

(In)constitucionalidade das interceptações na Lei de Organizações Criminosas

A “captação ambiental” foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 10.217, de 11 de abril de 2001, que alterou a doravante revogada Lei 9.034/1995 ao acrescentar o inciso IV ao seu artigo 2º, com a seguinte redação:

Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.

A nova Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013) manteve o instituto, com pequenas alterações, conforme se depreende de seu artigo 3º, inciso II, que ficou consagrado da seguinte forma:

Artigo 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: (...) II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.

De antemão, uma constatação evidente: a precariedade da atual redação. A atecnia legislativa, própria da sanha punitiva violadora de direitos fundamentais, é notória. O que gera uma profunda discussão quanto à (in)constitucionalidade do procedimento de “captação ambiental” e, portanto, sobre a sua (in)aplicabilidade mesmo no contexto da chamada “criminalidade organizada”.

A partir da (simplista e perigosa) redação do artigo 3º, inciso II, da Lei n. 12.850/2013, que rege o instituto sob discussão, algumas observações são necessárias:

- i) o dispositivo trata dos “meios de obtenção de prova” ou “meios de investigação de prova”;
- ii) os aludidos meios, também consoante regramento legal explícito, poderiam ser utilizados em “qualquer fase da persecução penal”, ou seja, tanto na etapa investigatória preliminar quanto na etapa processual;
- iii) a nomenclatura mais adequada, ao invés de “captação ambiental”, seria “interceptação da comunicação entre pessoas presentes”, com o que se pretende designar a “atividade de captação e registro de comunicação entre pessoas presentes de caráter reservado, por um terceiro, com o emprego de meios técnicos, utilizados em operação oculta e simultânea à comunicação, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um ou de alguns deles”.[\[1\]](#)

Vale lembrar que a “interceptação entre presentes” pode ser do tipo domiciliar ou ambiental. A primeira diz respeito à comunicação entre pessoas presentes realizada em domicílio, o qual deve ser entendido como “todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente”.[\[2\]](#) Interceptação ambiental, por sua vez, é aquela (sub)espécie de

interceptação de comunicação entre pessoas presentes que se realiza em lugar diverso do domicílio, podendo ser recinto público ou privado. Cite-se, por exemplo, a conversa direta entre duas ou mais pessoas efetivada em praça pública ou pátio de empresa particular.

Não há que se confundir essas modalidades de interceptação com aquela telefônica (artigo 3º, inciso V, da Lei 12.850/2013 — “interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica”) ou com a gravação clandestina de comunicação entre pessoas presentes (a jurisprudência dos Tribunais superiores tem admitido a gravação de conversa por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, em diversos julgados, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação[3]).

iv) por fim, quanto à menção legal a sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, implica “ampla possibilidade de gravar a voz, filmar, fotografar e registrar por qualquer aparelho, de sofisticada tecnologia, imagens e sons”. [4]

Agora o ponto central: a interceptação de comunicação entre pessoas presentes, nos moldes referidos pela lei de organizações criminosas, é constitucional?

Antes de qualquer coisa, imperioso destacar que se trata de meio de investigação de prova nominado, porém atípico. Nominado porque mencionado formalmente na legislação processual penal. Atípico, no entanto, uma vez que seu procedimento não foi regulado (ou previsto) em lei. Tem-se o nome, porém ausente o conteúdo.

Assim, se aplicada (por analogia) a regra de avaliação dos meios de prova, ter-se-ia que a licitude da interceptação de comunicação entre pessoas presentes dependeria: a uma, inexistir violação a direito fundamental individual durante a sua produção; a duas, haver meio de prova típico cujo procedimento probatório lhe possa ser aplicado por analogia[5]. Vejamos.

a) Interceptação entre Presentes e Direitos Fundamentais

Tanto a interceptação telefônica quanto a interceptação entre presentes são meios de investigação de provas que tocam ou restringem direitos e garantias fundamentais dos investigados e acusados. Ocorre que a interceptação entre presentes é ainda mais invasiva. Possui grau maior de intromissão na esfera individual de direitos fundamentais como o direito à privacidade/direito de estar só[6] (artigo 5, X, CRFB [7]), o direito à inexistência de autoincriminação[8] (artigo 5, inciso LXIII[9], CRFB; artigo 14.3, g, do PIDCP; [10] artigo 8.2, g, da CADH[11]) e a inviolabilidade domiciliar (artigo 5, X, CRFB[12]) no caso das interceptações entre presentes em domicílio.

b) Interceptação entre Presentes e (In)Aplicabilidade de Procedimento Análogo: não é possível aplicação, por analogia, do procedimento das interceptações telefônicas às entre pessoas presentes, tendo em vista as relevantes distinções entre ambas as medidas.

São várias as diferenças entre essas duas modalidades de interceptação (pessoas presentes e telefônica). O fato de serem espécies de um mesmo gênero não é suficiente para a adoção do mesmo regramento legal. Dentre as inúmeras distinções, poderíamos apontar aquelas quanto ao *objeto* e quanto ao *meio operacional*.

b.1) Quanto ao Objeto. A interceptação entre presentes versa, como o próprio nome já indica, sobre as comunicações entre pessoas presentes enquanto que a interceptação telefônica (repita-se o óbvio!) sobre as comunicações telefônicas. Os objetos a serem interceptados são diferentes, bem como o nível de invasão da esfera íntima dos destinatários (sujeitos/alvos), principalmente na interceptação domiciliar. O que tem uma repercussão lógica imediata: as hipóteses de *admissibilidade* da interceptação entre presentes devem ser ainda mais limitadas que aquelas da interceptação telefônica.

b.2.) Quanto ao Meio Operacional. A interceptação entre presentes pressupõe *diligências prévias (e dissimuladas/ocultas)* para a instalação dos equipamentos necessários à captação de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, o que não ocorre na interceptação telefônica.

A interceptação telefônica não depende de diligências materiais e invasivas de espaços, normalmente privados (acobertados pela inviolabilidade domiciliar), para a investigação dos meios de prova. E, portanto, a lei de interceptação telefônica não disciplina essa questão operacional prévia, cuja importância é absoluta. A Lei n. 9.296/96 – que regula a interceptação telefônica – nada diz sobre o assunto. Ocorre que este é justamente um dos principais problemas da interceptação entre presentes: a sua operacionalização sem violação a direitos fundamentais, ou seja, uma operacionalização garantista, no sentido de constitucionalmente admitida e legalmente disciplinada.

Por esses (e outros tantos) motivos, em homenagem às normas basilares do Estado de Direito, forte no respeito ao devido procedimento legal substancial, a constitucionalidade desse meio excepcional de investigação deve ser colocada em xeque. Isso porque não se pode admitir que os vazios legislativos sejam preenchidos pelo “vale tudo” de um sistema processual penal de exceção dirigido, ou melhor, manipulado pelos atores de ocasião.

Sabe-se, tanto pela teoria do direito quanto pela sua história, que todo e qualquer instrumento estatal de persecução deve necessariamente submeter-se a rigoroso filtro de constitucionalidade, ainda mais aqueles rotulados como mecanismos excepcionais de “combate ao crime organizado”. Do contrário, resta assumir, em definitivo, que as regras e princípios jurídicos deixaram mesmo de valer por aqui; ou seja: direito não há!

[1] ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *A Interceptação de Comunicação entre Pessoas Presentes*. 01 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 157.

[2] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

[3] Nesse sentido: STF – Segunda Turma – HC n. 91613/MG – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. em 15.05.12 – Dje 182 de 14.09.12; STF – Segunda Turma – RE n. 402717/PR – Rel. Min. Cezar Peluso – j. em 02.05.08 – Dje 030 de 12.02.09; STJ – Primeira Turma – AgRg no AREsp n. 135384/RS – Rel.



Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. em 03.04.14 – Dje de 15.04.14.

[4] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 07. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 90.

[5] DEZEM, Guilherme Madeira. Da prova penal: tipo processual, provas típica e atípicas. Campinas: Millennium, 2008, p. 275 e ss.

[6] Ensina Barroso que “os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade e resguardam o direito de estar só. A intimidade e a vida privada são esferas diversas compreendidas em um conceito mais amplo: o de *direito de privacidade*. Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades” (BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 110).

[7] Artigo 5, inciso X, da Constituição Brasileira: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

[8] Segundo Diogo Malan, a interceptação da comunicação entre presentes “enseja uma verdadeira autoincriminação involuntária induzida pelo Estado, de duvidosa compatibilidade com o princípio do “nemo tenetur se detegere” (CR, artigo 5º, LXIII)” (MALAN, Diogo Rudge. Gravações ambientais domiciliares no processo penal. In: In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de (org). *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 349).

[9] Artigo 5, inciso LXIII, da Constituição Brasileira: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)”.

[10] Artigo 14.3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

[11] Artigo 8.2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

[12] Artigo 5, inciso XI, da Constituição Brasileira: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”

Date Created

14/03/2017