

LIBERTAS FACULDADES INTEGRADAS

INGRID NAVES TEIXEIRA MORAES

**A quebra do sigilo telemático e o acesso ao conteúdo de
aplicativos de mensagens**

São Sebastião do Paraíso

2020

INGRID NAVES TEIXEIRA MORAES

A quebra do sigilo telemático e o acesso ao conteúdo de aplicativos de mensagens

Trabalho de Curso apresentado à Libertas -
Faculdades Integradas para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Flávio Augusto Maretti Sgrilli
Siqueira.

Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais e
Cidadania.

São Sebastião do Paraíso

2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

Ingrid Naves Teixeira Moraes

A quebra do sigilo telemático e o acesso ao conteúdo de aplicativos de mensagens

Trabalho de Curso apresentado à Libertas -
Faculdades Integradas para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Flávio Augusto Maretti Sgrilli
Siqueira.

Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais e
Cidadania.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof(a): _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof(a): _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof(a): _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais e irmãos, que com muito carinho e admiração sempre me incentivaram e me apoiaram para a elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pela perseverança e também por ter permitido que eu concluísse o presente trabalho com muita saúde.

Aos meus familiares, que sempre me apoiaram e me incentivaram para que eu pudesse realizar a pesquisa com muita dedicação.

Ao professor Flávio Augusto Maretti Siqueira, pela paciência e pela dedicação na orientação do trabalho.

À Libertas Faculdades Integradas por proporcionar todas as ferramentas necessárias para a elaboração da pesquisa.

RESUMO

MORAES, Ingrid Naves Teixeira. *A quebra do sigilo telemático e o acesso ao conteúdo de aplicativos de mensagens*. 2020, 87 f. Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Libertas – Faculdades Integradas, São Sebastião do Paraíso – MG.

Resumo: o presente trabalho visa analisar os fundamentos que os magistrados utilizam para determinar a realização da interceptação telefônica como também os bloqueios de aplicativos de mensagens tendo em vista o interesse público e os direitos individuais previstos na Constituição Federal. Primeiramente, visa fazer um estudo aprofundado sobre os direitos individuais tido como invioláveis, como também os argumentos dos constitucionalistas ao defenderem que não existe inviolabilidade absoluta em face do interesse público, já que diversos criminosos utilizam dessa inviolabilidade para a prática de condutas ilícitas. Através de pesquisas feitas a doutrinas, artigos científicos e as decisões dos Tribunais, podemos averiguar quais os argumentos que os magistrados tem utilizado para fundamentar suas decisões tanto para a interceptação como para o bloqueio de aplicativos de mensagens, tendo em vista a produção de provas lícitas, observando os requisitos legais bem como o interesse público. Por fim, será estudada a possibilidade ou não da quebra do sistema de criptografia ponta-a-ponta pelas empresas de tecnologia, bem como verificar se as decisões que determinam o bloqueio de aplicativos de mensagens são válidas ou não, tudo isso como forma de contribuir para as investigações bem como para a garantia da justiça.

Palavras-chave: Direitos Individuais. Inviolabilidade Absoluta. Interceptação Telefônica. Bloqueios de aplicativos. Autorização Judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	12
1.1 DO DIREITO À PRIVACIDADE	12
1.2 DO DIREITO À INTIMIDADE	15
1.3 DO DIREITO À VIDA PRIVADA	18
1.4 DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO	20
1.5 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	23
1.6 DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO PENAL	24
CAPÍTULO 2 DOS ASPECTOS GERAIS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.....	26
2.1 DO CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	26
2.2 DA FINALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO	26
2.3 DA INTERCEPTAÇÃO, DA ESCUTA E DA GRAVAÇÃO NAS CATEGORIAS TELEFÔNICA E AMBIENTAL	27
2.4 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS.....	29
2.5 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.....	30
2.5.1 Da constitucionalidade do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 9.296/1996.....	31
2.5.2 Da interceptação telefônica e da questão da proteção ao sigilo	33
2.5.3 Da interceptação telefônica e da inadmissibilidade da prova ilícita	35
2.5.4 Da interceptação telefônica e da questão da prova emprestada.....	37
2.5.5 Da legitimidade para requerer e da delimitação do objeto no pedido para a interceptação telefônica.....	39
2.5.6 Do prazo para a interceptação	44
2.5.7 Dos crimes da interceptação e do artigo 10 da Lei nº 9.296/96	45
CAPÍTULO 3 DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O BLOQUEIO DE APLICATIVO DE MENSAGENS.....	48
3.1 DOS APONTAMENTOS DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 9.296/1996	48
3.2 DO CARÁTER FUNDAMENTAL DE UMA DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA PARA A REALIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	54
3.3 DA NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO A MENSAGENS DE TEXTO ARMAZENADAS EM APARELHO TELEFÔNICO	57
3.4 DA COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA DO ADVOGADO E DO CLIENTE	59

3.5 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ÂMBITO CÍVEL	60
3.6 DO <i>LEADING CASE</i> DO BLOQUEIO DO APLICATIVO DE MENSAGENS	63
3.6.1 <i>WhatsApp</i> : conceito.....	65
3.6.2 Interesse público X inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada	66
3.6.3 A questão da criptografia.....	68
3.6.4 Divulgação de conversas na Operação Lava-Jato	70
3.7 DOS ARGUMENTOS JUDICIAIS PARA A DETERMINAÇÃO DO BLOQUEIO DE APLICATIVO DE MENSAGENS	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da tecnologia e dos meios de comunicação em geral e tendo como objetivo a proteção à privacidade das pessoas, tornou-se imprescindível a criação de uma lei que pudesse regulamentar a interceptação telefônica no país e assim evitar que a intimidade dos cidadãos fosse violada de forma arbitrária e com objetivos que não estão previstos na Lei.

A Constituição Federal garantiu a inviolabilidade dos direitos relacionados à privacidade, porém, doutrinadores e juristas argumentam que tais direitos não podem de forma alguma ser considerado como um direito que goza de proteção absoluta, ainda mais quando se tratar de condutas criminosas.

A controvérsia paira sobre o fato de que a proteção absoluta dos direitos não pode ser considerada como um escudo para que diversos criminosos invadem a vida privada alheia e sob esse argumento, não sejam responsabilizados pela prática de condutas delituosas que podem ocasionar a violação dos direitos da personalidade dos indivíduos, tais como honra, imagem, vida privada, intimidade e privacidade.

O próprio texto constitucional previu que seria permitido a quebra do sigilo telefônico, desde que utilizado para a produção de provas na área criminal. Diante da necessidade de uma Lei que regulamentasse tal questão, surge a Lei 9.296/1996 que trata da interceptação telefônica, trazendo de forma clara e objetiva todos os requisitos e procedimentos para a produção desse tipo de prova.

Com o intuito de aprofundar sobre o tema que possui grande relevância para os dias atuais, o presente trabalho usará uma pesquisa exploratória, analisando quais os fundamentos que um juiz deve utilizar em sua decisão judicial para a determinação da interceptação telefônica e o bloqueio de aplicativos de mensagens, tendo em vista as garantias constitucionais previstas na Constituição Federal e o interesse público na realização de tal meio de prova com intuito de tutelar direitos.

Além do mais, por meio de uma pesquisa qualitativa, iremos verificar as mais variadas opiniões de importantes juristas e doutrinadores em relação ao tema que será abordado, principalmente no que diz respeito a imprescindibilidade da interceptação tendo em vista o aumento de crimes cometidos utilizando-se da comunicação telefônica e comunicação sistemática.

Em sua estrutura, a presente pesquisa será dividida em três capítulos. Sendo que, no primeiro, faz-se uma análise dos princípios constitucionais, direitos estes relacionados com a privacidade e a questão que envolve a não inviolabilidade absoluta. Tratará também dos princípios da legalidade e do juiz natural, considerados de grande importância no ordenamento jurídico e principalmente em relação a este tema, pois, para que a interceptação e o bloqueio de aplicativos seja um ato válido, deve observar o que está previsto em lei e deve ser acompanhado de uma decisão proferida por um juiz que seja competente para a ação principal.

No segundo capítulo, serão analisados os principais aspectos referentes à Lei de Interceptação Telefônica, a sua finalidade, prazos, legitimidade para requerer, a possibilidade de admissão de provas emprestadas, e também o crime de interceptação, previsto em seu artigo 10, o qual tipifica como crime toda conduta que tem por finalidade realizar a interceptação telefônica ou divulgar o conteúdo das conversas sem autorização judicial. Além do mais, será estudado a questão que envolve a constitucionalidade do parágrafo único, do artigo 1º, da referida Lei e a discussão por parte dos juristas em relação ao tema, ao incluir ou não a aplicação deste dispositivo as comunicações telemáticas, sendo que a Constituição prevê a quebra do sigilo somente às comunicações telefônicas.

E no terceiro e último capítulo, serão analisados de forma minuciosa, os fundamentos judiciais para que tanto a interceptação telefônica e o bloqueio de aplicativos de mensagens seja um ato válido, a importância de uma decisão motivada e fundamentada, descrevendo minuciosamente sobre a imprescindibilidade de realizar a interceptação e o bloqueio, tendo em vista é claro, os princípios constitucionais e acima de tudo o interesse público em realizar a prova, com intuito de tutelar direitos referente a uma coletividade.

O presente trabalho tem como objetivo analisar os fundamentos que o juiz deve utilizar e a importância de uma decisão fundamentada para a realização da interceptação como também o bloqueio de aplicativos de mensagens, tendo em vista os requisitos exigidos pela Lei, os direitos e garantias previstos na Constituição e também o interesse público em realizar tal meio de prova, sendo que um desses requisitos exigidos pela Lei é a existência de uma decisão judicial proferida por autoridade competente.

Por fim, o presente trabalho é de grande importância para o Direito tendo em vista o momento em que estamos vivendo agora. Com o desenvolvimento da

tecnologia e dos diversos meios de comunicação, tornou-se necessário discutir tal assunto, já que criminosos tem utilizado dessa tecnologia para cometer crimes, sendo assim, a interceptação telefônica e o bloqueio de aplicativos de mensagens tem como objetivo proteger direitos não só de um indivíduo apenas, mas sim direitos que na maioria das vezes pertence a toda a sociedade. Diante disso, nota-se que a decisão judicial fundamentada é imprescindível e que cabe ao magistrado ponderar as razões que o levaram a admitir tal medida, sempre levando em consideração os princípios previstos na Constituição Federal.

CAPÍTULO 1 DOS PRÍNCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1 DO DIREITO À PRIVACIDADE

Um dos conceitos mais famosos sobre o que seria privacidade está na definição do juiz norte americano Cooley, em 1873. O ilustre magistrado, referiu-se à privacidade como "*The right to be let alone*", ou como o direito de uma pessoa em ser deixada em paz, de estar só" (SILVEIRA, 1997, p. 13 apud SILVA, 2015, p. 70).

Uma das principais finalidades do ordenamento jurídico brasileiro se refere a proteção à vida humana, sendo assim, a Constituição Federal trouxe em seu artigo 5º, inciso X, alguns princípios que são invioláveis, os quais podemos mencionar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Estes princípios estão relacionados com os direitos da personalidade (CANCELIER, 2017, p. 223).

A privacidade está relacionada com o conjunto de fatores que são pertinentes à vida privada de cada indivíduo, ou melhor, dizem respeito as características pessoais de cada um. Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 206), podemos conceituar o direito à privacidade como "o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso pode ser legalmente sujeito". Além do mais, de acordo com o referido autor, é assegurada constitucionalmente a inviolabilidade acerca dos projetos de vida, condutas, nome, pensamentos, imagem, bem como segredos e vínculos de parentesco, sejam eles familiares, domésticos e afetivos (SILVA, 2009, p. 206).

É de suma importância mencionarmos que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em 1948, já cuidou de tutelar o direito à privacidade, o qual podemos perceber na leitura de seu art. 5º, que diz o seguinte: "toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar" (NONA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, 1948). E também, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XII, tratou de abordar este tema dizendo que "ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais

intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei” (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

Sendo assim, todo indivíduo deve ter protegido o seu direito à privacidade, que, como dito anteriormente, abrange todas as informações que pertencem à vida particular de cada um, de modo que terceiros não tenham acesso e muito menos divulguem essas informações pessoais. Como podemos perceber, a preocupação em garantir a todos a inviolabilidade da vida privada não é algo atual, mas sim remota, porém, com o desenvolvimento dos meios de comunicação, torna-se ainda mais evidente a necessidade de proteção à privacidade.

Com o avanço dos meios tecnológicos e também com a globalização das informações, principalmente no que se refere a *internet*, a invasão de dados pessoais do indivíduo se tornou muito comum e, conseqüentemente, o direito à privacidade se tornou bastante vulnerável. Sendo assim, para que os cidadãos não tivessem a sua vida privada violada e divulgada para terceiros, foi imprescindível a criação de leis infraconstitucionais com o intuito de tutelar esse direito, pois, devido a este avanço da tecnologia, as conseqüências de uma possível violação seriam atingidas em uma proporção jamais esperada. Podemos citar como exemplo a Lei nº 9.296/1996, que trata da Interceptação Telefônica; a Lei nº 10.217/2001, que trata da Gravação Ambiental; a Lei nº 8.078/1990, que trata do Código de Defesa do Consumidor, bem como a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X.

Mas vale ressaltar, mesmo que uma pessoa permita que alguém utilize destes meios tecnológicos para conseguir informações suas ou até mesmo imagens, este terceiro não pode dispor destes dados pessoais como bem entender.

Além do mais, vamos observar que este direito à privacidade não é um direito absoluto, como podemos verificar nas palavras de Blum, citado por Luciana Vasco da Silva, que defende que “é importante destacar que quando o interesse público predominar sobre o particular, a inviolabilidade da privacidade também reclama certas restrições, obrigando à análise caso a caso” (BLUM, 2014 apud SILVA, 2015, p. 76), ou seja, há situações em que é essencial essa violação para que seja protegido não só um direito que pertence a uma só pessoa, mas sim um direito que pertence a toda a sociedade e que de modo algum pode deixar de ser tutelado pelo Estado, podemos citar como exemplo os casos em que for impossível chegar a solução de um caso concreto por outros meios de prova que não seja a interceptação telefônica, como veremos mais adiante.

Sendo assim, o Estado deve sempre ter em vista que o interesse público sobrepõe o interesse privado, e claro, analisar caso a caso de forma que nenhum indivíduo se sinta injustiçado.

Outro ponto de grande importância se diz respeito à Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, onde visa a proteção da vida privada dos usuários da rede e, também, determina que as empresas devem zelar pelo sigilo das informações. Caso ocorra algum descumprimento por parte destas empresas, poderão ser responsabilizadas e ter penalidades criminais, civis e administrativas.

Há também a Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sancionada pelo ex-presidente Michel Temer, que visa proteger os dados pessoais de pessoas naturais e garantir que seja preservada a intimidade e a liberdade de comunicação por parte dos usuários. Além do mais, a lei estabelece princípios básicos que devem ser observados por instituições públicas e privadas na utilização de tais dados, tais como finalidade, não discriminação, segurança, dentre outros (MULHOLLAND, 2018, p. 163).

A Constituição Federal em seu art. 5º, IV, diz que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (BRASIL, 1988). Muitos usuários da rede mundial de computadores, tem utilizado desse recurso para não serem vítimas de violação à privacidade, por outro lado, isso poderia contribuir para a prática de infrações penais que causariam danos a todas as pessoas, como por exemplo, o terrorismo (SILVA, 2015, p. 75).

No que diz respeito ao direito à privacidade, há julgados do STJ dizendo que dados particulares e até mesmo imagens, não poderão de forma alguma serem utilizados sem a autorização do titular. Vejamos a ementa do julgado proferido no recurso especial nº 1168547:

Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem" (BRASIL, STJ, 2011, *on-line*).

Por fim, não devemos deixar de mencionar que o direito à privacidade está relacionado ao exercício da cidadania, ou seja, é um exercício da liberdade de todo homem. Todos os indivíduos de uma determinada sociedade possuem uma série de informações que o tornam um ser único, e que devido a isso, devem ter preservadas

todas essas características, com intuito de que terceiros não tomem conhecimento e não as propaguem.

1.2 DO DIREITO À INTIMIDADE

Sendo considerado como sinônimo do direito à privacidade, o direito à intimidade também está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X. Nesse sentido, René Ariel Dotti citado por José Afonso da Silva, sustenta que o direito à intimidade seria “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais” (DOTTI, 1980 apud SILVA, 2009, p. 207).

Por outro lado, Alexandre de Moraes (2009, p. 53) argumenta que a intimidade “relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade”. Além do mais, “a proteção constitucional [...] refere-se tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas, abrangendo, inclusive, a necessária proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa (televisão, rádio, jornais, revistas, etc.).

No que se refere as pessoas jurídicas, não há muita discussão por parte da doutrina envolvendo este assunto, alguns juristas entendem que “já que os bens que constituem objeto dos direitos da personalidade satisfazem necessidades de ordem física ou moral, a própria essência das pessoas jurídicas impõe tais limitações” (COSTA JÚNIOR, 2004, p. 76). Ainda assim, o autor (COSTA JÚNIOR, 2004, p. 77) defende que os direitos relacionados à pessoa jurídica, nada mais seriam, do que o conjunto de direitos inerentes as pessoas que a integram.

Grande parte dos doutrinadores entendem que integram no direito à intimidade a inviolabilidade de domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional. José Afonso da Silva (2009, p. 207), por sua vez, argumenta que a casa seria como um asilo inviolável de todo ser humano, e que além de ser um ambiente em que o acesso é restrito ao público, é um lugar onde as pessoas podem exercer sua liberdade nas relações familiares, e que também, deve ser livre de intromissão por parte de terceiros.

Um outro ponto discutido pelo referido autor, refere-se ao sigilo da correspondência, em que consiste na liberdade de expressão do indivíduo e, também ao direito de comunicação, pois são nestas correspondências em que é possível verificar uma relação de confiança dos correspondentes pelo fato de expor seus

segredos e confissões de sua vida privada. Por outro lado, Alexandre de Moraes (2009, p. 59) sustenta que esse direito não é absoluto tendo em vista o interesse público, pois, para de fins de investigação criminal ou instrução processual penal, o legislador deixa claro que, por meio de decisão judicial as comunicações telefônicas não gozam de inviolabilidade absoluta. Vejamos a elucidativa lição do renomado constitucionalista ao destacar que:

Apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados alguns parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (MORAES, 2009, p. 59).

Sendo assim, em todas as categorias previstas no inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, poderá ocorrer sua quebra de sigilo devido ao fato de que as liberdades públicas não são absolutas. É o que defende Lenio Luiz Streck (2001 apud TAVARES, 2009, p. 649) quando leciona que “para quem a interceptação pode dizer respeito a qualquer espécie de comunicação, ainda que pela via informática”. E acima de tudo, para que essa quebra de sigilo seja constitucional, deve haver decisão judicial motivada proferida pela autoridade competente.

Já em relação ao segredo profissional, é imprescindível que haja fidelidade por parte daqueles que tomam conhecimento de assuntos que fazem parte esfera íntima do indivíduo não devendo compartilhar com terceiros, é o caso do advogado, médico, psicólogos, dentre outros. Pois como foi dito anteriormente, é possível perceber uma relação de confiança por parte daquele que expõe algo de sua vida privada.

Paulo José da Costa Júnior (2004, p. 31-32), defende que o direito à intimidade prevê a proteção de dois interesses, quais são “o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada”. Sendo assim, defende o autor que, em um primeiro momento, essa violação seria quando algum invasor adquiria informações pessoais de forma ilícita, ou seja, por uma intrusão, e, em um segundo momento, essa violação ocorreria de forma que as informações fossem adquiridas de forma lícita, porém divulgadas para terceiros sem autorização do titular.

