere a informações “cuja divulgação ou aceso irrestrito possam comprometer atividades de inteligência,

<sup>86</sup> Art. 10, caput, Lei 12.527/2011 (BRASIL, 2011).

<sup>87</sup> Art. 11, § 1º, Decreto 7.724/2012 (BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016).

<sup>88</sup> Art. 11, Lei 12.527/2011; Art. 15, Decreto 7.724/2012 (BRASIL, 2011; 2012).

<sup>89</sup> Arts. 11, § 1º, II, Lei 12.527/2011; Art. 15, § 1º, V, Decreto 7.724/2012 (BRASIL, 2011; 2012).

bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”.<sup>90</sup>

Necessário, portanto, conhecer o conceito de atividade de inteligência para, então, prosseguir na tarefa de interpretar o citado dispositivo da Lei de Acesso à Informação. Qualquer que seja o mister de que se trata, realizar prévia coleta de informações a respeito de uma dada conjuntura para, a partir dos elementos obtidos, adotar a linha de ação mais adequada ao caso concreto é trabalhar com a adoção de uma metodologia de inteligência.

Nesse sentido, Rosseti conceitua a atividade de inteligência como “o conhecimento dos fatos relevantes para orientar a tomada de decisões estratégicas”, bem como adverte que “se fala atualmente em inteligência competitiva, que diz respeito à inteligência empresarial, de negócios ou industrial”<sup>91</sup>. Para fins de compreensão da Lei de Acesso à Informação, porém, a atividade de inteligência que interessa é a exercida tipicamente pelo Estado, ou seja, a prática de reunir dados para subsidiar a ação estatal.

Um setor próprio da inteligência de Estado, a seu turno, é a inteligência policial, “efetivado pelas polícias e com objetivo centrado na segurança pública”<sup>92</sup>. Por meio da inteligência policial, portanto, os órgãos com atribuição constitucional de exercer a segurança pública – no Brasil, as Polícias relacionadas nos incisos do artigo 144 da Constituição da República<sup>93</sup> – desempenham atividades com a finalidade de obter informações antes de escolher a melhor decisão a ser tomada. A inteligência de Estado ou inteligência propriamente dita, por sua vez, trata de “temas essenciais para a manutenção e existência do próprio Estado, como relações internacionais e segurança externa e interna”<sup>94</sup>.

Cabe dizer, então, que a atividade de inteligência é marcadamente sigilosa. O sigilo é, assim, característica fundamental e imprescindível para o sucesso de qualquer ação governamental que tenha por base a atividade de inteligência. Nada mais razoável, portanto, a previsão do artigo 23, VIII, da Lei 12.527/2011, segundo o qual pode ser negado o acesso a informações que tenham o condão de comprometer atividades de inteligência.

<sup>90</sup> Art. 23, Lei 12.527/2011 (BRASIL, 2011).

<sup>91</sup> ROSSETI, 2012, p. 10 e 26.

<sup>92</sup> ROSSETI, 2012, p. 36.

<sup>93</sup> BRASIL, 1988.

<sup>94</sup> ROSSETI, 2012, p. 26.

A parte final desse dispositivo, outrossim, está em consonância com a Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal<sup>95</sup>, isto é, ao dispor, o enunciado de dita súmula, que o acesso do defensor se dá aos elementos de prova “já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária”, a contrário sensu, estabelece o sigilo de diligências em andamento, da mesma forma como está previsto no aludido inciso VIII do artigo 23 da Lei de Acesso à Informação<sup>96</sup>. O STF<sup>97</sup>, em mais de uma oportunidade, decidiu que o acesso do advogado, devidamente constituído, aos elementos de prova já documentados em inquérito policial não é irrestrito, de modo que diligências em andamento podem precisar ter o sigilo resguardado para que sejam eficazes. Vale, pois, o mesmo princípio, para o acesso à informação com base na Lei nº 12.527/2011.

Importante observar, no entanto, que a lei ora em questão estabeleceu os prazos máximos da restrição de acesso, bem como fixou parâmetros, formas e procedimento bem delineados para que se proceda à classificação da informação<sup>98</sup>, o que vem em nome da segurança jurídica e se mostra consentâneo com o Estado Democrático de Direito.

Sobreleva notar, por fim, o relevante comando do artigo 21 da Lei nº 12.527/2011, segundo o qual não se pode negar o acesso a informações necessárias à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, tampouco a informações que digam respeito a condutas que impliquem violação dos direitos humanos, praticadas por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas. Tem-se, pois, uma proibição de classificação de informações com o conteúdo aqui descrito. Não seria nada democrático, nesse sentido, inviabilizar a defesa de direitos fundamentais ou encobrir práticas estatais abusivas com base na Lei de Acesso à Informação.

---

<sup>95</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula Vinculante nº 114. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

<sup>96</sup> Art. 23, Lei 12.527/2011 (BRASIL, 2011).

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Reclamação nº 22.062. Relator: Ministro Barroso. Brasília, DF. Julgado em 15 de março de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, em 20 de maio de 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Reclamação nº 16.436. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em 29 de maio de 2014. Diário da Justiça Eletrônico, em 29 de agosto de 2014.

<sup>98</sup> Art. 24 e 27 a 30, Lei 12.527/2011 (BRASIL, 2011).

## Considerações finais

Como se viu ao longo do presente artigo, razões de interesse público, no contexto da persecução penal, podem servir tanto para justificar a restrição quanto para reforçar a imposição do sigilo. Quando se está a tratar de comunicações privadas, seu sigilo pode ceder para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Já no que toca a informações na posse do Poder Público, o sigilo se impõe, ao menos temporariamente, se for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Reitera-se, assim, que os direitos fundamentais da intimidade, vida privada e acesso à informação não são absolutos. Nem mesmo, por outro lado, o direito do Estado de manter sob sigilo algumas informações é absoluto, pois, com a regulamentação advinda da Lei de Acesso à Informação, a limitação de acesso há de perdurar por prazos bem definidos, após o regular transcurso do procedimento legal de classificação da informação.

Na interpretação e aplicação das normas aqui comentadas, portanto, devem prevalecer os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, invocados como norte em vários pontos abordados nesse trabalho, tais quais a subsidiariedade das interceptações telefônicas, seu prazo de duração e os crimes que a elas devem estar sujeitos, a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos, bem como a própria limitação de acesso a informações em poder do Estado e o marco temporal dessa restrição.

Natural, dessa forma, num Estado Democrático de Direito como o nosso, que instituições e agências governamentais tenham à sua disposição instrumentos adequados ao tratamento da criminalidade contemporânea, seja ela organizada ou de massa, de modo a fomentar o desempenho eficaz de suas funções de polícia judiciária e, assim, a elucidação de práticas delitivas.

É intrínseca a tal modalidade de Estado, outrossim, a existência de limites a seus poderes de investigação e de condução das atividades inerentes à persecução penal. As barreiras ao poder estatal, consubstanciadas, pois, nos direitos fundamentais do indivíduo, malgrado possam ceder momentaneamente frente a razões de interesse público, não devem perecer jamais e, em última análise, assumem a função de verdadeira linha mestra da atuação do Estado no processo penal.

## Secrecy and criminal prosecution

### Abstract

In the context of criminal prosecution, public interest reasons may be invoked both to rule out and to keep secrecy. During the investigation or criminal action, as there may be wiretapping as the confidentiality of essential information to the safety of society and State, at least for a certain period, must be kept. How, in what circumstances, through the fulfillment of what requirements, in what deadlines does the removal or maintenance of secrecy occur? It is in this respect that this article is intended to deal with, warning that the interpretation core of the infra-constitutional legislation on secrecy are fundamental rights.