O referido jurista argumenta ainda que, devido ao grande avanço dos meios tecnológicos, pessoas que possuem personalidade notória costumam em alguns momentos ser vítimas de violação, são pessoas que “espontaneamente se

entregaram a carreiras que, pela própria natureza, mais pertencem ao público do que a eles mesmos” (COSTA JÚNIOR, 2004, p. 56). Grande parte dos fotógrafos, para atingir seus objetivos, acabam utilizando de meios fraudulentos para assim conseguir informações que pertencem à vida privada dessas personalidades notórias.

Já Alexandre de Moraes (2009, p. 60) defende que, pessoas que exercem atividades políticas ou até mesmo artistas, ao avaliar uma violação à sua privacidade, é imprescindível que haja uma certa tolerância, “pois os primeiros estão sujeitos a uma forma especial de fiscalização pelo povo e pela mídia, enquanto o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante exposição à mídia”, mas claro, este direito não será suprimido, deverá sempre ser examinado tendo em vista que o direito à intimidade é um direito previsto constitucionalmente à todos, de modo que em momento algum, ocorra violação que ultrapasse o limite e que não esteja relacionada com a função que estas pessoas exercem.

Dito isso, é fundamental observarmos a questão do consentimento, pois, mesmo que uma determinada pessoa consinta que um terceiro tome conhecimento de algum tipo de informação sobre sua vida privada e até mesmo as divulgue, não deverá ultrapassar dos limites o qual foi exposto. E mesmo que um certo indivíduo tenha consentido que “fossem publicados artigos referentes à sua vida privada não dispensa sucessivos consentimentos específicos, sempre que se venham a revelar novas particularidades da intimidade daquela mesma pessoa” (COSTA JÚNIOR, 2004, p. 60). Sendo assim, é expressamente proibido utilizar de dados e informações pessoais para fins que não estejam previstos em lei e, para que seja constitucional, deverá haver autorização judicial.

Podemos verificar que tanto a legislação civil quanto a legislação penal preveem proteção contra violação ao direito à intimidade. Em relação ao primeiro, podemos verificar que essa proteção está prevista nos artigos 11 ao 21 do Código Civil de 2002, capítulo que trata dos direitos da personalidade, portanto, podemos observar que o direito à intimidade está relacionado com os direitos da personalidade (BRASIL, 2002). E quanto ao segundo, podemos examinar que há também uma proteção do direito à intimidade ainda que não seja de forma expressa, como por exemplo, nos crimes de violação de correspondência comercial, violação de domicílio, sonegação ou destruição de correspondência, entre outros (BRASIL, 1940).

Além do mais, a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) garante que qualquer cidadão que tiver sua intimidade violada, terá direito a reparação pelos danos

que vier a sofrer, tendo como base que, toda pessoa está amparada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à intimidade não se extingue com a morte da pessoa, sendo assim, se caso um conjunto de informações referentes a vida particular do *de cujus* seja obtido de forma lícita ou ilícitamente e posteriormente divulgado ao público, conseqüentemente atingindo a vida privada dos familiares, estes “serão necessariamente sujeitos passivos do delito de indiscrição e terão o direito de promover a competente querela, ou de prosseguir na queixa-crime, se já instaurada” (COSTA JÚNIOR, 2004, p. 73). Como podemos perceber, o direito à intimidade é considerado como um direito da personalidade, e mesmo após a morte de seu titular, este direito desfruta de idêntica proteção.

Contudo, é importante frisar que “apesar de considerar importante a diferenciação entre os termos privacidade e intimidade, não se enxerga impedimentos no uso da expressão direito à privacidade pra tratar do direito à intimidade, afinal este está inserido naquele” (CANCELIER, 2017, p. 221).

1.3 DO DIREITO À VIDA PRIVADA

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 5º, inciso X, também prevê que é inviolável a vida privada, podendo ser conceituada como o direito que os cidadãos têm de não ter sua vida molestada por terceiros, essa proibição estende-se tanto a sociedade quanto ao poder público. Esta liberdade de exercer a vida privada que a Carta Magna tutela de forma expressa, abrange tanto as relações familiares, quanto as relações existentes no ambiente de trabalho e também para com os amigos, podendo ser definida como uma esfera menos íntima do que em relação ao direito à intimidade.

Há uma grande dificuldade por parte dos doutrinadores em distinguir o direito à intimidade e o direito à vida privada, pelo fato de os dois serem um direito que o indivíduo tem de viver a sua própria vida, ou melhor, o direito que a pessoa tem de estar só. Mas é importante frisar o pensamento de Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2018, p. 41) ao estatuir que:

A intimidade e vida privada são dois círculos concêntricos que dizem respeito ao mesmo direito [...]. A intimidade é um círculo menor, que se encontra no interior do direito à vida privada, correspondendo as relações mais íntimas da pessoa e até mesmo a integridade corporal, não se admitindo as “intervenções corporais” como em outros países.

Vale ressaltar que a vida privada pode ser analisada sobre dois ângulos, um que se refere a vida exterior e o outro a vida interior. A vida exterior abrange “as relações sociais e nas atividades públicas, que pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública” (SILVA, 2009, p. 208). E por outro lado, temos o que a Constituição prevê como inviolável não devendo haver interferências por parte de terceiros, podendo ser denominado de vida interior, a qual “se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os mesmos membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada” (KAYSER, 1984 apud SILVA, 2009, p. 208).

Ainda assim, vale ressaltar que algumas informações pessoais relativas a um determinado indivíduo, ainda que pertençam a vida privada, não são consideradas informações íntimas, ou seja, não será violada a intimidade do indivíduo propriamente dita, como por exemplo o endereço de uma determinada pessoa (CANCELIER, 2017, p. 226).

Devido ao desenvolvimento dos meios tecnológicos, como por exemplo, aparelhos de sons e imagens, e, também dos meios de comunicação em geral, vislumbrou-se a necessidade de garantir ainda mais proteção à vida privada. Essa violação pode acarretar sérios danos à vítima a partir do momento que tais informações pessoais caem no domínio público e, conseqüentemente, contrariando o princípio da dignidade da pessoa humana, a base de nosso ordenamento jurídico.

Com isso, a Constituição Federal foi clara ao abordar o direito à indenização por dano material ou moral não só ao que diz respeito à vida privada, como também ao direito à intimidade, ou seja, qualquer violação no que tange ao direito à privacidade. É fundamental que o juiz avalie caso a caso, fixando a indenização de forma justa e, também, observando aquelas condutas constrangedoras que causam na vítima um intolerável incômodo perante a sociedade na qual pertence (PINTO, 2010).

Assim como qualquer outro direito previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, o direito à vida privada não goza de inviolabilidade absoluta, pois, em se tratando de segurança pública e até mesmo em um caso de estado de necessidade,

e por meio de uma decisão da autoridade competente, como dito anteriormente, pode ocorrer a sua violação. Mas é de grande valia frisar que nestes casos em questão não está sendo observado apenas o direito de um indivíduo, mas sim o interesse de toda a coletividade, ou melhor, visando tutelar os direitos de indivíduos como parte de uma sociedade.

1.4 DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu referido art. 5º, incisos IV, V, IX, XII e XIV, e também nos artigos 220 a 224, confere o direito à liberdade de comunicação, o qual consiste “num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação” (SILVA, 2009, p. 243). Os meios de comunicação, em geral, não sofrerão limitação ao exercerem suas atividades e, acima de tudo, devem sempre priorizar por programações que possuam natureza cultural, artística e até mesmo educativa. Essa liberdade que o indivíduo tem de se expressar e também de ser informado está relacionada com o princípio da dignidade humana.

O Pacto de São José da Costa Rica (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969) também garante o direito a todos à liberdade de expressão, à liberdade de informação e inclusive à liberdade de ser informado, como podemos perceber na leitura de seu artigo 13:

Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

José Afonso da Silva (2009, p. 243-244) traz de forma bastante clara que essa liberdade de comunicação é amparada por princípios básicos ao mencionar que não haverá lei ou regulamentos que porá empecilhos que impeçam que sejam divulgadas matérias informativas, não podendo haver qualquer tipo de repressão seja de qual natureza for, e também, a Constituição Federal prevê expressamente que em se tratando de rádios e televisões é imprescindível que haja permissão do Poder Executivo, ao contrário do que ocorre com os meios de comunicação expressos.

O direito à liberdade de manifestação do pensamento é um direito garantido à todos os cidadãos, sendo assim, poderão expor suas ideias, pensamentos e até mesmo suas opiniões sobre os mais diversos assuntos, sem restrição conforme previsto na Carta Magna, porém, não deverão expor ideias que afronte os ideais e crenças de outras pessoas. Sendo assim, o Pacto de São José da Costa Rica (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969) prevê em seu art. 13, item 2, que deve garantir que as informações divulgadas assegurem “o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas”; bem como “a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”.

Mas é importante frisar que qualquer tipo de manifestação do pensamento pode ser mantido em segredo. Dessa forma, não querendo o titular que terceiros tomem conhecimento, caso ocorra violação e alguém os divulgue sem o consentimento, ocorrerá a violação à sua intimidade.

Além do mais, quem expor as suas ideias através dos meios de comunicação deverá se identificar, devido ao fato de a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso IV, proibir o anonimato.

Em um Estado Democrático de Direito, todos os cidadãos têm direito de ter acesso à todas as informações, seja pelos meios de comunicação ou por qualquer outro veículo que possa transmitir ideias. E, em se tratando de sigilo profissional, José Afonso da Silva (2009, p. 246) faz uma análise de grande importância ao arguir que a Constituição “também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV). Aqui se ressalva, o direito do jornalista e do comunicador social de não declinar a fonte onde obteve a informação divulgada”.

Ou seja, conforme dito, nenhum direito individual é absoluto e pode ter exceções, neste caso, se os meios de comunicação em geral ou qualquer indivíduo tomar conhecimentos destes dados, e de forma fraudulenta divulga ao público de modo a colocar a pessoa em situação vexatória, poderá responder pelos danos causados, conforme visto no art. 5º, da Constituição Federal. Daí nota-se a importância de o magistrado analisar caso a caso e proferir sua decisão de forma justa, observando o princípio da proporcionalidade e tendo em vista o interesse público.

Vale ressaltar que o direito à informação é um direito individual que a Constituição Federal não deixou de tutelar. É possível verificarmos que existe a liberdade de informação e a liberdade de se informar. Neste, verificamos que o ser

humano necessita ter acesso a tudo que ocorre na sociedade a qual pertence, ou seja, trata-se na verdade de uma satisfação pessoal e que também está interligada ao direito a educação, enquanto que o direito à liberdade de informação, se refere ao fato de que os veículos de comunicação social podem exercer livremente sua atividade e informando ao público todas as notícias, mas sem é claro, alterar os fatos, pois, “reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial” (SILVA, 2009, p. 247).

Por outro lado, estes meios de comunicação em geral, seja televisão, rádios, imprensa, não podem de forma alguma invadir os dados pessoais, seja de pessoas públicas ou não, e divulga-los de modo que toda a sociedade tome conhecimento, colocando a vítima em situação desonrosa, e com isso “auferir proveito econômico da notícia, utilizando o princípio constitucional da liberdade de informação como um manto protetivo para a prática de atos ilícitos” (PINTO, 2010).

É fundamental mencionarmos que, conforme foi exposto, o direito à liberdade corresponde a todos os indivíduos, sem exceções, porém devemos constatar que ao utilizar dessa liberdade para violar qualquer direito previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), quais sejam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de algum indivíduo, o mesmo inciso garante que haverá uma responsabilização do violador e, como consequência, a condenação a indenização por danos materiais e morais.

É possível constatar que, devido à ampla proteção que a atual Constituição dá a estes direitos fundamentais, em alguns casos, pode ocorrer que um direito poderá entrar em conflito com outro, como por exemplo, o direito à liberdade de comunicação e o direito à privacidade. Sendo assim, conforme já dito anteriormente, nenhum direito é ilimitado, e, tendo em vista o interesse social, um deverá ceder ao outro.

Diante da necessidade de proteção desses direitos, um não poderá ser sacrificado em benefício de outro sem que haja uma decisão motivada e fundamentada, devendo o magistrado observar as peculiaridades de cada caso concreto, de modo a tomar decisões baseadas na equidade.

Além do mais, deve o intérprete atentar para o princípio da proporcionalidade, ou seja, ponderar os direitos em discussão e aplicar o que for mais adequado ao interesse público, tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2015, p. 412). Neste caso, portanto, incumbe ao juiz ponderar em uma determinada

ocasião o direito de que todos têm à comunicação, mas sem violar a privacidade dos cidadãos.

1.5 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu art. 5º, inciso II, prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Com isso, podemos analisar que a Carta Magna consagrou o Princípio da Legalidade, sendo este um direito individual garantido a todos.

Um dos princípios mais importantes e que constituem a base de um Estado Democrático de Direito é o Princípio da Legalidade, que consiste em dizer que “sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça” (SILVA, 2009, p. 420), visando suprimir qualquer prática de atos relacionados ao poder arbitrário de um Estado.

Sendo assim, todos os atos de um Estado devem estar sujeitos às leis, sempre observando o que elas determinam. Assim, podemos afirmar que, por meio deste princípio, estão garantidos os direitos fundamentais de um indivíduo também previstos na Constituição, quais sejam, a igualdade, a equidade, a liberdade de exercer a sua cidadania e até mesmo a dignidade da pessoa humana. Além do mais, o Princípio da Legalidade estabelece que, em não havendo observância às leis e sendo qualquer ato praticado sem amparo legal, o ato seria nulo.

Quando nos referimos ao respeito que todo Estado de Direito deve ter em relação às leis, é de grande importância mencionarmos que as mesmas devem ser criadas por órgãos competentes e que representem a população, ou seja, por órgãos que tenham legitimidade para criar leis que cuidam dos anseios da coletividade.

Um outro aspecto que devemos salientar se refere ao princípio da Legalidade no âmbito do Direito Penal. A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 5º, inciso XXXIX, traz que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, que se concretiza no princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, ou seja, para que um indivíduo seja acusado pela prática de um crime, o mesmo deverá estar previsto em lei.

Conforme Silva (2009, p. 429) o princípio da irretroatividade da lei penal e o da inafastabilidade do controle jurisdicional também decorrem do princípio da Legalidade, ou melhor, é uma garantia deste princípio, sendo que, o primeiro aduz que as leis não

retroagirão, porém, há uma exceção quando for em benefício do réu, e, quanto ao segundo, visa-se a importância dos atos praticados pelo Poder Público terem amparo legal.

Feitas estas considerações referente ao princípio da Legalidade, devemos nos atentar ao art. 1º, da Lei nº 9.296/1996, que regulamenta a Interceptação Telefônica. O aludido dispositivo traz de forma expressa que os requisitos para que seja válida tal prova deverá observar o disposto nesta Lei, ou seja, para que haja quebra no sigilo das comunicações é imprescindível que estejam de acordo com o que prevê a referida Lei. Se, porventura, ocorrer qualquer violação à privacidade e a vida privada de um indivíduo, que não tenha amparo legal, esta prova será considerada ilícita, é o que sustenta Gomes e Maciel (2018/*e-book*).

Como foi mencionado anteriormente, quando se tratar de privacidade, intimidade e vida privada, os quais são direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, para que seja feita a sua violação e para que ela seja legítima deve ser baseada em lei, e se porventura não ter qualquer amparo legal, a prova conseqüentemente será ilícita. Porém há uma exceção a esta regra, quando nos depararmos com provas que tenham natureza ilícita e que forem utilizadas para beneficiar o réu, neste caso a prova será considerada (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Um outro ponto de grande relevância que devemos nos atentar é que, se no aludido artigo 1º, da Lei nº 9296/1996, traz a expressão “observará o disposto nesta Lei”, somente as provas obtidas a partir de tal Lei serão admissíveis e deverão ser analisadas pelo juiz da causa. Por outro lado, em se tratando de provas obtidas anteriormente a ela, serão consideradas ilícitas, mesmo sendo precedidas de autorização judicial (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

1.6 DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO PENAL

O conceito de juiz natural ou mesmo de juiz competente, está previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 5º, inciso LIII, o qual prevê que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Além do mais, este princípio do juiz natural garante ao cidadão o direito de ser julgado por um juiz competente para o caso concreto, e também “comprometido com os princípios Constitucionais de igualdade, independência, imparcialidade e submissão

à lei, e constituído com base nas normas comuns de competência preestabelecidas” (MARCÃO, 2018, p. 67).

Sendo assim, tendo como base a Lei nº 9.296/1996 (BRASIL, 1996), que trata da Interceptação Telefônica, o legislador deixou de forma clara e expressa em seu artigo 1º, que a interceptação telefônica só poderá ocorrer mediante decisão motivada e fundamentada proferida por um juiz competente para a ação principal. Caso ocorra a violação de sigilo das comunicações, sem a devida autorização judicial, a prova obtida será ilícita.

Um dos pontos de grande discussão se refere ao fato de como será determinado qual será o juiz competente para determinar a interceptação, sendo que esta é realizada na fase de investigação. Em relação a este assunto, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018/*e-book*) explicam que devemos analisar primeiramente o local em que ocorreu o crime, segundo a natureza da infração e por último aplicar os critérios de distribuição conforme o Código de Processo Penal.

Sendo assim, a interceptação telefônica autorizada por juiz incompetente será nula, podendo ser tanto provas obtidas por meio da interceptação quanto provas derivadas. Quando nos referirmos a juiz natural, legal ou competente é importante lembrar de que, não basta ser um juiz que esteja no exercício da jurisdição, é necessário que, além de ser o juiz que esteja atuando no processo, tenha atribuição para determinar tal ato, ou seja, deve estar suprido de jurisdição penal. Por exemplo, o “juiz militar ou eleitoral pode determinar a interceptação, desde que o assunto verse sobre caso de sua competência específica” (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Pois, como foi demonstrado a intimidade, a privacidade e a vida privada são direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, e esta não permite que eles sejam violados de forma a prejudicar os cidadãos, salvo em casos expressos, como é o caso de interesse público. Por isso, nota-se a importância de se ter uma decisão judicial bem fundamentada, deixando de forma clara e objetiva a real necessidade de realizar a interceptação, que deverá ser feita quando não houver outro meio para chegar à conclusão de um determinado caso concreto. E, se por acaso não for realizada tal medida, mesmo ficando demonstrado seu caráter imperioso, pode haver danos irreparáveis a toda a sociedade, pois como já foi frisado anteriormente, visa-se acima de tudo o interesse público.

CAPÍTULO 2 DOS ASPECTOS GERAIS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996

2.1 DO CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Feito um estudo aprofundado sobre o tema interceptação telefônica, entendemos que a definição apresentada por Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018/*e-book*) sobre este ato e tendo como base a Lei nº 9.296/1996, mostra ser mais clara e objetiva, a qual diz que a interceptação telefônica é o ato “de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação enquanto ela está acontecendo. É da essência da interceptação, no sentido legal, a participação de um terceiro”.

Sendo assim, como podemos observar a interceptação telefônica ocorre quando uma determinada pessoa tem acesso a todo o teor da conversa que diz respeito a terceiros, e além disso, é importante frisar que os titulares das mensagens captadas não têm conhecimento de que alguém está tendo contato com o conteúdo de suas conversas (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

2.2 DA FINALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu qual seria a finalidade da interceptação, a qual seria utilizada em “instrução processual penal e investigação criminal”. Com isso, a interceptação é utilizada como meio de prova para a “comprovação de um delito ou do envolvimento de uma pessoa com determinado delito” (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

É imprescindível que haja indícios fortes de autoria contra a pessoa que tiver suas conversas interceptadas e que também tenha sido iniciada uma investigação sobre um determinado caso para que seja válida a interceptação, embora há jurisprudência aduzindo que é possível a utilização desse meio de prova mesmo não tendo sido instaurado o inquérito policial. Mas é claro, mesmo tendo apenas iniciada a investigação, é necessária autorização judicial para a realização desse meio de prova (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Como podemos analisar, a Constituição Federal trouxe de forma clara que a interceptação telefônica deverá ser utilizada apenas em investigação criminal e instrução processual penal, além disso, deve haver também autorização do juiz competente para a ação criminal principal. Portanto, ela não será admitida “para fins civis, comerciais, industriais, administrativos, políticos etc. Nem sequer para investigação que envolva direitos difusos (coletivos)” (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*), mas, somente para ações voltadas a área criminal, sob pena de violação da própria Constituição Federal e também da Lei nº 9.296/1996.

De acordo com Gomes e Maciel (2018/*e-book*), o fato de ser permitida a interceptação para a obtenção de provas apenas para fins penais tem seu fundamento no fato de que envolve direitos fundamentais, tais como a intimidade e vida privada, sendo assim, o legislador optou por tornar possível essa medida apenas em casos excepcionais por se tratar da quebra do sigilo telefônico e também da privacidade dos cidadãos.

2.3 DA INTERCEPTAÇÃO, DA ESCUTA E DA GRAVAÇÃO NAS CATEGORIAS TELEFÔNICA E AMBIENTAL

O art. 1º, da Lei nº 9.296/1996 (BRASIL, 1996) prevê que será objeto de interceptação as “comunicações telefônicas de qualquer natureza”, com isso, nota-se a importância em detalhar cada uma delas, as quais são a interceptação, que será objeto de estudo no decorrer do trabalho, a escuta e a gravação telefônica e ambiental.

A interceptação, como já foi dito anteriormente, ocorre quando um indivíduo toma conhecimento do conteúdo das conversas de um terceiro, sendo que nenhum dos comunicadores tem ciência de que suas mensagens estão sendo interceptadas. Além do mais, temos também a interceptação ambiental, ocorre em seu próprio ambiente, mas sem que os comunicadores saibam da interceptação.

Já a escuta telefônica é “a captação da comunicação telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro” (GOMES; MACIEL; 2018/*e-book*). Temos também a escuta ambiental, que ocorre da mesma maneira que na escuta telefônica, com a diferença que aquela se dá no próprio ambiente da conversa.

Com isso, podemos perceber que, embora haja algumas semelhanças entre a interceptação e a escuta, elas apresentam uma diferença, ou seja, enquanto que, na

interceptação, os comunicadores não sabem da captação, na escuta, um dos comunicadores tem ciência dessa captação.

No caso da escuta telefônica, mesmo um dos comunicadores tendo conhecimento da interceptação, é fundamental a autorização do juiz, pois neste caso, haverá violação da privacidade e intimidade de um indivíduo (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

A gravação telefônica ou também denominada de gravação clandestina nada mais é que a “gravação da comunicação telefônica por um dos comunicadores, ou seja, trata-se uma gravação da própria comunicação” (GOMES; MACIEL; 2018/*e-book*). Neste caso, como podemos perceber não há a figura de um terceiro que toma conhecimento da conversa com ou sem consentimento de um dos comunicadores, mas sim, a própria pessoa que participa da conversa realiza a gravação.

Além da gravação telefônica temos também a gravação ambiental, que é “a captação no ambiente da comunicação feita por um dos comunicadores (ex.: gravador, câmeras ocultas etc.)” (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

É de grande importância destacarmos que, para os doutrinadores Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018/*e-book*) somente será objeto da Lei nº 9.296/1996 a escuta e a interceptação telefônica, pois “apenas nessas duas hipóteses há comunicação telefônica e um terceiro interceptador”.

Por outro lado, os referidos autores ainda destacam que, no caso da gravação ambiental ou telefônica, por não haver lei que regulamente o seu uso, em momento algum poderão ser utilizadas no processo por se tratar de prova ilícita e não terem amparo legal. Sendo assim,

[...] como a gravação telefônica e as captações ambientais envolvem, em regra, intimidade e privacidade, há necessidade de lei expressa regulamentando-as também [...]. Não havendo expressa previsão legal, pode-se falar em violação ao art. 5º, X, da CF/1988, que assegura o direito à privacidade e intimidade (esses direitos, claro, só podem ser restringidos por lei) (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Porém, não é assim que a jurisprudência entende nos dias de hoje, pois há inúmeros julgados do STJ e STF decidindo que a prova obtida por meio da gravação telefônica e ambiental e da escuta ambiental são consideradas lícitas e não dependem de autorização do juiz competente, pelo fato de não serem objeto da Lei nº 9.296/1996. Como exemplo, podemos citar o julgamento do HC nº 91.613/MG, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes:

[...]

O presente caso versa sobre a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento de outro, isto é, a denominada “gravação telefônica” ou “gravação clandestina”. Entendimento do STF no sentido da licitude da prova, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação. Repercussão da matéria (RE 583.397/RJ).3. Ordem denegada (BRASIL, STF, 2012, *on-line*).

Como podemos perceber, os tribunais superiores permitem a utilização da prova obtida mediante gravação clandestina ou gravação telefônica, mas é importante frisar que, não é possível a utilização da prova quando as mensagens apresentarem uma causa legal de sigilo, ou seja, quando o sigilo deve ser mantido em decorrência de lei, como é o caso da conversa entre advogado e cliente, e também quando há a reserva de conversação, sendo que, nestes casos, envolve a violação da vida privada e da intimidade das pessoas (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

2.4 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS

Sigilos de dados nada mais é que o “registro das comunicações realizadas”, ou seja, são “dados correspondentes ao dia em que a chamada foi feita, horário, número de telefone, duração da chamada, etc.” (CAPEZ, 2010, p. 558-559).

Como podemos perceber, não há nenhum acesso ao conteúdo da conversa como acontece na interceptação, mas tão somente a estes registros referentes a estas comunicações. Devemos nos atentar ao fato de que na quebra do sigilo de dados estão associadas comunicações que já ocorreram, enquanto que na interceptação, ocorre a quebra do sigilo de conversas que estão acontecendo (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Há quem discuta sobre a possibilidade de enquadrar a quebra de sigilo de dados na Lei nº 9.296/1996. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018/*e-book*) argumentam contra essa ideia ao estatuir que “onde a lei diz ‘comunicações telefônicas’ não se pode ler também registros telefônicos [...] leva a conclusão de que somente a comunicação pode ser interceptada”.

Além do mais, os referidos autores defendem ser possível a utilização da Lei nº 9.296/1996 apenas como um parâmetro para que o juiz possa determinar a quebra do sigilo de dados, ou seja, ao que se refere a limites, abrangência e aos requisitos estabelecidos pela lei, tendo como base o princípio da proporcionalidade, e também

pelo fato de que nenhum direito fundamental goza de inviolabilidade absoluta (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

O fato de não poder utilizá-la para a decretação da quebra de sigilo de dados está relacionado ao princípio da legalidade, pois como se trata de direito fundamental, este não poderá ser violado perante a inexistência de uma lei que regulamente tal assunto (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Como podemos perceber, embora a Lei de Interceptação Telefônica não discipline a questão da quebra de sigilos de dados, é importante nos atentarmos para a possibilidade de o juiz utilizar como parâmetro a referida Lei e assim determinar a quebra do sigilo de tais dados, pois a quebra do sigilo pode ser fundamental para uma investigação criminal, por exemplo. Mas, vale frisar o que vem sendo defendido no decorrer do trabalho, o magistrado deve atuar com proporcionalidade, dentro dos limites da legalidade, e acima de tudo sempre atento ao interesse coletivo.

2.5 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996

Como foi dito anteriormente, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu art. 5º, inciso XII, prevê que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Sendo assim, conforme salienta Capez (2010, p. 561), tornou-se imprescindível uma lei que regulamentasse sobre a interceptações das comunicações telefônicas, pois esta norma constitucional é de eficácia limitada.

A Lei nº 9.296/1996 foi criada com o intuito de regulamentar o inciso XII, da Constituição Federal, ao que diz respeito a interceptação telefônica, e somente a partir de sua vigência, as provas obtidas por meio da interceptação foram consideradas lícitas. As provas obtidas antes da referida lei não são consideradas válidas pela ausência de amparo legal e inobservância ao princípio da legalidade. Mas vale ressaltar que, embora haja Lei que trate do assunto, a interceptação não deverá ser levada em consideração se não forem observados os requisitos legais para tal ato.

Além dos requisitos legais para ser admitida a interceptação, a Lei traz de forma bem clara quem terá legitimidade para requerê-la, o prazo para a realização da prova,

ou seja, traz todo o processamento e os aspectos processuais que devem ser respeitados, o que será estudado oportunamente.

A Lei nº 9.296/1996 também criminaliza o ato de quem intercepta alguma comunicação telefônica, sem autorização judicial, além de não obedecer aos requisitos exigidos pela Lei, conforme está previsto em seu artigo 10. A criação desse tipo penal teve como objetivo a proteção a inviolabilidade da privacidade e também do sigilo das comunicações, além de coibir qualquer prática que não tenha os objetivos previstos na Lei.

2.5.1 Da constitucionalidade do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 9.296/1996

Um dos pontos mais discutido pela doutrina se refere a constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º, da Lei em estudo, ao incluir a possibilidade de ocorrer interceptação em sistemas de informática e telemática, enquanto que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 5º, inciso XII, estatui que somente as comunicações telefônicas podem ser interceptadas e não gozam de sigilo absoluto, como acontece com as correspondências e as comunicações telegráficas e de dados.

Primeiramente, é imprescindível definir o que seria esse sistema telemático. Realizando um estudo aprofundado sobre o tema, entendemos ser um meio de transmissão de dados, por meio do uso da via telefônica e informática. Quando nos referimos a transmissão de dados, estamos diante da transmissão de qualquer forma de informação, seja ela imagens, sinais e até mesmo escritos, tudo por meio da telecomunicação (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Há correntes doutrinárias que insistem em argumentar que este parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.296/1996 é inconstitucional, pois a Constituição Federal prevê que somente poderá ser aplicado a exceção do sigilo das comunicações às comunicações telefônicas. Sendo assim, o legislador não poderia incluir nesta exceção a comunicação telemática, sendo que nestes casos, quando ocorre a transmissão de dados o sigilo é absoluto. Para o constituinte, deve haver a comunicação de voz entre os comunicadores para caracterizar a comunicação telefônica (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Já Grinover (1997, p. 25), por sua vez, expõe que este artigo seria inconstitucional pelo fato de que o artigo 5º, da Constituição Federal, refere-se a

comunicações telefônicas, ou melhor, somente seria possível a quebra do sigilo telefônico quando fosse utilizada a voz entre os comunicadores. O ideal, segundo o autor, para que fosse abrangida a comunicação telemática, seria a inclusão da expressão “comunicações via telefone”.

Além do mais, defendem também que o sigilo das comunicações é um direito fundamental, e quando nós estamos diante de normas que tratem de garantias constitucionais, a interpretação deve ser restritiva, ou seja, deve o intérprete dar uma interpretação menos ampla à Lei (CAPEZ, 2010, p. 555).

Por outro lado, para quem defende que este artigo é constitucional, como é o caso de Gomes e Maciel (2018/*e-book*), a expressão “comunicações de qualquer natureza” também estaria incluindo as comunicações telemáticas, já que, neste caso, ocorre a transmissão de dados por meio do telefone combinado com a informática. Os referidos autores argumentam também que, embora a Constituição Federal exigiu uma lei que regulamentasse o final do inciso XII e como se trata de liberdade e direitos fundamentais, o legislador agiu corretamente ao regulamentar sobre a inclusão das comunicações telemáticas.

A doutrina constitucionalista moderna alega que não há direito absoluto, como é o caso do sigilo das comunicações, se assim fosse, facilitaria para que criminosos utilizasse dessa inviolabilidade para praticar crimes e, conseqüentemente, não responderiam por eles. Neste caso, por exemplo, se fosse levado em consideração que a comunicação telefônica seria somente quando há comunicação de voz entre os comunicadores, bastaria que o criminoso digitasse a mensagem de texto e não utilizasse da voz. E, caso seu aparelho viesse a ser interceptado, esta prova não poderia ser utilizada por ir contra o que diz o texto constitucional (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Devido ao avanço da tecnologia, surgiram diversos meios para que as pessoas pudessem se comunicar e trocar informações, e com isso podemos observar o quanto é fundamental ampliar o alcance da Lei para assim enquadrar também os meios de comunicação mais modernos (MAXIMILIANO, 1996 apud DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 370). Diversos criminosos utilizam essa tecnologia para cometer delitos, sendo assim, seria um retrocesso não enquadrar a comunicação telemática na comunicação telefônica, mesmo ocorrendo a transmissão de dados e não a comunicação de voz (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 371).

Um outro ponto de grande importância discutido pelos doutrinadores é em relação ao artigo 10 da Lei nº 9.296/1996, o qual prevê como crime, a interceptação realizada em comunicações telefônicas, informática e telemática, sem a devida autorização judicial, ou seja, neste artigo está incluído tanto a comunicação telefônica quanto a telemática, e, se por acaso o parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 9.296/1996 fosse inconstitucional, não adiantaria a previsão dessa comunicação no referido artigo 10.

Enquanto que a Lei, em seu art. 1º, permite que haja interceptação, obedecidos os requisitos legais, o art. 10 protege a privacidade e a intimidade das pessoas, de modo que não ocorra o acesso ao conteúdo das mensagens, sem autorização do juiz competente, e, preenchidos os requisitos da Lei, essa garantia se mostra presente tanto na comunicação telefônica quanto na telemática (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Com isso, podemos observar a imprescindibilidade de se considerar não só as comunicações telefônicas, mas também aquelas em que há a transmissão de dados, como é o caso da citada comunicação telemática, já que a sociedade está em constante transformação e com ela surge diversos meios para que todos tenham acesso as mais variadas informações.

Mas deve-se atentar também para o fato de que há crimes que são cometidos utilizando-se dessa evolução tecnológica, portanto, é fundamental a abrangência na Lei de qualquer meio de comunicação para que nenhum indivíduo aproveite dessa inviolabilidade para praticar condutas delituosas, além do mais como já foi dito, não há direito absoluto.

2.5.2 Da interceptação telefônica e da questão da proteção ao sigilo

Para que a medida seja eficaz e atinja seus objetivos, é fundamental que a realização da diligência ocorra sem que os investigados tenham ciência da interceptação, mas não serão prejudicados quanto as garantias constitucionais, ou seja, o contraditório nestes casos será diferido ou postergado, podendo as partes terem acesso à colheita de provas quando já estiverem realizadas, sendo que, se assim não fosse, a medida seria totalmente ineficaz. Se a pessoa interceptada tiver conhecimento de que está sendo grampeada, não irá se comunicar pelo telefone e

muito menos tocaria em assuntos que a pudesse comprometer (CAPEZ, 2010, p. 572).

O art. 8º da Lei nº 9.296/1996, faz menção à preservação ao sigilo mesmo após a colheita de provas, sendo assim podemos notar que esse sigilo se refere ao sigilo perante terceiros, ou seja, a interceptação deve ser de conhecimento do investigado como também de seu advogado, mas não poderá cair em domínio público (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Com isso, nota-se a necessidade em preservar a intimidade, a privacidade e a vida privada, tanto do investigado, como também das testemunhas que fazem parte do processo (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Diante dessa informação, surge dúvida quanto ao fato de que a Constituição por um lado prevê que os atos processuais serão públicos, devido ao princípio da publicidade, e por outro, o art. 8º da Lei nº 9.296/1996 estabelece que os autos apartados referentes à interceptação telefônica deverão ser mantidos em sigilo. Este artigo seria constitucional ou não?

Antes de adentrar neste assunto, vale ressaltar que se formos observar o art. 8º da Lei em estudo, estabelece que as diligências referentes à interceptação ficarão em autos apartados do processo principal, ou seja, somente haverá sigilo nos autos que possuem toda a conversa interceptada, com o objetivo de proteger a intimidade e a privacidade do investigado, e não quanto aos autos referentes ao inquérito policial ou ao processo criminal. Quanto a estes, todos os atos serão públicos e poderão ter acesso por terceiros.

Desse modo, é elucidativo o entendimento de Gomes e Maciel (2018/*e-book*) ao analisar o art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o qual aduz que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, ou seja, somente nos autos apartados que estão as diligências realizadas quanto a interceptação ocorrerá o sigilo em relação à terceiros, já que neste caso, envolve a intimidade e a privacidade de um indivíduo. E quanto aos autos principais, seja o inquérito ou processo criminal, não haverá este sigilo, já que os atos processuais são públicos.

Diante disso, é inegável a constitucionalidade, tanto do art. 1º quanto do art. 8º, ambos da Lei nº 9.296/1996, ao estatuir que os autos deverão correr em segredo de justiça, pois como já foi frisado diversas vezes, deve-se proteger a privacidade não só do investigado, mas também daquele que participou da conversa. Portanto, não há

nenhuma contradição com a norma constitucional que prevê que os atos processuais deverão ser públicos, já que os autos que conterão toda a conversa objeto da interceptação deverão estar apartados ao processo principal, pois, o próprio texto constitucional garante este sigilo sempre que envolver a vida privada e a intimidade de alguém.

2.5.3 Da interceptação telefônica e da inadmissibilidade da prova ilícita

É de grande importância mencionarmos que a todos os cidadãos é previsto o direito de produzir provas e assim ter a oportunidade de se defender contra os fatos apresentados pela parte contrária em um determinado processo, decorrente do princípio do devido processo legal. Sendo assim, Renato Marcão (2018, p. 442) conceitua que “prova é a informação ou o conjunto de informações determinadas, trazidas aos autos em que materializada a persecução penal, por iniciativa do Delegado de Polícia, das partes no processo, pelo juiz ou por terceiros”.

Além do mais, preceitua o referido autor que o destinatário das provas é o juiz, servindo como instrumento para o seu convencimento, para que possa analisa-la e assim decidir da forma mais correta e justa, pois, por meio delas, ficará demonstrado como os fatos ocorreram (MARCÃO, 2018, p. 442). Com isso, nota-se a importância de a colheita de provas ser obtida de acordo com as normas do nosso ordenamento jurídico.

Vale ressaltar que, toda prova colhida que não observar as normas constitucionais, legais ou até mesmo princípios constitucionais, são consideradas provas ilícitas e devem ser desentranhadas, ou seja, devem ser retiradas de imediato do processo (BARBOSA, 2013, p. 07).

No direito brasileiro, prevalece a corrente que defende a inadmissibilidade das provas ilícitas, ou melhor, o juiz não pode de forma alguma utilizá-las como base para fundamentar a sua decisão, devendo então ser desentranhadas imediatamente dos autos (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*). Podemos verificar também que a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 5º, inciso LVI, prevê a inadmissibilidade de tais provas ao estatuir que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Sendo assim, as provas obtidas por meio da interceptação telefônica, que não observar o que está previsto na Constituição Federal e os requisitos exigidos pela Lei

que trata de tal assunto, serão consideradas provas ilícitas. Portanto, o magistrado não poderá utilizá-las como base para fundamentar a sua decisão.

Um outro ponto importante referente as provas ilícitas, no que tange a interceptação, diz respeito as provas derivadas, ou seja, “são aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito” (CAPEZ, 2010, p. 585). Este assunto já foi pacificado pela jurisprudência e também pelo Código de Processo Penal, ao firmarem que toda prova ilícita, seja ela derivada ou não, deve ser excluída do processo, devido a corrente adotada pelo direito brasileiro que se refere a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Uma prova decorrente de outra prova ilícita encontra-se contaminada, ou seja, mesmo que tenha sido realizada de acordo com as normas legais, mas somente foi possível a sua realização por meio das informações obtidas através de uma prova ilícita não poderá servir de base para o convencimento do juiz. Esse entendimento decorre da teoria dos frutos da árvore envenenada (CAPEZ, 2010, p. 585).

Temos como exemplo, uma interceptação telefônica que foi realizada sem autorização do juiz competente, através da qual, obteve-se acesso a informações de que, em um determinado local, existia uma quantidade relevante de drogas, as quais seriam apreendidas. Sendo assim, como a eventual apreensão decorre de uma prova ilícita, que no caso seria a interceptação telefônica, pela teoria dos frutos da árvore envenenada, tal prova estaria contaminada, e, tendo como base a inadmissibilidade das provas ilícitas, ela deve ser excluída de forma imediata dos autos, já que não possui nenhum valor jurídico (GOMES; MACIEL, 2018/e-book).

Há, contudo, uma exceção a essa inadmissibilidade das provas ilícitas, a qual seria quando tal prova for utilizada em benefício do acusado, ou seja, quando for imprescindível tal prova para comprovar a sua inocência. O STJ e também o STF admitem tal posicionamento, tendo em vista o princípio da proporcionalidade. Se uma interceptação telefônica for realizada por meios ilícitos e somente por ela for possível provar a inocência de alguém, tal prova será admitida, pois o que está em jogo é a liberdade de um indivíduo, o que no caso seria muito mais importante do que a preservação da intimidade e da privacidade (CAPEZ, 2010, p. 594).

Uma outra questão que devemos analisar se trata do art. 157, do Código de Processo Penal (BRASIL 1940), que estatui que as provas derivadas das provas ilícitas devem ser de forma imediata desentranhadas dos autos, ou seja, não deverá ser utilizada como base em uma acusação. Mas, se por acaso em um determinado

processo ou investigação haver a presença de provas que não foram derivadas de provas ilícitas, ou melhor, são realizadas de forma independentes destas, tais provas são válidas e podem ser utilizadas em uma acusação, essa teoria é denominada de fonte independente (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Essa questão da admissibilidade de provas derivadas ainda gera controvérsia por parte da doutrina, porém, em nosso ordenamento jurídico, como é o caso do Código de processo Penal, já foi assentado que provas derivadas de provas ilícitas que forem utilizadas em investigação ou em processos são nulas, pois, se foram adquiridas a partir de provas que não observaram a legalidade, conseqüentemente, terá contaminado todas as outras, por isso devem ser descartadas imediatamente, já que o nosso ordenamento não permite a sua utilização.

2.5.4 Da interceptação telefônica e da questão da prova emprestada

A interceptação telefônica, conforme previsto na Lei em estudo e no texto constitucional, somente pode ser autorizada para a produção de provas em investigação criminal ou instrução processual penal, ou seja, somente é admitida em área criminal. Porém, será possível utilizar a prova obtida por meio da interceptação em outras áreas que não sejam a penal? Esta é uma questão delicada e que diverge entre juristas e doutrinadores.

Quem argumenta ser inconstitucional essa questão que envolve a prova emprestada, por exemplo, são os doutrinadores Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018/*e-book*), os quais entendem que a Constituição Federal é clara ao limitar o uso da interceptação somente para casos relacionados com a área criminal. Além do mais, frisam na questão de que o assunto diz respeito a garantia constitucional que é o direito à prova, mas “só se admite a prova legalmente obtida e produzida. É um direito, como outros, submetido a limitações” (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Partem da ideia do constitucionalismo moderno de que não há direito absoluto. O mesmo ocorre no caso em questão, haja vista que mesmo que todos os cidadãos tenham o direito de produzir provas para que tenham a oportunidade de se defenderem, a mesma deverá ser obtida de acordo com o que prevê a Lei, em respeito aos princípios da legalidade e do devido processo legal.

Por outro lado, renomados autores, como Fernando Capez e Alexandre de Moraes, se posicionaram no sentido de ser plenamente possível a utilização dessa

prova em outras áreas que não seja a penal, desde que obedecidos os requisitos legais.

Segundo Capez (2010, p. 577), a utilização da interceptação telefônica como prova emprestada, somente é possível quando a interceptação for autorizada por juiz competente e mediante decisão fundamentada, e também é imprescindível que em momento algum seja feita a interceptação telefônica e depois permitir que ela seja utilizada como prova emprestada em processo cujas partes são diferentes em relação ao processo originário.

Alexandre de Moraes (2009, p. 61) por seu turno, ressalta que não será possível a utilização da interceptação telefônica em outro processo, quando ficar comprovado que houve “simulação ou fraude no curso da investigação, no sentido de burlar a vedação constitucional de decretação de interceptações telefônicas no processo civil ou administrativo”.

Esse também é o entendimento que predomina na jurisprudência atualmente, e podemos ver diversos julgados dizendo ser possível a utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em outro processo diverso do criminal. É o que podemos analisar com a leitura da ementa do recurso ordinário em mandado de segurança, nº 25.495:

EMENTA AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSIÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO DO CARGO DE AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO, COMO PROVA EMPRESTADA, NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. [...] Afigura-se hígida a utilização, como prova emprestada, no bojo do processo administrativo disciplinar, de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente. Precedentes (BRASIL, STF, 2018, *on-line*).

Além dos tribunais destacarem que é fundamental a autorização judicial proferida por juiz competente, deve-se também garantir às partes a observância aos princípios constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A partir do momento em que for possível a utilização da interceptação como prova emprestada, a defesa deve ter acesso a elas e assim ter a oportunidade de se defender.

Os Tribunais têm frisado muito em suas decisões que, para que haja a utilização da interceptação como prova emprestada, é imprescindível que ela tenha sido feita em observância aos requisitos legais no processo em que ela foi obtida, sob

pena de ser considerada prova ilícita e, como consequência, devem ser desentranhadas dos autos. O juiz não poderá de forma alguma levar em consideração uma prova ilícita para formar o seu convencimento (CANCI JÚNIOR, 2012).

Não podemos deixar de citar o art. 372 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) que estatui que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Sendo assim, é possível a utilização de prova emprestada nos processos da área civil, mas é claro, deve se atentar as exigências que a jurisprudência determina, ou seja, deve ser respeitado os princípios do contraditório, da ampla defesa e, principalmente, o devido processo legal (NEVES, 2018, p. 750).

Como podemos verificar, não é unânime a posição dos doutrinadores em relação a utilização da interceptação telefônica como prova emprestada, mas uma coisa é de grande importância nos atentarmos, a Constituição Federal não deixou nenhuma dúvida de que somente seria possível a utilização da interceptação em processos relacionados na área criminal, limitando a possibilidade de utilização desse meio de prova por se tratar de direito fundamental.

Mas uma coisa é certa, a jurisprudência tem adotado um posicionamento adequado em admitir a interceptação telefônica como prova emprestada em casos excepcionais, ou melhor, em situações que, se tal medida não fosse admitida, poderia ocorrer que determinados direitos não seriam tutelados de forma efetiva, não somente direitos individuais, mas também direitos que pertencem a uma coletividade. O fato é que, nestes casos, haverá uma violação à intimidade de um cidadão, porém, como não há direito absoluto, tal medida tornaria justificável se fosse admitida apenas em casos excepcionalíssimos, que tivessem em vista o interesse público em tutelar um direito de alguém e observado pela autoridade competente o princípio da razoabilidade.

2.5.5 Da legitimidade para requerer e da delimitação do objeto no pedido para a interceptação telefônica

O art. 3º da Lei nº 9.296/1996 elenca quem são os legitimados para solicitar a interceptação telefônica, os quais são a autoridade policial, o representante do Ministério Público e também especifica que este tipo de diligência poderá ser determinado pelo juiz, de ofício.

A possibilidade da vítima ou do querelante requerer a realização da interceptação não está elencada no dispositivo em estudo, porém, há quem a defenda devido ao fato de a Constituição Federal estabelecer como garantia fundamental o direito à prova (GRINOVER, 1997, p. 29). Além do mais, para que o querelante possa requerer a interceptação, é imprescindível que seja observado todos os requisitos que a Lei estabelece, ou seja, deve haver autorização judicial proferida por juiz competente; deve ser impossível chegar à conclusão de um determinado caso, se não for pela interceptação; o crime deve ser punido com reclusão e também deve haver uma decisão judicial fundamentada para tanto (RANGEL, 2009 apud SILVA, G.; SILVA, A., 2017, p. 23).

Além do mais, por exemplo, em uma ação penal privada, o querelante, que é o titular da ação penal, também teria a legitimidade em requerer que fosse feita a realização desse tipo de prova, principalmente quando não ter outra forma de obter provas, senão pela interceptação telefônica. Se assim não fosse, seria impossível a produção de provas para comprovar determinado fato e conseqüentemente poderia ocorrer a violação ao contraditório e ao devido processo legal (GOMES; MACIEL, 2018/e-book).

Em relação ao advogado, também não há menção a esta possibilidade, mas Capez (2010, p. 565) expõe que este poderia fazer, desde que tanto a autoridade policial quanto o Ministério Público tomassem conhecimento e solicitassem ao juiz competente a realização para tal ato, desde que, é claro, preenchidos os requisitos legais.

Mas o que acaba gerando muita discussão se refere ao fato de o juiz determinar de ofício a realização da interceptação telefônica. Muitos autores defendem ser este ato inconstitucional, pois entendem que além de violar os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, poderia até mesmo comprometer a imparcialidade do juiz.

É válido ressaltar que com a aprovação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, houve diversas alterações na legislação processual e também na legislação penal, uma delas é a proibição do juiz de determinar de ofício a prisão preventiva, devendo haver o requerimento do Ministério Público ou a representação da autoridade policial.

Portanto, o artigo 311 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) que previa que o magistrado podia agir nestes casos de ofício, passa agora a ter uma nova

redação a qual determina que “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

O aludido Pacote Anticrime também criou uma inovação que visa assim garantir a imparcialidade do magistrado, denominada de “juiz de garantias”. Este ficará responsável por verificar a legalidade durante os atos praticados na investigação, sempre com o intuito de preservar a imparcialidade do juiz responsável por conduzir o andamento do processo, além de garantir direitos e garantias dos investigados e também daqueles que farão parte dos autos (NERES, 2020).

Porém, os dispositivos que determinam a criação de tal medida, foram suspensos por decisão liminar do Ministro Dias Toffoli, pelo fato de não ser possível implantar tal medida em todo o país em apenas 30 (trinta) dias como determina o Pacote (NERES, 2020).

É importante mencionarmos também que o referido Pacote, em seu art. 3º, XI, alínea a, estabeleceu que o juiz de garantias terá a capacidade para decidir qualquer requerimento que solicita a realização da interceptação telefônica, seja em comunicações telefônicas ou telemáticas. Tais dispositivos foram recebidos pelos juristas como sendo uma medida positiva e que fará com que o magistrado possa conduzir o processo sem estar comprometida sua imparcialidade e não correndo o risco de preferir decisões injustas (NERES, 2020).

Quanto a discussão referente a possibilidade de o juiz determinar a interceptação telefônica de ofício, Gomes e Maciel (2018/*e-book*) lecionam que:

No nosso modo de entender, é manifesta a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.296/1996, na parte em que autoriza o juiz a decretar de ofício a interceptação na fase pré-processual, por violação, em especial, ao princípio da imparcialidade do juiz e a ao sistema acusatório de processo.

No mesmo sentido se posicionou Paulo Rangel (2015, p. 58) ao argumentar que o juiz somente deveria determinar que seja feita a interceptação na fase judicial, pois, como foi frisado anteriormente, ao determinar que tal meio de prova seja realizado durante o inquérito policial sua imparcialidade estaria comprometida.

Sendo assim, defendem também que no sistema acusatório, o qual é adotado pela Constituição Federal, o juiz não possui a função de investigar (função atribuída à Polícia Civil e Federal), de acusar e muito menos a atribuição para a colheita de

provas. Se assim fosse, estaria caracterizado o sistema inquisitório, em que o juiz participa da colheita de provas, o que poderia ocasionar violação ao princípio do contraditório. Entendem também que o juiz deve estar distante das partes, além de ser essencial haver a paridade de armas entre a acusação e defesa (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

No que diz respeito a frase processual, argumentam que o art. 3º da Lei nº 9.296/1996 deve ser interpretado em conjunto com o art. 156, inciso II, do Código de Processo Penal, ou seja, na fase processual, o juiz pode agir de ofício, mas de forma suplementar, apenas para a realização de diligências quando houver algum ponto controvertido das provas apresentadas pelas partes (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Fernando Capez por seu turno, compartilha a ideia de Rangel ao destacar que o juiz não poderá decretar a interceptação de ofício apenas na fase da investigação policial, porém, quando estiver no curso do processo, o magistrado poderá agir de tal modo, tendo como base os princípios da verdade real e do livre convencimento motivado. Além do mais, destacam também que, na fase pré-processual, a legitimidade somente seria da autoridade policial e do Ministério Público (RANGEL apud CAPEZ, 2010, p. 566).

Após mencionarmos os legitimados para solicitar a interceptação telefônica, é fundamental observamos que o pedido para a realização de tal prova deve também seguir alguns requisitos para que seja válido, como por exemplo, devendo ser feito de forma clara, objetiva e detalhada, especificando os sujeitos, os meios que serão empregados, a tecnologia utilizada na interceptação, a linha telefônica que será interceptada, as provas que existem acerca do delito cometido como também indícios de autoria ou participação (CAPEZ, 2010, p. 567-568).

Além disso, deve estar especificado também a necessidade da realização da interceptação telefônica, ou seja, deve o requerente demonstrar que, somente pela interceptação, é possível comprovar determinado fato, não havendo como desvendar algum assunto controvertido em um determinado caso concreto por outros meios de prova que não sejam a interceptação, ficando demonstrado a sua imprescindibilidade (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

E se em uma determinada situação for realizada uma interceptação telefônica onde ocorra a descoberta de outros crimes ou envolvimento de outros sujeitos? As provas obtidas por meio desta interceptação serão válidas? Neste caso denominamos

de descoberta fortuita ou então encontro fortuito, que nada mais é do que a descoberta da prática de um delito ou então a existência de outros sujeitos que apresentam conexão com o fato investigado na interceptação (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Como foi mencionado, o pedido da interceptação deve conter de forma clara qual será o delito objeto da interceptação, bem como o sujeito que será interceptado, podendo acontecer de descobrir, a partir dessa interceptação, que o investigado praticava outros crimes ou o envolvimento de outras pessoas no delito, além daquele que está sendo investigado (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Doutrinadores como Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel defendem que deve haver conexão entre o fato descoberto ou o novo sujeito com o fato que está sendo objeto da investigação, e, conseqüentemente, da interceptação. Além do mais, argumentam que, quando não houver essa conexão, os fatos deverão ser imediatamente comunicados ao juiz, já que não podem ser levadas em consideração para ser objeto de acusação no processo em que ocorreu a interceptação, podendo apenas servir como *notícia criminis* para a abertura de uma nova investigação se for o caso (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Apesar de a doutrina ressaltar a importância da conexão, podemos verificar que a jurisprudência tem se assentado no sentido de que não há necessidade de se comprovar a relação do fato investigado com a descoberta de novos crimes ou até mesmo de novos sujeitos, como podemos verificar no Recurso Especial nº 1.465.966:

Não há ilicitude no encontro fortuito de prova em interceptação telefônica, sendo possível o uso do elemento probatório colhido, ainda que o réu não figure como investigado na diligência efetivada e que o crime descoberto não guarde elemento de conexão com aquele que motivou a interceptação (BRASIL, STJ, 2017, *on-line*).

O pedido deve ser feito de forma escrita, mas o art. 4º da Lei em estudo traz a possibilidade de ser realizado de forma verbal, quando se tratar de casos excepcionais, desde que obedecidos os requisitos legais, sendo que, neste caso, será reduzido a termo. O mesmo não ocorre com a autorização judicial, que deve ser obrigatoriamente de forma escrita (CAPEZ, 2010, p. 568).

Ainda, em relação ao pedido, o juiz tem um prazo para decidir se concorda ou não com a solicitação feita para a interceptação, sendo este um prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, salvo quando houver justa causa, oportunidade em que este prazo pode ser prorrogado por igual período (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

2.5.6 Do prazo para a interceptação

O art. 5º, da Lei nº 9.296/1996 prevê que o prazo para a interceptação deve ser de no máximo de 15 (quinze) dias. No entanto, o dispositivo em questão traz a possibilidade de se prorrogar este prazo por igual período, desde que fique caracterizada a sua imprescindibilidade.

Muito se discute sobre a possibilidade de ser prorrogado este prazo por quantas vezes forem necessárias quando se tratar de um caso complexo, já que, neste caso, haverá violação à intimidade e à privacidade, e, em se tratando de direitos fundamentais, tais medidas não podem ter prazo indefinido.

Alexandre de Moraes (2009, p. 63-64) destaca que a interceptação poderá ser prorrogada mais vezes desde que for demonstrada a necessidade da medida e devendo ter uma decisão judicial fundamentada, apresentando todos os requisitos legais, e, também especificar de forma clara e objetiva que a interceptação é indispensável para uma determinada investigação. O autor ainda destaca sobre a observância ao princípio da razoabilidade, ou seja, embora entende ser possível a prorrogação dessa medida, ela não pode ser realizada por um prazo totalmente excessivo, já que se trata de garantias fundamentais.

No mesmo sentido se posiciona Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018/*e-book*) ao estatuir que:

A renovação, pela lei, só pode ocorrer uma vez. Fora disso, somente quando houver justificação exaustiva do excesso e quando a medida for absolutamente indispensável, demonstrando-se, a cada renovação, essa indispensabilidade. Justificando -se exaustivamente o excesso de prazo, a prova ganha validade, mas esse excesso não pode ofender a razoabilidade.

Sendo assim, como podemos perceber, é aceito pela doutrina tal entendimento de que quando ficar demonstrada a necessidade de prorrogar tal medida e, havendo decisão judicial fundamentada, a realização da interceptação será válida.

Esse também é o entendimento da jurisprudência, como podemos verificar no julgamento do REsp nº 1.611.030, do Ministro Relator Ribeiro Dantas, que argumenta que:

[...]

Embora a Lei 9.296/1996 estipule prazo de 15 (quinze) dias, para a interceptação de comunicações telefônicas, renovável por igual tempo, as prorrogações podem se estender por períodos superiores ao previsto em lei, desde que devidamente motivadas (BRASIL, STJ, 2017, *on-line*).

Vale ressaltar, diante dos fatos expostos, que parece razoável os argumentos apresentados pela doutrina e pela jurisprudência, pois, se formos analisar caso a caso, realmente existem aqueles que demandam uma maior complexidade e faz necessário que sejam adotadas medidas para que torne o resultado das investigações mais eficaz. Mas, é fundamental uma decisão judicial bem fundamentada, que demonstre que a prorrogação da interceptação é indispensável, e, de forma alguma, poderá ultrapassar o prazo necessário violando o princípio da razoabilidade.

2.5.7 Dos crimes da interceptação e do artigo 10 da Lei nº 9.296/96

Devemos nos atentar para o art. 10º, da Lei nº 9.296/1996 (BRASIL, 1996), que prevê que “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”.

Tal dispositivo tipifica como crime a conduta de realizar a interceptação sem estar preenchidos alguns requisitos legais, os quais são, interceptação sem autorização do juiz competente ou com objetivos que não estejam previstos em lei, como por exemplo, utilizar da interceptação telefônica para casos em que não seja para investigação criminal ou instrução processual penal. Portanto, se qualquer conduta for praticada nessas hipóteses por um determinado sujeito, conseqüentemente este será responsabilizado pelo crime de interceptação telefônica.

Ao analisar o artigo em questão, podemos verificar que ele traz duas situações que poderão ser analisadas separadamente. A primeira delas trata da interceptação realizada sem que fossem observados os requisitos que a Lei exige, os quais foram elencados no parágrafo anterior, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não sendo necessário uma condição especial para o sujeito ativo (CAPEZ, 2010, p. 580).

A segunda hipótese trata-se de quando uma determinada pessoa que teve conhecimento da realização da prova ou teve acesso de forma lícita as mensagens interceptadas e viola o dever de sigilo. Nesse caso, estamos diante de crime próprio,

ou seja, exige-se algumas condições especiais para o sujeito ativo, não podendo ser praticado por qualquer indivíduo (CAPEZ, 2010, p. 580).

Sendo assim, Gomes e Cervini (1997 apud CAPEZ, 2010, p. 580) destacam que o

[...] sujeito ativo só pode ser quem por seu cargo (juiz, promotor, autoridade policial), função (perito, p. ex) ou profissão (empregado de concessionárias telefônicas, advogado) venha a ter conhecimento da instauração do incidente de interceptação ou das diligências, gravações e transcrições.

Grinover (1997, p. 34) por seu turno, destaca que estas pessoas possuem o dever de sigilo, não devendo de forma alguma possibilitar que estas informações cheguem ao conhecimento de terceiros.

Podemos mencionar como exemplo neste caso, a violação do sigilo das conversas interceptadas entre o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e a ex-presidente Dilma Rousseff. O magistrado exonerado, Sergio Moro, que conduzia o processo da Lava Jato na época dos fatos, determinou que fosse quebrado o sigilo do conteúdo das mensagens e permitiu que caíssem em domínio público com o argumento de que o assunto se tratava de interesse público. Porém, fica evidente a prática do crime de interceptação do referido art. 10, uma vez que, em momento algum, o juiz exonerado poderia permitir que terceiros tivessem acesso as mensagens, mesmo em se tratando de autoridades, além de as provas serem consideradas ilícitas (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Além do mais, tanto o art. 1º quanto o art. 8º, ambos da Lei de Interceptação Telefônica, preveem que o procedimento deve ser realizado em segredo de justiça e, após a realização de tal meio de prova, este sigilo deve ser mantido, já que envolve direitos fundamentais como a intimidade e a privacidade do acusado, de testemunhas e de terceiros que participam da conversa.

Em relação ao sujeito passivo nessa situação que envolve pessoas que violam o dever de sigilo, é interessante observar que se acontecer a quebra durante a interceptação, teremos como sujeito passivo o Estado, já que perdeu a oportunidade para a produção e obtenção de prova em um determinado caso concreto, podendo ocorrer também violação ao interesse público. E, se porventura, terceiros terem acesso ao conteúdo das conversas por meio de pessoas que deveriam manter o sigilo, o sujeito passivo será as pessoas que participam da conversa, ou seja, os próprios interlocutores (CAPEZ, 2010, p. 581).

Além disso, o referido dispositivo tratou de tutelar não só as comunicações em que é utilizada a voz pelos interlocutores como é o caso da comunicação telefônica, mas também tutelou as comunicações telemáticas, em que há transmissão de dados por meio do telefone, ou seja, cometeria crime aquele que, não observando os requisitos que a Lei determina, intercepta o telefone de um determinado indivíduo e consegue ter acesso a mensagens que foram transmitidas tanto por meio da fala como também pela forma escrita (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Enquanto que a própria Lei traz as hipóteses e os requisitos que devem ser observados para que a interceptação seja válida, o artigo 10 nada mais é que uma tutela dos direitos fundamentais, como a intimidade e a vida privada, tendo como objetivo evitar que estes sejam violados de forma arbitrária e sem autorização judicial competente (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

CAPÍTULO 3 DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O BLOQUEIO DE APLICATIVO DE MENSAGENS

3.1 DOS APONTAMENTOS DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 9.296/1996

Como foi estudado anteriormente, a interceptação telefônica é um procedimento em que deve ser observado o que diz a legislação, como também o artigo 5º, da Constituição Federal, sob pena de ser considerada ilícita, não podendo ser utilizada para incriminar uma determinada pessoa. Com a observância de tais requisitos, serão respeitados os direitos e garantias fundamentais, além de não permitir que a interceptação seja realizada sem qualquer fundamento legal e seguro (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*)

É imprescindível que o magistrado fique atento ao que prevê a Lei, pois ela traz todos os aspectos processuais, bem como o momento em que esta prova poderá ser realizada. Tais pressupostos para a interceptação estão previstos no artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 (BRASIL, 1996), que dispõe o seguinte:

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.

Sendo assim, após realizar a leitura do referido artigo, verifica-se que o primeiro pressuposto é a presença de indícios de autoria e materialidade, ou seja, deve haver a *fumus boni iuris*, que nas palavras de Gomes e Maciel (2018/*e-book*) significa “provas reveladoras do cometimento de um delito”. Com isso, é importante salientar que para que a interceptação seja deferida pelo magistrado, deve haver provas objetivas e concretas sobre um determinado crime.

Além do mais, defendem os referidos autores que é fundamental que já exista uma investigação ou que haja processo em curso sobre um determinado fato. Com isso, é possível que o juiz possa fundamentar a sua decisão em realizar a interceptação com base em fundamentos seguros e concretos, já que com a existência de uma investigação ou processo em andamento há indícios fortes de autoria e materialidade. Sendo que a primeira se refere “a probabilidade de autoria ou

participação numa infração penal” e a segunda à “probabilidade de existência de existência de infração penal” (GOMES; MACIEL,2018/*e-book*).

No mesmo sentido se posicionou Fernando Capez (2010, p. 563) ao estatuir que, como se trata de medida excepcional relacionado ao direito constitucional que se refere ao sigilo das comunicações telefônicas, uma interceptação jamais poderá ser feita para que se possa iniciar uma investigação, como também tal meio de prova não pode ser realizada com base em uma mera suspeita.

Como foi frisado anteriormente, o juiz deve se atentar a tais pressupostos para que seja feita a interceptação, devendo colocar em sua decisão que tal medida foi baseada em indícios de autoria e materialidade em relação a tal sujeito que será interceptado, possuindo fundamentos objetivos e concretos, sempre buscando realizar tal meio de prova de forma legal e atendendo aos requisitos legais para que a medida seja eficaz.

Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 107026, também assentou a ideia de que é fundamental a existência de indícios de autoria e materialidade para a realização da interceptação telefônica, bem como a imprescindibilidade de haver uma decisão judicial motivada baseada em argumentos prováveis para que tal medida seja lícita. Vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO.

[...]

2. A autorização judicial para interceptação telefônica deve ser fundamentada e indicar a forma e o prazo de execução da diligência, que não pode exceder quinze dias. Além disso, deve restar demonstrada a necessidade da medida e a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade dos delitos investigados (BRASIL, STJ, 2019, *on-line*).

Em relação ao segundo pressuposto, que se refere a imprescindibilidade da medida, diz respeito ao fato de que a interceptação deve ser realizada em último caso, ou seja, quando não puder chegar a conclusão sobre um determinado fato sem ser pela interceptação telefônica. Se por acaso for realizada a interceptação e sendo perfeitamente possível realizar outros meios de prova em relação a algum fato delituoso, tal interceptação é considerada ilícita, não podendo de forma alguma ser considerada para embasar a acusação da pessoa interceptada.

Trata-se então de uma medida de *ultima ratio*, não podendo ser feita havendo outros meios legais menos gravosos em relação a pessoa interceptada, ou seja, como já foi frisado várias vezes, a interceptação viola os direitos à intimidade, privacidade, como também liberdade de comunicação. Sendo assim, se existir outras medidas cabíveis que não violem tais direitos, o magistrado não deve de forma alguma autorizar a interceptação (CANCI JÚNIOR, 2012, p. 04)

Neste ponto, mostra-se primordial que a decisão judicial seja fundamentada e demonstre de forma clara e objetiva a necessidade de realizar a interceptação, não sendo possível angariar provas por outros meios, sendo denominado de *periculum in mora*, ou melhor, deve-se demonstrar o perigo de não realizar a interceptação e ocorrer a perda da prova, dificultando ainda mais a investigação de uma conduta criminosa (CAPEZ, 2010, p. 564-565).

São características fundamentais do *periculum in mora*: a necessidade e a excepcionalidade. Sendo assim, é imprescindível que fique provado a urgência em se realizar tal meio de prova e que não há outros meios menos gravosos para realizar a investigação. Embora temos por um lado o interesse público em se realizar tal investigação, de modo que evite com que aumente a prática de condutas delituosas, por outro temos os direitos à privacidade e à intimidade que serão violados, não somente dos acusados ou testemunhas, mas também de terceiros que fazem parte das conversas interceptadas, e, a partir de tal ponto é possível verificar a importância em se utilizar da interceptação como *ultima ratio* (GRINOVER, 1997, p.28).

Outro ponto de grande importância se refere ao fato de não existir outros meios de prova para a investigação a não ser a interceptação, porém, após a realização de tal medida, é possível realizar a produção de provas utilizando meios menos gravosos. Em relação a isso, há doutrinadores que entendem que a interceptação neste caso seria lícita, pois, no momento da interceptação não havia outros meios, o que só veio a surgir após a mesma.

Nesse sentido se posiciona Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018/*e-book*) ao estatuir que “[...] passada a ‘urgência’, pode ser que se descubra, depois da interceptação, que havia outros meios disponíveis. Mas, se não eram evidentes no momento da decisão, a interceptação é válida”.

A partir de tal premissa, nota-se a responsabilidade por parte dos magistrados ao deferir uma interceptação, pois devem sempre agir com equilíbrio, analisando os meios possíveis para realizar a investigação, a imprescindibilidade da interceptação,

como também os direitos do indivíduo. Em havendo outros meios que não violem a intimidade da pessoa interceptada, o juiz não deve de modo algum permitir que a interceptação ocorra, tendo vista o princípio da intervenção mínima do Estado, ou melhor, o Estado deve utilizar as medidas que sejam necessárias para a conclusão de uma investigação, sempre, é claro, observando aquelas que forem menos agressivas aos direitos individuais (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

O princípio da intervenção mínima do Estado é garantido pela Constituição Federal e visa com que o Estado não utilize de meios que possam violar os direitos e garantias dos cidadãos, sendo possível a utilização de outras medidas menos lesivas que podem garantir a proteção de um bem jurídico. Sendo assim, “se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável” (BITENCOURT, 2000, p. 11).

Como podemos analisar, tal princípio serve como um orientador para que o juiz possa analisar e deferir a realização de uma interceptação, e como tal medida envolve a violação de direitos fundamentais, deve ser utilizada quando não é possível obter resultados congruentes em uma investigação através de outros meios menos agressivos.

A jurisprudência do STJ também firmou o entendimento de que a não demonstração da imprescindibilidade da interceptação utilizando-se de fundamentos concretos e objetivos torna a interceptação telefônica ilegal, como podemos perceber na leitura do Habeas Corpus nº 421.914, que estatui que:

[...]

1. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Para que haja o seu afastamento, exige-se ordem judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), com a demonstração de razoáveis indícios de autoria, indispensabilidade da medida e ser infração penal imputada punível com detenção (art. 2º da Lei n. 9.296/1996). 2. Em relação ao deferimento da gravosa medida unicamente em razão da gravidade da conduta dos acusados, pelo fato de serem policiais militares e civis, sem demonstrar, diante de elementos concretos, qual seria o nexo dessas circunstâncias com a impossibilidade de colheita de provas por outros meios, mostra-se inviável o reconhecimento de sua legalidade (BRASIL, STJ, 2019, *on-line*).

No que tange ao terceiro pressuposto, este se refere ao fato de que não será admitida a interceptação telefônica nos crimes punidos com no máximo pena de detenção, ou seja, somente é possível nos crimes punidos com reclusão. Isso porque

o legislador preocupou-se em garantir que seja deferida a interceptação apenas aos crimes mais grave. Além do mais, “se o delito que está sendo investigado for punido com detenção, prisão simples ou exclusivamente com multa, a diligência não poderá ser executada” (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 372).

Gomes e Maciel (2018/*e-book*) argumenta que, para que seja deferida a interceptação telefônica, deve haver um fato que esteja sendo investigado ou que tenha indícios inequívocos de autoria e materialidade de uma conduta delituosa, pois, como já foi dito anteriormente, a interceptação é pós-delitual, ou seja, deve ser feita após a ocorrência de uma prática delituosa.

Há uma grande discussão por parte dos doutrinadores referente ao princípio da proporcionalidade, sendo que, ao permitir que a interceptação seja feita em crimes punidos com detenção, poderia levar a um exagero. Porém, em alguns casos, poderia ocorrer uma limitação, principalmente no que se refere ao crime de ameaça, que na maioria dos casos ocorre por meio do telefone, e, como tal delito é punido com detenção, não seria possível determinar a interceptação (CAPEZ, 2010, p. 564).

Em relação ao crime de ameaça, que na maioria das vezes ocorre por meio do telefone, não seria viável a determinação da interceptação tendo em vista a proteção de um bem jurídico de maior valor que está prestes a ser violado por meio da ameaça, como por exemplo, um homicídio? Se um determinado sujeito ameaça tirar a vida de alguém e somente por meio da interceptação é possível provar tal fato, devemos nos atentar ao fato de que, com a determinação para a realização desse meio de prova, pode-se evitar que a ameaça seja cumprida, protegendo assim o direito à vida, que não pode de forma alguma ser sacrificado tendo em vista o direito a intimidade de alguém.

Há quem defenda que deve haver um sobrepeso por parte dos juízes tendo em vista o princípio da proporcionalidade, como é o caso de Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018/*e-book*), ao defender que o juiz deve tomar uma certa cautela ao deferir a interceptação em qualquer crime punido com reclusão, o que poderia levar a uma discussão acerca de sua validade, devendo então sempre agir com equilíbrio e balancear o interesse público e a intervenção mínima do Estado na privacidade dos cidadãos.

Frisando também que, devem acima de tudo sobrepesar os bens jurídicos em questão, não devendo de forma alguma sacrificar o bem jurídico que é o sigilo das

comunicações telefônicas e permitir que haja interceptação objetivando tutelar bem jurídico de menor valor (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Um outro ponto questionável se refere ao fato da jurisprudência ter considerado como válida a interceptação telefônica quando ocorre o encontro fortuito de crimes punidos com detenção, ou seja, é realizada uma interceptação em que o crime praticado é punido com reclusão, porém, é descoberto a prática de outro delito, mas punido com detenção.

Nestes casos, os tribunais superiores têm admitido tal meio de prova como lícita. Vejamos o trecho do julgamento proferido no agravo regimental nº 624.214:

O Supremo Tribunal Federal como interprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção (BRASIL. STF, 2010, *on-line*).

Alexandre de Moraes (2009, p. 69) também compartilha do mesmo entendimento, e destaca que:

Na hipótese de “crime -achado” ser conexo com o crime objeto principal da investigação, descabível seria a decretação da ilicitude da prova, independentemente de o mesmo ser apenado com reclusão ou detenção, por encontrar-se no âmbito da investigação inicial.

Por outro lado, há quem defenda que este não seria o posicionamento mais correto, pois ocorreria violação ao texto de lei, onde permite que a interceptação seja feita somente em crimes punidos com reclusão e que em momento algum pode-se fazer interpretação extensiva da norma vigente (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Em relação a este assunto, prevalece na jurisprudência a admissão da interceptação quando ocorre a descoberta de outro crime cuja pena aplicada seja de detenção, desde que seja conexo ao crime objeto de investigação.

No que tange a descoberta de novos envolvidos durante a realização da prova, a discussão paira sobre a possibilidade de a autorização da interceptação abranger tanto a pessoa interceptada como também os novos interlocutores. Fernando Capez entende da mesma forma que Vicente Greco Filho ao defender que é fundamental admitir tal prova, sob pena de ineficácia da medida, pois em alguns casos pode levar a descoberta de outras pessoas que estão praticando a conduta delituosa enquanto descobre a inocência daquele que não cometeu o crime que é objeto da diligência (GRECO FILHO, 1996 apud CAPEZ, 2010, p. 576).

Como podemos analisar, o legislador, ao criar a Lei de Interceptação Telefônica, objetivou que a interceptação não fosse realizada em qualquer situação, mas somente quando não fosse possível obter provas suficientes da prática de um crime por outros meios menos lesivos, tendo em vista, é claro, tutelar direitos que dizem respeito ao interesse público, e que possuem um valor muito maior que o direito à privacidade, como por exemplo, o direito à vida. Por isso mesmo, deve-se ressaltar que os magistrados devem se atentar a todos os requisitos legais e ao mesmo tempo aja com proporcionalidade, verificando as peculiaridades de cada caso concreto.

3.2 DO CARÁTER FUNDAMENTAL DE UMA DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA PARA A REALIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A existência de uma decisão judicial fundamentada é imprescindível para a validade da interceptação, como já foi frisado anteriormente, e, não havendo tal decisão proferida por autoridade competente, tal meio de prova não poderá de forma alguma servir de base para a fundamentar uma acusação e, conseqüentemente, será considerado ilícito.

É de grande importância atentar a estes requisitos, pois mesmo que a interceptação seja realizada respeitando os pressupostos que a Lei nº 9.296/1996 estabelece, em não havendo uma decisão judicial que justifique os motivos da realização de tal medida, bem como a identificação dos sujeitos e o objeto, a prova realizada será nula, não podendo ser admitida em um determinado processo, o que acarretaria ineficácia da medida. Além do mais, poderia fazer com que ocorresse a perda da prova mesmo se comprovado que a pessoa interceptada praticava uma conduta delituosa (TAVARES, 2009, p. 650).

A realização da interceptação telefônica envolve a quebra de direitos garantidos pela Constituição Federal, como o sigilo as comunicações telefônicas e também o direito à intimidade e à liberdade de comunicação, sendo assim, a decisão judicial deve ponderar entre esses direitos individuais e o interesse público do Estado em fazer tal investigação, demonstrando a imprescindibilidade de se proteger direitos que pertencem a toda a coletividade e não apenas a um único indivíduo.

Na decisão judicial que determina a realização da interceptação telefônica, além de ser essencial para que a medida seja lícita, é de grande importância conter a identificação e a individualização das pessoas que serão interceptadas, a descrição

do crime cometido, como também a descrição da linha telefônica que será objeto da interceptação. Sendo assim, o juiz, ao autorizar a interceptação,

[...] obrigatoriamente deve fundamentar a presença de tais requisitos. É requisito essencial da autorização judicial essa “delimitação fática” (objetiva), mesmo porque estamos diante de uma ingerência marcante e, por isso mesmo, excepcionalíssima na intimidade alheia (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

A autorização judicial não pode ser considerada apenas como uma formalidade a ser observada, já que é o meio através do qual se justificará o motivo pelo qual irá restringir o direito à intimidade do indivíduo em favor do interesse público do Estado. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018/*e-book*) defendem que:

[...] a existência de fundamentação não pode ser encarada efetivamente como pura formalidade, senão como requisito essencial para a salvaguarda do direito à intimidade; o juiz deve ser rigoroso no exame dos pressupostos e requisitos da interceptação[...]a motivação, por tudo isso, deve ser exaustiva, razoável, convincente, ponderada, proporcional.

Os referidos autores ainda esclarecem que a decisão judicial não pode de forma alguma repetir o que está previsto na Lei, muito menos palavras ou expressões ambíguas que permitem um leque de interpretações, devendo sempre ser objetiva, clara e que se adeque ao caso concreto. Além do mais, destaca-se que, em caso de prorrogações, a decisão judicial que determina a realização da prorrogação da interceptação não pode jamais possuir os mesmos fundamentos da primeira decisão, pois as circunstâncias mudaram, os motivos que levam a prorrogar a medida são outros, devendo ser analisada a situação em que se encontra a investigação no momento do deferimento da prorrogação (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

O artigo 315 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que teve sua redação alterada por meio da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, passou a ter vigência com a existência de alguns incisos que preveem situações que jamais deve conter em uma decisão judicial, tais como:

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sendo assim, em uma autorização judicial em que há qualquer alusão destas hipóteses prevista no referido artigo, há a possibilidade de haver uma discussão sobre a sua validade, e até mesmo acarretar a nulidade da interceptação judicial deferida nestes casos. É possível notar também que, houve uma preocupação por parte do legislador em demonstrar o caráter fundamental de uma decisão judicial bem fundamentada, ainda mais quando envolve violação de direitos fundamentais.

O Superior Tribunal de Justiça também destaca a importância da decisão judicial motivada para a interceptação telefônica, como também para a sua prorrogação, como é possível perceber no julgamento do Recurso Especial nº 1.691.902 que estatui que:

1. É exigida não só para a decisão que defere a interceptação telefônica, como também para as sucessivas prorrogações, a concreta indicação dos requisitos legais de justa causa e imprescindibilidade da prova, que por outros meios não pudesse ser feita. 2. Diante da ausência de fundamentação suficiente e válida, resta considerar eivadas de ilicitude as decisões que deferiram as prorrogações da medida de interceptação telefônica, assim como as novas decisões de quebra do sigilo telefônico (BRASIL, STJ, 2017, *on-line*).

Como podemos perceber, a necessidade de uma decisão judicial na verdade não é vista apenas como uma formalidade prevista em lei e que deve ser cumprida somente porque está prevista na Lei de Interceptação Telefônica e na Constituição Federal, mas sim, como uma garantia de que o direito ao sigilo das comunicações não seja violado sem justa causa, sendo que tal direito será violado apenas excepcionalmente, cabendo ao magistrado agir com proporcionalidade (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Vale ressaltar uma questão discutida por Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018/*e-book*) que se refere ao fato de que o juiz, estando diante de um pedido de interceptação e verificando que estão presentes todos os requisitos estabelecidos na Lei de Interceptação Telefônica e na Constituição Federal, deve deferir a realização de tal medida, pois se assim não proceder e não justificando o motivo de não permitir

a produção da prova, não estará agindo de acordo com o princípio da proporcionalidade, já que, em algumas situações, a interceptação telefônica pode ser tida como uma medida que poderá até mesmo evitar que um resultado mais grave ocorra, ou melhor, evitar que um bem jurídico de maior envergadura, como é o caso do direito à vida, seja violado (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

A interceptação, como sendo uma medida de caráter excepcional, já que envolve questões relacionados à direitos fundamentais, deve ser deferida tendo como base o interesse público do Estado ou também de toda a sociedade em comprovar uma conduta delituosa ou evitar que esta aconteça. Ou seja, o juiz não deve indeferir a medida sem motivo algum, estando presentes os requisitos legais e tendo requerente formulado o pedido dentro dos parâmetros legais, com motivo justo para que tenha seu pedido deferido. Dessa forma, não há razão para o magistrado não permita que a interceptação aconteça, o que poderia até mesmo prejudicar a função do Estado de investigar ocorrência de um crime (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Como já foi ressaltado diversas vezes no decorrer deste trabalho, em havendo interesse público é permitido em alguns casos que seja violado um direito individual, já que não há direito absoluto. Além do mais, o interesse público prevalece sobre os direitos individuais, pois, quando nos referimos ao interesse público, não estamos nos referindo a apenas um número limitado de pessoas, mas sim a toda a sociedade.

3.3 DA NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO A MENSAGENS DE TEXTO ARMAZENADAS EM APARELHO TELEFÔNICO

Para se ter acesso as mensagens de texto armazenadas em aparelho telefônico, seja por meio de *e-mail*, *SMS*, *WhatsApp*, *Telegram*, ou outros aplicativos de troca de mensagens, também é imprescindível que haja autorização judicial, pois haverá interferência na intimidade e na privacidade da pessoa interceptada e também de terceiros que participarão da conversa.

Os tribunais superiores já se posicionaram a respeito do assunto e firmaram o entendimento de que o acesso a mensagens de texto, sem que haja decisão proferida por autoridade judicial competente, é ato ilícito.

Como podemos perceber no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 89.981, houve violação por parte dos policiais ao acessar o conteúdo das conversas

armazenadas no aplicativo de mensagens *WhatsApp*, já que não havia a devida autorização judicial. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça determinou que:

No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ (BRASIL, STJ, 2017, *on-line*).

Anteriormente, a jurisprudência determinava que não era necessária uma decisão judicial para que os policiais tivessem acesso a todo o conteúdo das conversas que estavam registradas no aparelho telefônico, já que não se tratava de uma interceptação telefônica, no entanto, hoje o entendimento mudou, tendo em vista a proteção aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

O que gera muita discussão se refere ao acesso de dados no aparelho telefônico durante uma abordagem policial ou quando há prisão em flagrante. Prevalece o entendimento de que, mesmo havendo forte suspeita de que um indivíduo está envolvido com a prática de um crime, não pode o policial de forma alguma acessar todo o conteúdo de dados armazenados em aparelho telefônico, sem haver uma decisão judicial que autorize tal ato, pois mesmo havendo apenas uma suspeita, tal pessoa tem o direito de que seja respeitado o sigilo de suas comunicações telefônicas (CARLOS, 2019, p.82).

Vale ressaltar que, o policial sendo um servidor público, deve se atentar para o fato de que é imprescindível agir conforme a lei, sem qualquer violação aos direitos fundamentais, portanto, “toda intervenção policial deve obedecer aos direitos e garantias individuais, pois estes não podem sofrer nenhum tipo de interferência sem a devida autorização” (CARLOS, 2019, p. 76).

Sendo assim, para ter acesso ao conteúdo dos aparelhos celulares deve haver autorização judicial permitindo que se realize tal ato, mesmo em se tratando de uma simples abordagem ou uma prisão em flagrante. Em qualquer caso, deve ser respeitado o direito ao sigilo das comunicações telefônicas, já que pode ser exposto conteúdos relacionados com a intimidade e a vida privada da pessoa. Além do mais, o magistrado deve expor suas razões e justificar o motivo pelo qual um direito

individual está sendo violado, sob pena de nulidade da medida e conseqüentemente podendo haver a retirada da prova dos autos.

3.4 DA COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA DO ADVOGADO E DO CLIENTE

A Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, denominada de Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, prevê, em seu artigo 7º, inciso II, que uma das prerrogativas do advogado é “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia” (BRASIL, 1994).

Tendo como base a leitura do referido artigo, é possível perceber que ao advogado também é garantido o direito ao sigilo das suas comunicações telefônicas, tendo em vista que é dever do advogado manter sigilo aos assuntos com os quais teve conhecimento em razão da profissão exercida, ou seja, trata-se do sigilo profissional.

É muito comum os advogados prestarem consultas a seus clientes sobre um determinado fato e estes contarem ao profissional sobre tudo o que ocorreu durante a prática de um crime, por exemplo, objetivando buscar auxílio para que seja feita a sua defesa. Se ocorrer a quebra do sigilo referente a estas conversas e terceiros vierem a ter acesso ao conteúdo das mesmas, poderá ser questionada a violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

E, se por acaso, houver indícios fortes de que, ao invés de estar atuando como advogado, o profissional juntamente com o seu cliente, atua na prática de uma conduta delituosa, seja como partícipe ou coautor. Neste caso seria possível realizar a interceptação?

Em relação a este assunto, devemos observar a elucidativa lição de Alexandre de Moraes (2009, p. 65-66) que defende que “a interceptação somente será possível se o advogado estiver envolvido na atividade criminosa, pois nesta hipótese não estará atuando como defensor, mas como participante da infração penal”.

Sendo assim, é possível realizar a interceptação telefônica entre o advogado e cliente, mas somente em situações excepcionais, em que o advogado atua juntamente com o cliente para realizar a conduta delituosa. Além do mais, vale ressaltar que, para que seja feita a interceptação telefônica nestes casos, é imprescindível autorização

judicial proferida por autoridade competente devidamente motivada, contendo o objeto da interceptação, os sujeitos que serão interceptados e acima de tudo os indícios fortes de autoria e materialidade (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 369).

É importante mencionar que, em relação as conversas referentes aos outros clientes em que o profissional acusado realmente atua como advogado, não pode de forma alguma haver qualquer divulgação, somente podendo ser objeto da acusação aquelas conversas realizadas entre o advogado e cliente que estão sendo investigados pela prática de um crime, sendo que, em relação a estes terceiros, prevalece observância ao sigilo das comunicações, é o que estatui o artigo 7, § 6º, da Lei nº 8.906/1994 (BRASIL, 1994).

Como foi frisado anteriormente, todos os cidadãos, inclusive o advogado e seu cliente, tem garantido constitucionalmente a inviolabilidade de suas comunicações, podendo zelar para que as mensagens não cheguem ao conhecimento de terceiros, mas esse direito não goza de inviolabilidade absoluta. Não seria justo que essa inviolabilidade sirva para evitar que um criminoso pratique delitos e, conseqüentemente, não seja responsabilizado pelos seus atos (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

O juiz responsável pela autorização da interceptação no caso em questão, deve agir com muita cautela e verificar se estão presentes todos os requisitos necessários para deferir tal medida, pois estará sacrificando a liberdade de expressão, o sigilo das comunicações, como também o sigilo profissional, tendo em vista o interesse coletivo em evitar que tais pessoas saem imunes e não respondem pelos crimes cometidos.

3.5 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ÂMBITO CÍVEL

Embora a Constituição Federal e a Lei de Interceptação Telefônica estabeleçam de forma clara que a interceptação telefônica somente será possível em investigação de casos da área penal, uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou que fosse realizada uma interceptação em direito de família, com o intuito de localizar o devedor de alimentos. É de grande valia destacarmos a decisão proferida pelo referido Tribunal, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70018683508:

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. CABIMENTO.

Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação (MIGALHAS, 2007, *on-line*).

No caso em discussão, o devedor estava se escondendo para que não fosse preso por não pagar corretamente a pensão alimentícia, sendo assim, após o indeferimento do juiz de primeira instância, a responsável legal pelas menores impetrou recurso no Tribunal, e este optou por deferir a interceptação com o intuito de que fosse localizado o sujeito (MIGALHAS, 2007, p. 01).

Podemos perceber que tal decisão coloca em conflito dois princípios de grande importância previstos em nossa Constituição Federal, os quais são o direito à privacidade da pessoa interceptada e o direito aos alimentos do alimentado representativo do piso mínimo vital, ou seja, deve haver a existência dos recursos necessários para que uma pessoa possa viver de forma digna, com acesso aos direitos fundamentais como previsto no art. 6º, da Constituição Federal. Além do mais, entra em conflito com o próprio texto constitucional e também com a Lei de Interceptação Telefônica que estabelece, de forma clara, que tal prova somente poderá ser autorizada em se tratando de prova em investigação criminal e em instrução processual penal (MIGALHAS, 2007, p. 01).

Assim sendo, quais foram os fundamentos utilizados pela desembargadora nessa situação?

Em um primeiro momento ao decidir a questão, a desembargadora ao sopesar o direito à intimidade do devedor interceptado e a proteção integral a crianças e adolescentes, preferiu optar por este último, tendo em vista a necessidade das menores em receber a pensão, já que essa necessidade é presumida (MIGALHAS, 2007, p. 02).

Além do mais, argumentou que não podia deixar de garantir o pagamento da pensão das alimentadas, já que o direito à vida das menores estava em jogo, para que seja garantido a privacidade e a intimidade do devedor. Destacou também em sua decisão que é preciso que o magistrado aja com proporcionalidade e de acordo com as circunstâncias do caso concreto, de modo a atingir a justiça (MIGALHAS, 2007, p. 03).

A desembargadora ao agir de tal forma, coloca na balança a necessidade em garantir o sustento das menores, como também o direito de todos em ter acesso a saúde, educação de qualidade, lazer e, acima de tudo, uma vida digna, conforme previsto no texto constitucional. Não teria lógica fazer com as menores tivessem seus direitos limitados tendo em vista a privacidade do devedor, que se escusa em pagar a pensão sem justa causa.

No caso em discussão, como o genitor estava se escondendo para que não pagasse devidamente a pensão alimentícia as suas filhas menores, poderíamos mencionar a possibilidade de o devedor responder pelo crime de abandono material, tipificado no artigo 244 no Código Penal (BRASIL, 1940). Tal artigo prevê pena de detenção de 01 (um) a 04 (quatro) anos e multa para aqueles que não garantem a subsistência de filhos menores, cônjuge, inaptos para o trabalho, maiores de 60 (sessenta) anos, descendentes inválidos ou até mesmo deixa de socorrer a vítima sem justa causa.

É importante frisar que o crime de abandono material visa proteger os que não podem garantir o seu sustento, não possuindo os recursos necessários para a sua subsistência. Deve-se destacar também que para se enquadrar nestes casos, o devedor não realiza o pagamento sem justa causa, ou seja, não apresenta motivos suficientes para o eximir da obrigação, como por exemplo, desemprego ou doença (PRADO, 2017/*e-book*).

No mesmo sentido se posicionou o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul e também o próprio STJ ao argumentarem serem a favor da interceptação em se tratando de matéria cível, desde que fosse demonstrado o caráter excepcional e de conduta criminosa (MIGALHAS, 2011, p. 01).

A decisão do TJMS teve como base o fato de que um ente familiar havia levado uma criança sem permissão a um local incerto e, após expedir diversas cartas precatórias sem sucesso, o Tribunal optou por determinar a interceptação telefônica de tal ente familiar com o intuito de saber sobre o paradeiro da criança apenas. Tendo como argumento o objetivo de proteger os interesses do menor, tais como moradia, educação e também alimentação (MIGALHAS, 2011, p. 01).

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar um Habeas Corpus preventivo, destacou ser possível a interceptação em assuntos extrapenais, desde que fosse comprovada a excepcionalidade da medida, não sendo possível resolver a questão

por outros meios, como podemos verificar com a leitura da ementa do Habeas Corpus nº 203.405:

[...]

Se, de um lado prevalece o direito à intimidade daqueles que terão seus sigilos quebrados, de outro há a necessidade de se resguardar, com extrema urgência, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária do menor. No confronto dos direitos individuais subordinados ao princípio maior (dignidade da pessoa humana), as consequências do cumprimento do ato em questão são infinitamente menores do que as que ocorreriam caso o Estado permanecesse inerte (BRASIL, STJ, 2011, *on-line*).

Tendo como base as decisões dos Tribunais, é possível perceber que não foi ignorada a violação da intimidade da pessoa interceptada, apenas colocaram na balança princípios de grande importância constitucional, optando por aquele que tem como intuito proteger um direito que, se não for tutelado, poderá trazer sérios danos e até mesmo consequências irreversíveis. Cabe ressaltar a importância do magistrado em analisar as circunstâncias de cada caso concreto, sempre agindo com proporcionalidade e tendo em vista o interesse público.

3.6 DO *LEADING CASE* DO BLOQUEIO DO APLICATIVO DE MENSAGENS

Em julho de 2016, foi determinado, por meio de uma decisão judicial, o bloqueio do aplicativo de troca de mensagens *WhatsApp*, gerando grande repercussão em todo o país, seja por parte da empresa responsável pelo aplicativo ou por toda a população que o utiliza como instrumento de trabalho e também para se comunicar.

A juíza responsável pelo caso ordenou que fosse realizado o bloqueio devido ao fato de a empresa se negar a fornecer dados a polícia, referente a trocas de mensagens de vários investigados, alegando que haveria violação da intimidade dos usuários. Tendo em vista a necessidade em apurar o caso e complementar a investigação, a juíza Daniela Barbosa de Souza, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias, determinou o bloqueio do aplicativo (BARRETO JÚNIOR; LIMA, 2016, p. 42).

Ao fazer um estudo aprofundado sobre o tema, podemos analisar que não foi apenas em 2016 que ocorreu o bloqueio do referido aplicativo, havendo mais um naquele mesmo ano e mais outros dois bloqueios no ano de 2015. Fato que gerou muita discussão em todo o país, sendo que algumas pessoas se posicionavam a favor

e outras contra, alegando que poderia violar a intimidade dos milhares de usuários, além de ser uma medida desproporcional (BARRETO JÚNIOR; LIMA, 2016, p. 39).

A juíza Daniela Barbosa de Souza, responsável pela determinação do bloqueio em maio de 2016, destacou que foi solicitado diversas vezes a empresa *Facebook*, responsável pelo aplicativo *WhatsApp*, que fosse interceptada conversas de vários criminosos que visavam a prática de crimes e, como a referida empresa se negou a cumprir, a magistrada determinou o bloqueio do aplicativo em todo o território nacional.

Porém, em recurso interposto pelo *Facebook*, o ministro Ricardo Lewandowski, reformou a decisão e assentou que os serviços de comunicação fossem liberados novamente (BARRETO JÚNIOR; LIMA, 2016, p.41).

Em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, em 19 de julho de 2016, a referida juíza destacou que “é comum a interceptação telefônica flagrar um suspeito dizer ao outro para tratem determinado assunto no *Whatsapp*, porque sabem que ficam impunes” (SOUZA, 2016, apud BARRETO JÚNIOR; LIMA, 2016, p. 42).

Além do mais, a magistrada destaca que “estou acostumada com a reforma de decisões, isso faz parte da magistratura. Mas a gente lamenta algumas vezes, sobretudo quando fortalece uma empresa que descumpra decisões judiciais reiteradamente. Isso desautoriza muito a primeira instância e dá mais força para quem descumpra a lei” (SOUZA, 2016 apud BARRETO JÚNIOR; LIMA, 2016, p. 42).

O Partido Popular Socialista também ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), na qual pedia-se a suspensão da decisão que determinava o bloqueio do *WhatsApp*, alegando que se tratava de medida desproporcional, tendo em vista que milhares de pessoas utilizam do aplicativo para se comunicarem e também como instrumento de trabalho, ficando nítido a violação a liberdade de comunicação (BRASIL, STF, 2016, p. 13).

O pedido formulado pelo Partido Popular Socialista foi atendido e a decisão foi suspensa, sendo determinado que os serviços de comunicação fossem liberados, decisão esta do Ministro Ricardo Lewandowski, que a motivou com base no artigo 5º, IX, da Constituição Federal, dando margens a diversas discussões sobre o tema como veremos a seguir (BRASIL, STF, 2016, p. 18).

Ao analisar o caso em questão, podemos verificar dois aspectos, um referente ao direito à privacidade dos usuários e o outro, que se refere ao interesse que o Estado tem de investigar a prática de um crime. A magistrada ao determinar o bloqueio não

estaria agindo com base no interesse público ao tentar evitar que criminosos pratiquem um delito e saiam impunes, tendo em vista direitos que pertencem a toda a coletividade? E se o direito à privacidade gozasse de inviolabilidade absoluta, não serviria para que o sujeito aproveitasse para praticar condutas delituosas e não ser responsabilizado?

Estamos diante de duas questões de grande envergadura. De um lado temos o direito à liberdade de expressão, liberdade de comunicação, o direito à intimidade dos usuários e, do outro, temos o interesse coletivo do Estado em garantir a segurança à toda a sociedade. Apesar de que todos estes direitos são garantidos pela atual Carta Política, os intérpretes do direito têm uma árdua tarefa em sopesar e fazer com que prevaleça aquele que melhor protege os interesses coletivos.

Sendo assim, analisaremos como os magistrados fundamentaram suas decisões ao determinar o bloqueio do aplicativo de mensagens e quais foram os impactos que elas causaram.

3.6.1 *WhatsApp*: conceito

Sendo caracterizado pela simplicidade na sua utilização e também pela sua celeridade, o aplicativo *WhatsApp* tornou-se um dos meios de comunicação mais utilizado no mundo, possibilitando que diversas pessoas em todo o mundo possam se comunicar (BRENDA, 2016).

Com isso, o *WhatsApp* “é um aplicativo de troca de mensagens desenvolvido pela *WhatsApp Inc.*, visando substituir de forma gratuita o serviço de SMS (*Short Message Service*) cobrado pelas operadoras de telefonia” (TEIXEIRA; HENRIQUE SABO; CRISTINA SABO, 2017, p. 617)

Como podemos perceber, o aplicativo já faz parte da vida de milhares de usuários por todo o mundo, sendo utilizado pelas pessoas com o fim de se comunicarem, ou também utilizado por pessoas e empresas como um instrumento de trabalho, com o intuito de divulgar seus serviços e produtos de qualidade.

Com o desenvolvimento destes meios de comunicação e a agilidade no manuseio de tais aplicativos, como é o caso do *WhatsApp*, milhares de pessoas por todo o mundo o utiliza em seu dia a dia, inclusive há aqueles que o utilizam de má-fé, ou seja, para a prática de delitos. Daí nota-se a preocupação do Estado em autorizar o seu bloqueio e inibir a prática destes criminosos e evitar que saiam impunes, tendo

por base o interesse público e o fato de que não há direito absoluto (CARLOS, 2019, p. 75).

3.6.2 Interesse público X inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada

Como foi mencionado anteriormente, nos anos de 2015 e de 2016, o bloqueio do aplicativo de mensagens *WhatsApp* gerou uma série de discussões por todo o país. De um lado, alguns entendiam que tal medida é desproporcional, não devendo determiná-la somente por que a empresa de serviços de comunicação não cumpriu uma ordem judicial. E, de outro, argumentavam que o bloqueio não violou a intimidade e a privacidade dos usuários, tendo em vista que tal determinação foi bom base no interesse coletivo, já que criminosos utilizavam do aplicativo para a prática de atos ilícitos.

Sendo assim, qual direito deve prevalecer? O direito à intimidade ou o interesse coletivo?

Antes de adentrar na discussão do caso em questão, é de grande valia mencionarmos o conceito de interesse público e como tal princípio deve prevalecer nas relações sociais. Vejamos então a elucidativa lição do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 60):

A prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses dos particulares é pressuposto lógico de qualquer ordem social estável, [...] na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade.

Em relação a esse assunto, há uma grande discussão por parte dos doutrinadores, ao defenderem que, como não há direito absoluto, em algumas situações, um direito fundamental deve ceder ao outro de modo a atingir a justiça social. É importante destacar que, em hipótese alguma, tais direitos podem ser anulados, sendo permitida apenas uma redução na sua aplicação (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 401).

Contudo, os constitucionalistas Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 406) destacam que:

[...] afigram-se possíveis limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais, o que legitima o estabelecimento de restrições, ainda que não expressamente autorizadas pela Constituição. Em outras palavras, direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revele imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais de tal sorte que há mesmo quem tenha chegado a sustentar a existência de uma verdadeira “reserva geral imanente de ponderação.

Como podemos perceber, a decisão que determinou o bloqueio do *WhatsApp* coloca em conflito direitos que estão previstos na Constituição Federal, e, como determina a doutrina e a jurisprudência, os direitos não gozam de inviolabilidade absoluta, sendo que, neste caso em questão, o interesse público do Estado em prevenir e reprimir a prática de crimes prevaleceu em relação ao direito à privacidade e a vida privada.

Observa-se também que, como foi mencionado pelos referidos autores, em alguns casos é notável a importância em se prevalecer os princípios básicos do Estado Democrático de Direito, ou seja, não seria lógico tornar inviolável a intimidade dos usuários e ao mesmo tempo permitir que criminosos aproveitem tal inviolabilidade para praticar condutas ilícitas, colocando, assim, em risco os direitos de toda a sociedade que também estão previstos na Carta Maior.

Além do mais, “tais hipóteses exigem, no entanto, cautela redobrada por parte dos poderes públicos, especialmente no caso da imposição por decisão judicial de restrições ao exercício de direitos fundamentais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 406), ou seja, como foi ressaltado diversas vezes no decorrer do trabalho, o magistrado deve agir com proporcionalidade e razoabilidade, sempre analisando as circunstâncias de cada caso concreto, além de fundamentar de forma clara e objetiva o interesse público na questão de modo a não cometer injustiças.

Há ainda quem defenda que, ao determinar o bloqueio do *WhatsApp*, é imprescindível o juiz demonstrar em sua decisão os mesmos requisitos legais para a interceptação telefônica, os quais são a imprescindibilidade da medida, os indícios razoáveis de autoria e materialidade e o fato investigado ser punido com pena de reclusão (SAMPAIO, 1998 apud TEIXEIRA; SABO, H.; SABO, C., 2017, p. 627).

Contudo, é válido estatuir que “direitos fundamentais são – de regra – direitos submetidos a limites e suscetíveis de serem restringidos” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p.402), ou seja, não existe direito fundamental absoluto, e tendo

em vista o interesse público do Estado em investigar uma prática delituosa e punir quem a praticou, tais direitos podem ser relativizados, mas nunca anulados.

Ao determinar o bloqueio do *WhatsApp*, não podemos negar que haja uma violação a vida privada dos usuários, mas quando se trata do dever do Estado em reprimir e punir a prática de crimes, ou seja, quando se trata de assuntos de interesse público, é nítido a prevalência deste em relação aos direitos da privacidade, pois, se assim não procedesse, os infratores iriam aproveitar tal oportunidade para organizar práticas delituosas, e como consequência, iria predominar o sentimento de impunidade em toda a sociedade (BRENDA, 2016).

3.6.3 A questão da criptografia

Devido a sua facilidade de manuseio e a agilidade na troca de mensagens, o *WhatsApp* tornou-se o aplicativo mais utilizado em todo o mundo, contendo cerca de um bilhão de usuários. Com isso, devemos nos atentar a dois aspectos. O primeiro se refere ao surgimento da criptografia para garantir que não haverá violação dos dados pessoais dos que utilizam o aplicativo e evitar que tais dados caiam em domínio público. O outro aspecto se refere ao fato de que, devido a esta segurança que a criptografia garante ao não haver violação de dados, diversos infratores em todo o mundo aproveitam para planejar a prática de infrações (CARLOS, 2019, p. 75-76).

Sendo assim, podemos destacar que a criptografia ponto-a-ponto “[...] consiste em um sistema de segurança no qual apenas os pontos de conexão possuem acesso as chaves que irão decifrar o conteúdo do texto criptografado” (TEIXEIRA; SABO, H.; SABO, C., 2017, p. 631).

É importante ressaltar que, com a criptografia, apenas as pessoas que participam da conversa é que podem ter acesso ao seu conteúdo, para ter o conhecimento das mensagens trocadas deve ter acesso a chave necessária que permite a visualização das mesmas. A criptografia ponta-a-ponta objetiva a proteção contra invasores que praticam crimes virtuais, denominado *hackers* (TEIXEIRA; SABO, H.; SABO, C., 2017, p. 624).

A criptografia é utilizada por grandes empresas de tecnologia com o objetivo de manter os seus dados seguros e não correr o risco de violação por parte de terceiros. Tais empresas possuem como objetivo proteger os dados de seus consumidores e assim garantir segurança aos mesmos. Não adotar tais medidas para garantir o sigilo

de informações dos usuários pode trazer sérios prejuízos as empresas de tecnologia, que não visam apenas proteger os dados de tais consumidores, mas também contra qualquer tipo de violação aos dados da própria empresa, que podemos denominar de espionagem econômica (SCORSIM, 2017).

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, que regulamenta a utilização da *internet* em todo o país, incentiva a proteção às informações referentes a vida privada e à intimidade dos usuários, não podendo afirmar que a criptografia é contra a legislação brasileira, visando a segurança dos indivíduos que se comunicam pela internet (TEIXEIRA; SABO, H.; SABO, C., 2017, p. 633). É o que se depreende da leitura do art. 3º, incisos I, II e III (BRASIL, 2014):

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

[...]

O que tem gerado muita discussão em todo o país e em todo o mundo foram as decisões que determinaram o bloqueio do *WhatsApp*, a dúvida paira sobre a possibilidade ou não do referido aplicativo de troca de mensagens ter acesso às mensagens criptografadas. A empresa responsável pelo aplicativo já afirmou que não tem acesso a nenhuma mensagem de seus bilhares de usuários, já que não possui a chave correta para decifrar a mesma (TEIXEIRA; SABO, H.; SABO, C., 2017, p. 617).

Por outro lado, há quem afirma que há dúvida quanto ao fato de o *WhatsApp* não possuir chaves próprias para decifrar as mensagens trocadas pelos usuários, já que houve decisão judicial determinando o seu bloqueio como forma coercitiva para que a empresa entregasse conversas relativas aos investigados. Como não há estudos comprovando tal possibilidade, não se pode afirmar que a empresa realmente não registra e nem arquiva tais mensagens, além de ser suscetível de questionamento a possibilidade de cumprimento das decisões que determinaram o bloqueio (TEIXEIRA; SABO, H.; SABO, C., 2017, p. 632).

Como podemos analisar, a questão da criptografia ainda gera muita discussão. Por um lado, ela é um mecanismo que garante a segurança das comunicações realizadas via *Internet*, que deve ser incentivada pelo Estado, já que a questão envolve direitos constitucionais como o direito à privacidade. E, por outro, há a preocupação

se esse mecanismo não acabaria por prejudicar a atividade investigativa do Estado, que possui também o dever de garantir a segurança dos cidadãos e prevenir a práticas de infrações penais.

3.6.4 Divulgação de conversas na Operação Lava-Jato

Nos últimos anos, acompanhamos por meios dos jornais e meios de comunicação em geral, a divulgação de conversas entre autoridades durante a operação Lava-Jato, a maior operação de combate à corrupção do país. O assunto repercutiu em todo o mundo jurídico, divergindo opiniões entre os principais juristas e entidades do Brasil.

Em 2019, o site *The Intercept* divulgou as conversas envolvendo o juiz federal exonerado, Sergio Moro, e o procurador da República, Deltan Dallagnol. Segundo o site de notícias “Migalhas”, as conversas divulgadas revelam que o ex Ministro da Justiça atuou diretamente nas investigações enquanto magistrado, violando o ordenamento jurídico e colocando em xeque a sua imparcialidade. O *Intercept* afirmou que “a série de reportagens mostra comportamentos antiéticos e transgressões que o Brasil e o mundo têm o direito de conhecer” (MIGALHAS, 2019).

Sergio Moro, ao analisar que o seu nome estava envolvido nas referidas conversas divulgadas pelo *Intercept*, publicou em seu *Twitter* que as conversas foram retiradas de contexto e que não há qualquer irregularidade na sua atuação enquanto juiz na operação Lava-Jato (MIGALHAS, 2019).

Diversas instituições do país, como a Associação Juízes para a Democracia e a Associação Latinoamericana de Juízes do Trabalho, se manifestaram a respeito do assunto, estatuidando que a atitude de Sergio Moro viola direitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e também os princípios do contraditório e do devido processo legal (MIGALHAS, 2019).

Além do mais, destacam que o magistrado, ao sugerir alguns pontos durante a investigação, age de acordo com o processo inquisitorial, ou seja, atua como um investigador e ao mesmo tempo como um acusador, colocando em discussão sua imparcialidade. De acordo com os princípios adotados pelo Código de processo Penal e a Constituição Federal, o magistrado nunca deve colaborar ou sugerir algo durante as investigações, já que adotamos o procedimento acusatório, onde o juiz fica

equidistante das partes para não comprometer a sua imparcialidade (MIGALHAS, 2019).

O Partido Democrático Trabalhista apresentou um pedido de providências de natureza disciplinar contra Sergio Moro, alegando que ao tomar conhecimento das conversas divulgadas pelo site *The Intercept*, é possível perceber que o juiz exonerado violou de forma notória a ética e acima de tudo a sua imparcialidade, ao atuar de forma direta na investigação da Operação Lava-Jato. Porém, o corregedor nacional de justiça, Humberto Martins, decidiu arquivar a representação contra o magistrado, já que este havia pedido sua exoneração do cargo e, conseqüentemente, não possui mais qualquer vínculo com o Poder Judiciário (MIGALHAS, 2019).

Um outro ponto de grande discussão foi a divulgação de conversas envolvendo os ex-presidentes Dilma Rousseff e Luís Inácio Lula da Silva, quando foi autorizada a quebra de sigilo das conversas grampeadas por Sergio Moro, que na época era o magistrado responsável pela operação Lava-Jato.

O que gerou mais discussão por parte de juristas e doutrinadores foi que tal conduta do magistrado violou a Carta Magna e também a Lei de Interceptação Telefônica. Tais dispositivos deixam de forma clara que as conversas que são objeto de discussão devem ser mantidas em sigilo, para que seja garantido a intimidade da pessoa interceptada e também de terceiros.

Como foi estudado no capítulo anterior, o artigo 8º, da Lei nº 9.296/1996, determina que, durante a realização da medida, deve ser mantido o sigilo em relação à própria pessoa grampeada, sendo que, apenas os policiais têm conhecimento, a fim de que seja garantida a utilidade da medida. Além do mais, o referido dispositivo menciona que o sigilo deve ser mantido mesmo após a interceptação, passando a ter conhecimento somente a pessoa que está sendo investigada e seu advogado, preservando o sigilo da mesma e também de terceiros que fazem parte da conversa.

Sendo assim, fica evidente que tal conduta de Sergio Moro violou o ordenamento jurídico vigente que zela pela garantia da intimidade e da privacidade dos cidadãos, sendo a prova considerada ilícita, por violar dispositivo de lei. As conversas obtidas por meio da interceptação telefônica não podem cair em domínio público, mesmo que tal pessoa seja uma autoridade ou não (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Com isso, é de grande valia nos atentarmos para a elucidativa lição de Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018/*e-book*) que destacam que:

A prova colhida com violação às normas constitucionais que tutelam o direito a intimidade (art.5º, inc. X) assim como o direito ao sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, inc. XII) configura, inequivocamente, prova "ilícita" e, por isso mesmo, inadmissível (art. 5º, inc. LVI).

Ou seja, provas produzidas em desacordo com o que diz o texto de lei, não deve ser em momento algum objeto de discussão na acusação, devendo ser desentranhadas dos autos, por violar os princípios do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal (GOMES; MACIEL, 2018/*e-book*).

Podemos destacar também a Resolução nº 217/2016, do Conselho Nacional de Justiça, que determina o sigilo das conversas que são objeto de interceptação telefônica e a responsabilização dos agentes públicos que permitirem o acesso das mesmas por terceiros. Sendo assim:

Art. 17 Não será permitido ao Magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos sigilosos contidos em processos ou inquéritos regulamentados por esta Resolução, ou que tramitem em segredo de Justiça, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente (BRASIL, CNJ, 2016, *on-line*).

Com isso, podemos analisar de forma clara que o referido juiz Sergio Moro violou flagrantemente o ordenamento jurídico do nosso país ao determinar que as conversas dos ex-presidentes Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff caíssem em domínio público, ficando evidente que o magistrado não observou os direitos e garantias previstos no texto constitucional.

Nesse caso, é possível discutir o fato de que Sergio Moro teria infringido o artigo 10, da Lei de Interceptação Telefônica, pois, como já foi estudado no capítulo anterior, configura como crime quebrar o sigilo das interceptações, e, conseqüentemente, poderá haver a responsabilização do agente público pela prática de tal ato.

3.7 DOS ARGUMENTOS JUDICIAIS PARA A DETERMINAÇÃO DO BLOQUEIO DE APLICATIVO DE MENSAGENS

Os bloqueios judiciais foram alvo de diversos debates em todo o país pelo fato de violar o direito à liberdade de comunicação e o direito de comunicação, previstos na Lei Maior. Os argumentos apresentados pelos magistrados responsáveis pela determinação do bloqueio também geraram muita discussão e preocupação por parte de juristas e também de toda a sociedade.

Um dos argumentos apresentados foi de que não permitir o acesso da Justiça às mensagens trocadas por investigados ao combinarem a prática de uma infração penal, provocaria efeitos muito maiores que poderiam afetar a sociedade como um todo, já que tais infratores passariam a combinar a prática de crimes por meios destes aplicativos de mensagens (BARRETO JÚNIOR; LIMA, 2016, p.41).

A empresa responsável pelo *WhatsApp*, ao não cumprir a determinação judicial para a realização de interceptação de mensagens realizadas pelo mencionado aplicativo, alegou que não seria possível cumprir a decisão pelo fato de não ter acesso as mensagens dos usuários devido a criptografia ponta-a-ponta.

Em relação a isso, a Juíza Daniela Barbosa Assunção de Souza, que determinou o bloqueio do *WhatsApp* em Duque de Caxias/RJ, estatuiu que “a desabilitação da chave de criptografia com a interceptação das mensagens, não geraria qualquer ofensa à privacidade dos usuários, pois seria restrita a determinados usuários e devidamente fundamentada” (BARRETO JÚNIOR; LIMA, 2016, p. 41).

Além do mais, argumenta que “não pretendia a quebra do recurso da criptografia, tão somente que, em razão da excepcionalidade do caso, que lhe fosse concedido informações para comporem a instrução probatória de um inquérito policial”, e ainda reforça que “ a criptografia de ponta-a-ponta não pode ser tida como uma justificativa para acobertar possíveis crimes” (REIS, 2017, p. 25).

A justiça frisou que a interceptação e o acesso as mensagens são apenas dos investigados, não havendo qualquer violação à intimidade das outras milhares de pessoas que utilizam do aplicativo, além de requerer também que as mensagens sejam interceptadas em tempo real, ou seja, sejam repassadas à justiça antes de chegar ao destinatário e ser criptografada. Mas ressalta que isso somente será feito mediante ordem judicial fundamentada, comprovada o seu caráter excepcional e apenas das pessoas que serão investigadas (LEMOS; SANTANA, 2018, p. 53).

Os juízes determinaram o bloqueio do aplicativo *WhatsApp* também com base na referida Lei nº 12.965/2014, denominada Marco Civil da Internet, que em seu art. 12, inciso III, prevê a “suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no artigo 11 “ (BRASIL, 2014). E, também, com base no art. 13, que permite o acesso aos registros de conexão ao Poder Público em havendo decisão judicial fundamentada (BARRETO JÚNIOR; LIMA, 2016, p. 47).

Apesar de ter fundamentado suas decisões com base nos referidos artigos, os especialistas defendem que o sistema de criptografia ponta-a-ponta não apresenta

falhas técnicas e que, como não há estudos que realmente comprovam que o aplicativo não possui a chave correta que descodifica as mensagens, defendem que não seria possível o acesso pelo aplicativo as mensagens dos usuários (LIGUORI FILHO; SALVADOR, 2018, p.154).

A empresa *Facebook*, responsável pelo aplicativo em discussão, impetrou Mandado de Segurança alegando violação aos direitos constitucionais, tais como privacidade, liberdade de expressão e comunicação, além de solicitar a suspensão a decisão. Argumentou também que haveria outros meios para se ter acesso às informações dos usuários, não sendo necessário a determinação do bloqueio, porém, não especifica quais são estas medidas.

A decisão suspensa pelo Ministro Ricardo Lewandowski teve como pretexto ser desproporcional, pois em nenhuma hipótese poderia sacrificar a utilização do aplicativo por milhares de usuários, pelo fato da empresa não cumprir uma ordem judicial (LEMOS; SANTANA, 2018, p. 50).

Como podemos analisar, estamos diante de um conflito de princípios referidos nesta presente pesquisa, os quais são liberdade de comunicação e privacidade dos usuários e a atividade investigativa do Estado, tema de grande complexidade discutido pela ADPF nº 403, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, proposta pelo PPS, onde fez-se necessário a realização de uma audiência pública, a qual contou com a participação de diversos especialistas no tema para discutir o funcionamento do sistema de criptografia ponta-a-ponta.

Curioso é o fato de que no julgamento da ADPF nº 403, ao julgar no sentido de determinar a desproporcionalidade da decisão judicial que determina o bloqueio, o Presidente do Supremo também baseou sua decisão com base na Lei nº 12.965/2014, a qual além de regular a utilização da *Internet*, também prevê a imprescindibilidade de ser observada a liberdade de expressão e de comunicação, sendo estas consideradas como cláusulas pétreas, ou seja, não pode ser extinguida nem por emenda constitucional (LEMOS; SANTANA, 2018, p. 48).

Há quem defenda que o bloqueio do *WhatsApp* baseado na Lei nº 12.965/2014, em seu art. 12, inciso III que prevê a suspensão das atividades, foi aplicado de forma inadequada, ou seja, a suspensão que se refere tal artigo somente deve ser aplicada quando tais empresas de tecnologia pratiquem atos que não garantam a proteção à vida privada, intimidade, honra e imagem dos usuários. Ou melhor, não poderia invocar tal artigo para ordenar a suspensão dos serviços diante da inércia da empresa,

além do mais, como já foi mencionado diversas vezes, a referida lei tem como finalidade trazer princípios, direitos e deveres para a utilização da *Internet* no país (LEMOS; SANTANA, 2018, p. 50).

O tema como se pode ver é complexo, fazendo com que o STF convocasse uma audiência pública para debater a respeito do bloqueio do *WhatsApp* e também quanto a utilização da criptografia ponta-a-ponta. A discussão se deu em dois pontos, um defende a restrição da criptografia tendo em vista a segurança pública, e o outro, se deu na importância de manter tal mecanismo para garantir a privacidade, já que há outros meios investigativos como infiltração policial ou também análise de metadados, sendo esses meios menos invasivos (LIGUORI FILHO; SALVADOR, 2018, p. 155).

Em maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal deu início também ao julgamento que discutia a validade do bloqueio do aplicativo de mensagens em todo o território nacional, mencionando a necessidade da referida Corte se posicionar sobre um tema de relevada importância. De acordo com o *site* Migalhas, a Ministra Rosa Weber em seu voto argumentou que

[...] o conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, e unicamente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, conforme a regra constitucional. Quanto às sanções, elas somente podem ser impostas aos provedores que descumprirem a legislação brasileira sobre coleta, guarda, armazenamento ou tratamento de dados (MIGALHAS, 2020).

Além do mais, o Ministro Edson Fachin, em seu voto, também se posicionou no sentido de que os magistrados não devem autorizar o bloqueio de aplicativo de mensagens, ainda que se trate de investigação criminal e instrução processual, bem como não se deve fazer com que as empresas responsáveis por estes aplicativos modifiquem o seu sistema de criptografia ponta a ponta (MIGALHAS, 2020).

O Egrégio Tribunal ainda não concluiu o julgamento e nem se posicionou sobre o assunto devido ao pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, sendo assim o julgamento segue suspenso (MIGALHAS, 2020).

Entretanto, nos resta esperar qual a decisão que será tomada pelo Supremo em seu julgamento. Se optar pela validade do bloqueio, os aplicativos de mensagens deverão adotar medidas que limitem o uso da criptografia e permite o acesso aos conteúdos em situações excepcionais em se tratando de investigação policial (LIGUORI FILHO; SALVADOR, 2018, p. 155).

Portanto, devemos aguardar qual será a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal e qual a posição que irá adotar, pela validade ou não dos bloqueios do *WhatsApp* em todo o país. É válido mencionar que é de grande responsabilidade do Estado tal decisão simplesmente pelo fato de que ao determinar o fortalecimento da criptografia objetivando proteger os direitos à intimidade, e é claro que o mesmo deve tomar as medidas para a proteção de tal direito constitucional, deve se atentar também pelo fato de os criminosos combinarem a prática de crimes gravíssimos através dos meios de comunicação, e, conseqüentemente, colocar em risco a vida dos cidadãos.

Vale ressaltar que, além dos pontos discutidos, é fundamental que os magistrados, ao tomar determinada decisão, analisem caso a caso, observando suas circunstâncias. Seria interessante que antes de determinar tal providência fossem aplicadas medidas como a multa por exemplo às empresas responsáveis pelos aplicativos de mensagens, e, se ainda assim se recusassem a cumprir e sendo o último caso, determinar o bloqueio. É interessante destacar que o bloqueio do aplicativo deve ser determinado em situações excepcionais quando não for possível realizar outras medidas menos invasivas ao indivíduo.

Se for determinado o bloqueio do *WhatsApp* de um usuário que planeja através do aplicativo prejudicar a vida de uma outra pessoa, em não havendo outros meios de produzir provas e tendo em vista proteção ao direito à vida, seria interessante a autorização para a realização do bloqueio, pois, além de poder evitar que tal mal aconteça, poderá punir aqueles que pretendem retirar de um indivíduo seu bem jurídico mais precioso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no decorrer do trabalho, podemos verificar que o direito à privacidade, à vida privada e à intimidade constituem grandes esferas que devem ser tuteladas pelo Direito, para que não possa haver qualquer intromissão por parte de terceiros na vida alheia sem o consentimento do particular. A Constituição Federal garante que tais direitos individuais não devem ser violados, tendo em vista que os cidadãos não querem ter sua vida particular invadida por invasores e fazendo com que tais informações pessoais caem em domínio público.

Com o desenvolvimento da tecnologia e dos meios de comunicação em geral, vislumbrou-se ainda mais a necessidade em proteger tais direitos, ainda mais porque diversos invasores denominados de hackers começaram a penetrar os aparelhos eletrônicos das pessoas com o intuito de expor a vida das mesmas.

O problema se tornou ainda mais grave quando tais invasores começaram a praticar condutas ilícitas e até mesmo combinar a prática de um crime através dos meios de comunicação, sob o pretexto de que como a intimidade e a vida privada são invioláveis, jamais teriam suas identidades reveladas. A partir daí juristas e doutrinadores passaram a entender que não existe direito absoluto, não se pode jamais sacrificar um direito de maior valor, como por exemplo o direito à vida, tendo em vista a proteção a intimidade do criminoso.

Em determinadas situações, os direitos devem ser relativizados, não podendo ser vistos como algo absoluto, pois se assim fosse, poderia gerar uma sensação de insegurança e impunidade por parte da sociedade.

Tendo em vista todos estes questionamentos, com o surgimento da Lei nº 9.296/1996 tornou-se possível a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, desde que fossem observados os requisitos previstos na Lei e principalmente na Constituição Federal. É válido ressaltar que a inclusão da interceptação telemática, ou seja, a interceptação das conversas realizadas por meio da escrita, revela-se um grande avanço ao não permitir que criminosos combinassem a prática de condutas ilícitas tanto por meio da fala, que é o caso da comunicação telefônica, como também por meio das mensagens escritas.

Como envolve questões de direitos fundamentais previstos na Constituição, é de grande importância para o juiz, ao deferir a interceptação telefônica observar se

estão presentes todos os requisitos legais, além de obrigatoriamente fundamentar o motivo pelo qual está determinando a realização da medida, como também determinar a pessoa que será interceptada e a linha telefônica que será objeto da interceptação, devendo conter tudo isso de forma clara e objetiva na autorização judicial.

Todos os requisitos previstos na Lei de Interceptação Telefônica, como a imprescindibilidade da medida, o crime investigado deve ser punido com reclusão, embora a jurisprudência tem admitido os crimes punidos com detenção desde que conexos, e também indícios de autoria e materialidade devem estar presentes no momento do deferimento da interceptação telefônica, sob pena da prova produzida ser considerada ilícita, não podendo de forma alguma ser admitida nos autos, já que o direito brasileiro adota a teoria da inadmissibilidade da prova ilícita, conforme visto no decorrer da pesquisa.

Como podemos verificar, tal meio de prova é realizado em situações excepcionais, ou seja, quando não for possível chegar a conclusão em uma determinada investigação através de outros meios. Tudo isso, tem em vista a proteção aos direitos individuais dos indivíduos que não podem de forma alguma serem violados de forma arbitrária e sem qualquer fundamento.

Ao analisar os argumentos utilizados pelos juristas e também as recentes decisões dos Tribunais, como a interceptação é tida como um meio extraordinário, os magistrados têm deferido a interceptação telefônica em casos que envolvem o interesse público, com o intuito de tutelar direitos que pertencem não apenas a um indivíduo, mas sim a toda a coletividade, como é o caso do direito à vida e também para garantir a segurança pública.

Não seria justo permitir que seja preservado a intimidade de um criminoso enquanto ele utiliza dessa inviolabilidade para praticar crimes. Por meio da interceptação, pode-se chegar ao verdadeiro culpado pela prática de um delito ou até mesmo comprovar que determinado suspeito é na verdade inocente, ou além, por meio dela pode evitar que uma tragédia possa acontecer. Quando se trata da proteção de bens jurídicos que possuem um maior valor que o direito à privacidade, a garantia da segurança nacional e também a garantia da ordem e a paz pública, podemos falarmos que se trata de interesse público.

Um outro ponto discutido e debatido no decorrer da pesquisa se refere as decisões que determinaram o bloqueio de aplicativos de mensagens, embora os magistrados tenham fundamentado suas decisões no fato de que os criminosos não

podem utilizar da inviolabilidade do direito à intimidade para não serem responsabilizados por seus atos, as empresas de tecnologia argumentaram que não seria possível a divulgação das conversas dos usuários devido ao sistema de criptografia ponta-a-ponta.

A criptografia ponta-a-ponta é um sistema que garante que terceiros não tenham acesso as mensagens trocadas entre os usuários visando proteger a intimidade dos mesmos, por outro lado, ao não fornecer as mensagens dos usuários que estão sendo investigados para a justiça, não estaria dificultando a atividade investigativa do Estado? Diante da complexidade do tema, o Supremo Tribunal Federal convocou os mais diversos especialistas para uma audiência pública e debater sobre a possibilidade ou não das empresas possuírem a chave correta para decodificar mensagem, para assim verificar a validade ou não das decisões que determinaram o bloqueio dos aplicativos, restando-nos aguardar qual será a posição que o egrégio Tribunal irá adotar.

Em relação a este tema de grande polêmica, é válido destacar que ainda não existe estudos que realmente possam comprovar a possibilidade das empresas fornecerem o conteúdo das conversas a justiça tendo em vista o sistema da criptografia, não podendo afirmar também se as decisões que determinam o bloqueio são válidas ou não, é o que podemos estatuir após realizada a pesquisa.

Por fim, devemos nos atentar para o fato de que tendo em vista a proteção de direitos de maior envergadura que o direito à privacidade e tendo em vista o interesse público, é notório que o sistema da criptografia pode atrapalhar o Estado em exercer o seu papel em investigar a realização de um crime. É válido frisar, não devemos deixar de tutelar o direito à intimidade das pessoas, muito pelo contrário, mas em situações excepcionais, não pode-se permitir que os criminosos não sejam responsabilizados por suas atitudes simplesmente porque isso significaria violação da sua privacidade, fazendo com que predominasse a injustiça e ao mesmo tempo a sensação de impunidade em toda a sociedade.

Seria interessante, também, que as empresas de tecnologia juntamente com especialistas no assunto desenvolvessem um método que em casos como este, ressalta-se em apenas situações excepcionais, pudessem fornecer as conversas de usuários que são considerados suspeitos pela justiça, obtendo é claro a chave correta que descodifica as mensagens, facilitando assim para a conclusão das investigações

sem causar atritos, não deixando de lado o dever de proteger a privacidade dos milhares de internautas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração*. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.usjt.br/arq.urb/arquivos/abntbr6023.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

BARBOSA, José Olindo Gil. *As provas ilícitas no processo brasileiro*. *Revista Jus Navigandi*, p. 4-11, 2013. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%CD%20CITAS.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; LIMA, Marco Antônio. Marco Civil da Internet: análise das decisões judiciais que suspenderam o aplicativo *WhatsApp* no Brasil – 2015-2016. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Curitiba, v.2, n.2, p. 37-52, jul/dez. 2016. Disponível em: <<file:///D:/MARCO%20CIVIL%20DA%20INTERNET%20E%20O%20BLOQUEIO%20D%20E%20APLICATIVO%20WHATSAPP.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 6 ed. vol. 1. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regulamenta a resolução nº 59, de 09 de setembro de 2008. *Resolução nº 217, de 16 de fevereiro de 2016*. p. 01-04. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_217_16022016_17022016173907.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. *Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm#art2044>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 43.741.* Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Data de Julgamento: 23 ago. 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/65812/habeas-corpus-hc-43741-pr-2005-0070640-8/inteiro-teor-110001382>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 203.405.* Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data de julgamento: 28 jun. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/entendimento-stj-embora-artigo-cf-exija.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 421.914.* Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Data de julgamento: 19 mar. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91511811&num_registro=201702766665&data=20190326&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 06 fev. 2020>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 89.981.* Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Data de julgamento: 05 dez. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78944152&num_registro=201702509663&data=20171213&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.465.966.* Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. Sexta Turma. Data do Julgamento: 19 set. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511550584/recurso-especial-resp-1465966-pe-2014-0165227-0/inteiro-teor-511550588>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.611.030.* Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de Julgamento: 20 abr. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451103191/recurso-especial-resp-1611030-rs-2016-0174354-2?ref=serp>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.691.902*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma. Data de julgamento: 28 nov. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75936130&num_registro=201500058106&data=20171204&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 107026*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Data de julgamento: 21 mar. 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697856384/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-107026-ce-2018-0345649-1?ref=serp>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 626.214*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Data de julgamento: 21 set. 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16548015/agregno-agravo-de-instrumento-ai-626214-mg>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Bloqueio do aplicativo Whatsapp por decisões judiciais no Brasil: Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática*. p. 6-20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/BibliografiaWhatsApp.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 91.613*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Data do julgamento: 15 maio 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891613%2ENU%2E+OU+91613%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxg2llho>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.495*. Relator: Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. Data do julgamento: 30 nov. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28INTERCEPTA%2E+CAO+TELEFONICA+COMO++PROVA+EMPRESTADA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/sethjvk>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRENDA, Hanna. *Bloqueio judicial do WhatsApp: Direito à privacidade X Interesse Público*. Disponível em: <<https://hannabrenda50.jusbrasil.com.br/artigos/413227329/bloqueio-judicial-do-whatsapp-direito-a-privacidade-x-interesse-publico>>. Acesso em: 21 fev. 2020.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. *Sequência: Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Santa Catarina*, v. 38, n. 76, p. 213-240, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p213>>. Acesso em: 06 maio 2019.

CANCI JÚNIOR, Wilson. *Sigilo das comunicações e interceptações telefônica*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/sigilo-das-comunicacoes-e-interceptacao-telefonica/>>. Acesso em: 05 fev.2020.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação especial*. 5 ed. 4 vol. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARLOS, Leandro de Paula. O acesso ao *WhatsApp* do cidadão pela polícia. *Revista O Alferes*, Belo Horizonte, p. 74-88, jan./jun.2019. Disponível em: <<https://revista.policiamilitar.mg.gov.br/periodicos/index.php/alferes/article/viewFile/712/677>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecAmeDirDevHom.html>>. Acesso em: 03 maio 2019.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 22 maio 2019.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: a tutela penal do direito à intimidade*. 3 ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica e das comunicações de dados e telemáticas* [livro eletrônico]: Comentários à Lei 9.296/1996. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas. *Revista em Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 21-38, jan./mar. 1997. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46935/46291>. Acesso em: 20 ago. 2019.

LIBERTAS FACULDADES INTEGRADAS. *Diretrizes para apresentação de trabalhos de curso em Direito*. São Sebastião do Paraíso, 2017. Disponível em: <<file:///C:/Users/natha/Downloads/ManualTCDireito.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

LEMONS, Amanda Nunes Lopes Espiñera; SANTANA, Ana Cláudia Farranha. *O judiciário como ator regulador da internet: uma análise da conjuntura das decisões de bloqueio do WhatsApp*. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos; BRANDÃO, Luíza Couto Chaves (orgs). *Tecnologia e conectividade: direito e políticas na governança das redes*. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/56833510/IRIS_Tecnologias-e-Conectividade-Direito-e-Políticas-na-Governança-das-Redes.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DIRIS_Tecnologias-e-Conectividade-Direito.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200222%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20200222T192350Z&X-Amz->

Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=c0fb33039b03583a90b91bf06c25ce8d0d83f2c2209552c191af1051a132581e#page=46>. Acesso em: 23 fev. 2020.

LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; SALVADOR, João Pedro Favoretto. Crypto Wars e bloqueio de aplicativos: o debate sobre regulação jurídica da criptografia nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, vol. 63, n. 3, p. 135-161, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59422/37388>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. rev. atual (até a Emenda Constitucional nº 56). São Paulo: Malheiros Editora, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIGALHAS. *CNJ arquiva pedido de providências contra Moro por causa de exoneração*. 12 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/304243/cnj-arquiva-pedido-de-providencias-contra-moro-por-causa-de-exoneracao>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. *Decisão proferida em sessão da 7ª Câmara Cível do TJ/RS em caso de interceptação telefônica do devedor de alimentos*. 04 de abril de 2007. ISSN 1983-392X, p. 01-05. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/37571/decisao-proferida-em-sessao-da-7-camara-civel-do-tj-rs-em-caso-de-interceptacao-telefonica-do-devedor-de-alimentos>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. *Em situações excepcionais, é possível interceptação telefônica em investigação civil*. 01 de setembro de 2011. ISSN 1983-392X, p.1-2. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/140559/em-situacoes-excepcionais-e-possivel-interceptacao-telefonica-em-investigacao-civil>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados Pessoais Sensíveis e a Tutela de Direitos Fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (LEI 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v.19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

NERES, Rogério. *Razões que justificam o juiz de garantias – Lei 13.964/19*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/318700/razoes-que-justificam-o-juiz-de-garantias-lei-13964-19>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10 ed. vol. único. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Conflitos entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. Possíveis soluções. Utilização indispensável do princípio da proporcionalidade. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 74, 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=7e5b90f8-ba3b-427c-b127-81905e28a7ff>. Acesso em: 23 maio 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial*. 1 ed. vol. 3. E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Caroline Renault dos. *As repercussões da efetivação da ordem judicial de interceptação da comunicação pelo WhatsApp para fins de produção de provas em investigações e processos criminais*. Artigo Científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/6551/1/carolinerenaultdosreis.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCORSIM, Ericson M. *A questão da criptografia do Whatsapp: julgamento do caso pelo STF sob a perspectiva da segurança das comunicações*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/259918/a-questao-da-criptografia-do-whatsapp-julgamento-do-caso-pelo-stf-sob-a-perspectiva-da-seguranca-das-comunicacoes>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

SILVA, Gildo Rodrigues da; SILVA, Arlindo Carlos Rocha da. As Interceptações Telefônicas e o Direito ao Sigilo das Informações. Artigo Original. *Revista Jurídica Direito e Realidade*, Monte Carmelo, v. 5, n. 3, p. 15-19, 2017. Disponível em: <<http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/1023/785>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. rev. atual (até a Emenda Constitucional nº 57). São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____, Luciana Vasco da. Direito de privacidade no direito brasileiro e norte americano. *Revista Eletrônica do Curso de Direito, Serro*, n. 12, p. 68-82, ago./dez. 2015. Disponível em: <<file:///D:/a%20privacidade%20no%20direito%20brasileiro%20e%20no%20direito%20americano.pdf>>. Acesso em: 06 Maio 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA, Tarcísio; SABO H., Paulo; SABO C., Isabela. *WhatsApp e a criptografia ponto-a-ponto: tendência jurídica e o conflito privacidade vs. interesse público*. *Revista Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 607-638, 2017. Disponível em: <file:///D:/whatssap%20e%20a%20criptografia%20ponta%20%20a%20ponta.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2020.