**Keywords:** Criminal Prosecution; Secrecy; Wiretapping; Internet Civil Landmark; Information Access Law.

### Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. Das escutas telefônicas. In: COSTA, José de Faria (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 205-212.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. DOU de 5.10.1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001*. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/D3810.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3810.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009*. Promulga o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá, celebrado em Brasília, em 27 de janeiro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6747.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6747.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. 2013a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. 2013b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016*. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016*. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 425/ES. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF. Julgado em 16 de novembro de 2006. Diário de Justiça, em 15 de maio de 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Inquérito Nº 784 - DF (2012/0107506-0). Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília (DF), 17 de abril de 2013 (Data do Julgamento). Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1226618&num\\_registro=201201075060&data=20130828&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1226618&num_registro=201201075060&data=20130828&formato=PDF)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Inquérito nº 784/DF. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF. Julgado em 17 de abril de 2013. Diário de Justiça, em 28 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 45.630/RJ. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF. Julgado em 16 de fevereiro de 2006. Diário de Justiça, 10 de abril de 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 131.836/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, julgado em 04 de novembro de 2010. Diário de Justiça Eletrônico, em 06 de abril de 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 244.554/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF. Julgado em 09 de outubro de 2012. Diário de Justiça, em 15 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 76.686/PR. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 09 de setembro de 2008. Diário da Justiça Eletrônico, em 10 de novembro de 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 144.137/ES. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 15 de maio de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, em 31 de agosto de 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 69.552/PR. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2007. Diário de Justiça, em 14 de maio de 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 83.338/MA. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 29 de setembro de 2009. Diário de Justiça, em 26 de outubro de 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 310.113/PR. Relator: Des. Conv. Newton Trisotto. Brasília, DF. Julgado em 27 de novembro de 2014. Diário de Justiça, em 03 de dezembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 75.800/PR. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF. Julgado em 15 de setembro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, em 26 de setembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 46.685/MT. Relator: Des. Conv. Leopoldo de Arruda Raposo. Brasília, DF. Julgado em 26 de março de 2015. Diário de Justiça, em 06 de abril de 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 214089/SP. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF. Julgado em 16 de março de 2000. Diário de Justiça da União, em 17 de abril de 2000.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 879.181/MA. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF. Julgado em 08 de junho de 2010. Diário da Justiça Eletrônico, em 01 de julho de 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 51.531/RO. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, DF. Julgado em 19 de abril de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, em 09 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula Vinculante nº 114. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 447. Relator: Ministro Carlos Britto. Informativo 536. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo536.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento em Agravo Regimental nº 761.706/SP. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF. Julgado em 06 de abril de 2010. Diário de Justiça.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 626.214/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 21 de setembro de 2010. Diário da Justiça Eletrônico, em 01 de outubro de 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 844.395/RS. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 18 de setembro de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, em 04 de outubro de 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Reclamação nº 22.062. Relator: Ministro Barroso. Brasília, DF. Julgado em 15 de março de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, em 20 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Reclamação nº 16.436. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em 29 de maio de 2014. Diário da Justiça Eletrônico, em 29 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.949/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. Julgado em 30 de outubro de 2001. Diário de Justiça da União, 14 de dezembro de 2001.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.613/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em 15 de maio de 2012, 14 de setembro de 2012. Acórdão

eletrônico Diário de Justiça Eletrônico -182, em 14 de setembro de 2012, publicado em 17 de setembro de 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96.986. Minas Gerais. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 15/05/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/processo/verProcessoPeca.asp?id=97157884&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 108.147, Paraná. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF. Julgado em 11 de dezembro de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, em 31 de janeiro 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 204.778, São Paulo. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF. Julgado em 04 de outubro de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, em 29 de novembro de 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 583937. Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF. Julgado em 19 de novembro de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, em 18 de dezembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727/MG. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF. Julgado em 14 de maio de 2005. Diário da Justiça Eletrônico.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0002237-86.2010.8.26.0024/SP. Relator: Desembargador Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo, SP. Julgado em 08 de novembro de 2012. Diário de Justiça.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução 217, de 16 de fevereiro de 2016. Altera e acrescenta dispositivos na Resolução 59 de 9 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resolucao-n217-16-02-2016-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n217-16-02-2016-presidencia.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução n. 59 de 9 de setembro de 2008 do Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_59consolidada.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_59consolidada.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

DECLARAÇÃO de Göttingen sobre Processo Penal e Crime Organizado. Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CEDPAL). *Boletim IBCCRIM*, a. 23, n. 275, out. 2015, p. 2.

FARIA, Frederico da Costa Marques. Investigação criminal: os critérios de legitimidade para valoração dos conhecimentos fortuitos em interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 7, n. 1, jan./jun. 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti. *A evolução tecnológica e o monitoramento de sinais: uma nova regulamentação jurídica*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.96*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Fábio Motta. As principais controvérsias a respeito das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 7, n. 1, jan./jun. 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Lei de acesso à informação pode iluminar as sombras do processo penal*. Conjur, 01/01/2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-01/limite-penal-lei-acesso-informacao-iluminar-sombras-processo-penal>>. Acesso em: 9 out. 2016.

ROSSETI, Disney. *As atividades de inteligência de estado e de polícia e a lei de acesso à informação no contexto do estado democrático de direito*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília.