

V O T O

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator):

1. Problema e legislação pertinente

A questão jurídica com repercussão geral reconhecida no presente recurso extraordinário cinge-se a examinar a **constitucionalidade de sucessivas prorrogações do prazo de autorização para a interceptação telefônica**. Para fixar uma tese acerca da questão, é necessário analisar **se há um prazo máximo para prorrogação das interceptações telefônicas**. Se a conclusão for pela inexistência de prazo máximo, será importante avaliar **quais são os critérios para verificação da validade das prorrogações sucessivas**.

Portanto, neste caso, pretende-se responder às seguintes **questões-problemas**: 1) são constitucionais as sucessivas prorrogações de interceptação telefônica?; 2) há algum limite temporal máximo às prorrogações de interceptação telefônica?; e, 3) quais critérios devem orientar a motivação da decisão que prorroga uma interceptação telefônica?

Conforme o art. 5º, XII, da CF, é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A Lei 9.296/96, que regulamenta o art. 5º, XII, da CF, estabelece o prazo de 15 (quinze) dias para a vigência da medida, *“renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”*. Não há, na legislação, uma referência clara acerca da possibilidade de renovações sucessivas da medida ou um limite máximo de prazo global.

Os problemas que permeiam a temática das interceptações telefônicas no sistema processual penal brasileiro são tão relevantes que

justificaram, inclusive, **condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Escher e outros vs. Brasil*** (sentença de 6 de julho de 2009).

No referido julgado, a CIDH analisou caso em que houve ilegalidades na decretação, na execução e na divulgação das conversas interceptadas pelo Estado. Como premissa, assentou-se que quanto à interceptação telefônica, considerando que pode representar uma séria interferência na vida privada, a medida deve estar autorizada em lei, que deve ser precisa e indicar regras claras e detalhadas sobre a matéria, tais como as circunstâncias nas quais essa medida pode ser adotada; as pessoas autorizadas a solicitá-la, ordená-la e executá-la; o procedimento a ser seguido, entre outros elementos (§ 131).

Assim, considerando essa condenação e a censura internacional à violação de direitos humanos no sistema brasileiro, passo à análise das questões pertinentes.

## **2. Limite temporal à interceptação telefônica e possibilidade de renovações**

Inicialmente, a questão sobre a possibilidade de renovações de interceptações telefônicas foi examinada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, decidindo-se por **admitir mais de uma prorrogação**. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes: Inq 2.424, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 26.3.2010; HC 83.515/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nélson Jobim, DJ 4.3.2005; e HC 106.129, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 26.3.2012. Transcrevo as ementas destes últimos dois julgados, respectivamente:

“HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS

PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. 1. **É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua.** Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96”.

“Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Interceptação telefônica. Crimes de tortura, corrupção passiva, extorsão, peculato, formação de quadrilha e receptação. Eventual ilegalidade da decisão que autorizou a interceptação telefônica e suas prorrogações por 30 (trinta) dias consecutivos. Não ocorrência. **Possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem.** Precedentes. Decisão proferida com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º)”.

Assim, a interpretação fixada acerca da norma permite mais de uma renovação da medida. Penso que tal posição é efetivamente a mais adequada.

A legislação pertinente define que *“a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”* (art. 5º da Lei 9.296/96).

Da leitura do dispositivo resta claro que a locução “uma vez” diz respeito à necessidade de que a motivação demonstre a “indispensabilidade do meio de prova”. Ou seja, não há na lei limitação à possibilidade de renovação sucessiva por igual tempo (BADARÓ, Gustavo. A busca da verdade no processo penal e os seus limites: ainda e sempre o problema do prazo de duração da interceptação telefônica. In:

SANTORO; MADURO (org.) *Interceptação telefônica*. D'Plácido, 2016. p. 202).

Assentar que a interceptação telefônica somente poderia ser renovada uma única vez acarretaria exagerada limitação aos meios de investigação no processo penal. Trata-se de medida pertinente, desde que devidamente motivada e limitada por critérios para proteção de direitos fundamentais.

Com relação ao *prazo máximo para prorrogações*, a **decisão recorrida menciona o lapso de 60 (sessenta) dias**. Tal prazo foi tomado de empréstimo do art. 136, § 2º, da Constituição Federal, máximo de duração do estado de defesa. O paralelo decorreria da viabilidade da suspensão, no curso do estado excepcional, do sigilo das comunicações telefônicas (art. 136, §1º, 'c'). O raciocínio é de que, como o estado de defesa exige que a ordem pública ou a paz social estejam "*ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza*", ou seja, uma situação de excepcionalíssima gravidade, e, ainda assim, em sua vigência, a suspensão do sigilo das comunicações poderia durar apenas 60 (sessenta) dias, não haveria sentido em permitir a prorrogação das interceptações telefônicas por prazo maior, com fundamento, em tese, menos grave – prática de crimes. Nesse sentido, na doutrina: PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do STJ*. Lumen Juris, 2006. p. 23-47.

Trata-se de linha argumentativa sofisticada, mas que parte de um paralelo inexistente. O que ocorre, durante o estado de defesa, é a suspensão da cláusula de reserva de jurisdição. Ou seja, as comunicações telefônicas podem ser interceptadas independentemente de autorização judicial. Por óbvio, a suspensão da garantia só pode ocorrer pelo prazo máximo da vigência da anormalidade institucional, 60 (sessenta) dias. Assim, não é exato afirmar que o estado de defesa limita o prazo de interceptação das comunicações.

Dessa forma, o prazo do estado de defesa não é fundamento para

limitar a viabilidade de prorrogação das interceptações.

Contudo, é importante verificar se o princípio da proporcionalidade recomenda a adoção de um **teto abstrato para a interceptação das comunicações**.

**Vincular a interceptação telefônica a prazos absolutos é de complexa adequação à realidade.** Por se tratar de medida investigativa em tempo real, a interceptação de comunicações se presta não apenas a comprovar a autoria do crime que motivou a autorização, mas também a demonstrar a existência de outros crimes, anteriores ou posteriores à autorização, e mesmo a cogitação e a preparação de crimes futuros.

No **direito comparado**, a maior parte dos países não prevê cláusula de teto quanto ao prazo de prorrogação das interceptações de comunicações.

No âmbito da União Europeia, a Corte Europeia de Direitos Humanos deriva o direito ao sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas do direito à correspondência, consagrado no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950:

“ARTIGO 8º

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem – estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Note-se que o art. 8º admite a ingerência da autoridade pública, se

“prevista em lei”. A Corte requer mais do que simples menção da interferência na legislação interna. Exige-se que o direito interno regulamente a questão com qualidade, de forma a evitar interferências abusivas na privacidade.

Na análise da admissibilidade do caso *Weber e Saravia contra Alemanha* (54934/00, decidido em 29.6.2006), a Corte resumiu sua jurisprudência acerca de métodos secretos de investigação, afirmando que o direito interno deve impor limites quanto (a) à natureza das infrações que autorizam a medida; (b) à definição dos possíveis alvos das medidas; (c) ao prazo máximo de duração da ordem; (d) ao procedimento a ser seguido no exame e uso das informações obtidas e (e) às circunstâncias nas quais os registros podem ou devem ser destruídos.

No entendimento da Corte Europeia, no entanto, a exigência de um prazo máximo de duração da ordem não exclui a possibilidade de renovações da medida.

No caso *Kruslin contra França*, decidido em 24.4.1990, a Corte afirmou que a legislação francesa era defeituosa, por não prever prazo de validade dos mandados de interceptação. A Lei 91.646, de 10.7.1991, adaptou o direito francês ao entendimento da Corte Europeia, quando a medida passou a poder ser determinada por um prazo de **até quatro meses, renováveis por iguais períodos**.

Já no caso *Valenzuela Contreras contra Espanha*, decidido em 30.7.1998, a Corte Europeia assentou que a lei vigente por ocasião da ordem judicial de interceptação telefônica não protegia suficientemente o direito à privacidade, pela inexistência de previsão legal de duração da medida. No caso então em julgamento, a interceptação foi adotada em 1985, na vigência da redação original da “*Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. Naquela época, a legislação espanhola não tinha previsão específica acerca da interceptação de comunicações instantâneas.

Por ocasião da tomada da decisão pela Corte Europeia de Direitos Humanos, já vigia a redação do art. 579, alterada pela Lei 4/1988, de

25.5.1988. A nova redação dispunha que a medida pode ser determinada por **períodos de três meses, prorrogáveis por idênticos períodos**. Nessa decisão, não houve censura da Corte à nova redação da lei.

O Tribunal voltou a se debruçar sobre a legislação espanhola no caso *Pedro Bugallo contra Espanha*. A Corte continental afirmou que a alteração do art. 579, promovida pela Lei 4/1988, era um avanço importante, mas ainda protegia o sigilo das telecomunicações de forma insuficiente.

Na decisão, no entanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu que a jurisprudência interna vinha estabelecendo requisitos que, associados ao texto legal do 1988, poderiam representar proteção suficiente. Mencionou-se, especialmente, decisão da 2ª Câmara do Tribunal Supremo, de 18.6.1992. No que se refere à duração e às prorrogações da medida, esta última decisão exigia que o resultado das interceptações fosse, de tempos em tempos, enviado ao juízo, acompanhado de relatório. De posse do material, o juiz decidiria sobre o destino da medida – interrupção ou prorrogação. A decisão interna não estabelecia um teto para prorrogações da medida.

A Corte continental censurou a Espanha porque a decisão que determinou as interceptações naquele caso era anterior ao julgado do Tribunal Supremo de 18.6.1992. Ou seja, não estava estabelecido marco interno de proteção suficiente ao sigilo das telecomunicações. Deixou-se consignado que a conclusão poderia ser diversa para interceptações posteriores à mencionada data.

E a Corte Europeia, de fato, veio a pronunciar que, a partir de 18.6.1992, o marco jurídico espanhol tornou-se suficiente em matéria de interceptação de telecomunicações.

No caso *Coban contra Espanha*, decidido em 25.9.2006, afirmou-se que a decisão do Tribunal Supremo de 18.6.1992 supriu as deficiências do direito interno, pelo que válidas as interceptações determinadas em consonância com a lei e a jurisprudência espanholas após essa data.

Semelhante conclusão foi adotada na Resolução de 8.10.2008, que

analisou o cumprimento da decisão tomada no caso *Pedro Bugallo contra Espanha*. A Corte Europeia considerou que a legislação, somada à jurisprudência, era suficiente, sendo desnecessária nova reforma no art. 579 da “*Ley de Enjuiciamiento Criminal*”.

Ou seja, concluiu-se que a **previsão de prorrogações periódicas das interceptações, sem uma cláusula de teto, eram perfeitamente válidas**. O que se extrai é que, de acordo com o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, o **foco da proteção está na análise periódica dos requisitos da medida**, não na garantia de que a medida não durará por prazo absoluto além do razoável.

Em geral, **os países europeus não preveem prazo máximo para medidas de interceptação**.

Na Alemanha, conforme o Código de Processo Penal, a medida pode ser expedida para valer por no **máximo três meses**. **Prorrogações são possíveis, por igual período cada**, “*se as condições persistirem, levando em conta a informação obtida durante a investigação*” (*Strafprozeßordnung*, § 100b: “*Maßnahmen nach § 100a dürfen nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht angeordnet werden. Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch durch die Staatsanwaltschaft getroffen werden. Soweit die Anordnung der Staatsanwaltschaft nicht binnen drei Werktagen von dem Gericht bestätigt wird, tritt sie außer Kraft. Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate zu befristen. Eine Verlängerung um jeweils nicht mehr als drei Monate ist zulässig, soweit die Voraussetzungen der Anordnung unter Berücksichtigung der gewonnenen Ermittlungsergebnisse fortbestehen*”).

Solução idêntica é adotada por Portugal, conforme art. 187º, 6, do Código de Processo Penal:

“6 – A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações são autorizadas pelo **prazo máximo de três meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite**, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de



admissibilidade”.

Na Itália, o prazo máximo de duração da medida é de **quinze dias, prorrogáveis por períodos sucessivos de idêntico prazo**, enquanto permanecerem os pressupostos da medida (*Codice di Procedura Penale*, art. 267, 3: “*Il decreto del pubblico ministero che dispone l’intercettazione indica le modalità e la durata delle operazioni. Tale durata non può superare i quindici giorni, ma può essere prorogata dal giudice con decreto motivato per periodi successivi di quindici giorni, qualora permangano i presupposti indicati nel comma 1”*).

A **Corte Interamericana de Direitos Humanos** já teve a oportunidade de analisar, em linhas gerais, a legislação brasileira acerca das interceptações telefônicas, no caso **Caso Escher y Otros vs. Brasil**, sentença de 6.7.2009. Muito embora não tenha aprofundado a questão da viabilidade de renovações sucessivas, concluiu que a lei brasileira é, em tese, satisfatória:

“A Constituição brasileira prevê em seu artigo 5º, inciso XII, que o sigilo das comunicações telefônicas é inviolável, exceto nas hipóteses e na forma previstas em lei para fins de investigação criminal ou de instrução em uma ação penal. O dispositivo constitucional encontra-se regulamentado na legislação ordinária por meio da Lei No. 9.296/96. Esta prevê que a interceptação telefônica poderá ser solicitada pela autoridade policial na investigação criminal ou pelo Ministério Público na investigação criminal ou na instrução penal. Ademais, o juiz poderá autorizar a medida de ofício. Em qualquer das situações anteriores, deve-se demonstrar indícios razoáveis de autoria e participação na infração penal da pessoa sujeita à medida, e que a prova não pode ser obtida por outros meios. O procedimento de interceptação está sob controle judicial. **O juiz que a autorize deve fundamentar devidamente sua resolução; assinalar a forma e prazo máximo da diligência, que é de 15 dias, podendo ser prorrogado por igual período,**

desde que se determine que esse meio de prova é indispensável; e comunicar a ordem ao Ministério Público, que poderá acompanhar sua execução. Esses elementos permitem à Corte estimar que, em geral, essa lei resulta conforme à Convenção. Portanto, a Corte passará a analisar se o procedimento de interceptação telefônica objeto do presente caso se sujeitou a essa norma e cumpriu assim o requisito de legalidade". (§ 132)

**Pode-se aventar que o legislador poderia perfeitamente adotar um prazo máximo para as interceptações.** Inclusive, o Projeto de Lei 3.272/2008, de autoria da Presidência da República, prevê o prazo máximo de 360 para vigência total da medida, salvo em investigações de crimes permanentes.

No entanto, **na vigência da atual legislação, não parece viável estabelecer um teto com base exclusivamente na proporcionalidade.** Tal princípio, muito embora se preste a controlar a duração das medidas investigativas nos casos concretos, não aponta para um limite temporal global preciso a ser abstratamente cominado com base em simples interpretação do direito.

De qualquer modo, ressalto que a **proporcionalidade deve ser empregada como guia para o controle das prorrogações nos casos concretos.**

### **3. Controle judicial da decretação e da renovação de interceptações telefônicas**

O Direito Penal é certamente o instrumento mais contundente de que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos. Na medida em que a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito de liberdade individual, e que, portanto, o Direito Penal e Processual Penal devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, o controle de constitucionalidade em matéria penal deve ser realizado de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a

averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais.

Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis.

A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: *quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional.*

Essas são as premissas para a construção de um *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal*, baseado em *níveis de intensidade*. Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã.

Na famosa decisão (*Urteil*) *Mitbestimmungsgesetz*, do Primeiro Senado de 1º de março de 1979, prolatada na audiência de 28, 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro de 1978 – *BVerfGE 50, 290* –, o Tribunal Constitucional alemão distinguiu os seguintes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

Ainda que tal construção dirija-se, primeiramente, ao controle de constitucionalidade de tipos penais, lógica semelhante deve ser atendida nas hipóteses de verificação de limites constitucionais à restrição de direitos fundamentais, como no caso aqui em análise.

A restrição ocasionada por um meio de investigação tão gravoso como a interceptação telefônica, com o objetivo de contribuir com a

investigação de delitos que podem autorizar a incidência do poder punitivo estatal, deve ser analisada a partir de critérios rígidos para limitação de brechas para arbitrariedades.

Nesse sentido, o controle judicial para autorizar a decretação da medida e para permitir a sua renovação deve ser consistente e visar a resguardar direitos fundamentais, determinando a restrição somente em casos em que se justifique solidamente a adequação, a necessidade e a proporcionalidade do meio de obtenção de prova.

No já citado caso **Escher e outros vs. Brasil**, em que o Brasil foi condenado pela **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, assentou-se:

“Em ocasiões anteriores, ao analisar as garantias judiciais, o Tribunal ressaltou que as decisões adotadas pelos órgãos internos que possam afetar direitos humanos, **devem estar devidamente motivadas e fundamentadas**, caso contrário, seriam decisões arbitrárias. As decisões devem expor, através de uma argumentação racional, **os motivos nos quais se fundamentam, considerando as alegações e o acervo probatório aportado aos autos**. O dever de motivar não exige uma resposta detalhada a cada argumento constante nas petições, podendo variar de acordo com a natureza de cada decisão. Cabe analisar em cada caso se essa garantia foi observada. Nos procedimentos cuja natureza jurídica exija que a decisão seja emitida sem a oitiva da outra parte, **a motivação e a fundamentação devem demonstrar que foram ponderados todos os requisitos legais e demais elementos que justifiquem a concessão ou a negativa da medida**. Desse modo, o livre convencimento do juiz deve ser exercido respeitando-se as garantias adequadas e efetivas contra possíveis ilegalidades e arbitrariedades no procedimento em questão”. (§ 139)

Para verificar a validade da medida, é importante analisar o tipo de raciocínio a ser desenvolvido no deferimento da interceptação telefônica e

sua prorrogação. A interceptação exige os requisitos do art. 2º da Lei 9.296/96 – indícios de autoria ou participação em crime punido com pena de reclusão e inviabilidade de obtenção da prova por outros meios.

Para além disso, faz-se um raciocínio comum aos meios de prova invasivos: um juízo de **ponderação** tendo, de um lado, a privacidade do sujeito passivo da medida e, do outro, as demais circunstâncias do caso concreto.

A **inviolabilidade da vida privada e da intimidade** é afirmada pelo art. 5º, X, da Constituição Federal. Como leciona Paulo Gonet Branco, o *“sigilo das comunicações é não só um corolário da garantia da livre expressão de pensamento; exprime também aspecto tradicional do direito à privacidade e à intimidade”* (MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, 2013. p. 293). Ou seja, muito embora protegida por regra própria (art. 5º, XII), o sigilo das comunicações telefônicas é um dos aspectos do princípio da inviolabilidade da vida privada (art. 5º, X).

Não há maiores dúvidas quanto à agressividade das interceptações telefônicas ao direito à vida privada. Com bem observa Paulo Gonet Branco, a *“quebra da confidencialidade da comunicação significa frustrar o direito do emissor de escolher o destinatário do conteúdo da sua comunicação”*.

Para justificar uma agressão dessa ordem, **as circunstâncias do caso devem demonstrar a necessidade da medida**. Deve-se partir da projeção da probabilidade de obtenção da prova relevante para a investigação.

Quando do controle sobre renovação, por óbvio, para que se defira a medida passado tempo considerável do fato, será necessária uma **demonstração concreta da expectativa de que a medida será produtiva**.

Quando o que está em jogo não é o deferimento inicial da medida, mas sua prorrogação, os **resultados anteriores das interceptações entram na equação**. Se a interceptação leva a provas incriminatórias, surge provável que seu prosseguimento permita aprofundar a prova. Contrariamente, se da interceptação não surge nada útil para investigação, menos provável que a prorrogação vá trazer novos elementos. Em suma, considera-se o resultado das investigações dos

períodos anteriores para verificar a viabilidade de renovação da medida.

Assim, a própria descoberta de provas incriminatórias por meio da interceptação pesa em favor da renovação – até que não haja fatos relevantes a investigar, quando a medida tornar-se-á irrelevante.

Por outro lado, a **inexistência de dados relevantes para investigação nas gravações pesa em favor da suspensão da medida**. Sua **renovação dependerá de um esforço argumentativo maior, demonstrando a probabilidade de esperar resultado diverso no período subsequente**.

O **conteúdo da fundamentação não deve limitar-se à transcrição das gravações**. Salvo se as conversas comprovarem de forma óbvia o crime e suas circunstâncias – o que, repita-se, não costuma ocorrer –, há que se fazer um mínimo de esforço para **associar o conteúdo interceptado às teses trabalhadas na ação penal ou na investigação**.

A investigação e a instrução criminal partem de uma hipótese. Exige-se, para interceptação de comunicação, indícios de que o alvo da medida praticou determinado crime – art. 2º, I, da Lei 9.296/96. No entanto, o compromisso com a hipótese inicial não é absoluto. No desenrolar dos acontecimentos, a hipótese pode ser confirmada (com a descoberta de elementos que reforcem a prova do crime e suas circunstâncias e comprovem a autoria), infirmada (com a descoberta de elementos que provem que o crime não ocorreu, ou que o alvo não contribuiu para ele) ou ampliada (com a descoberta de elementos que levem à abertura do objeto da investigação para outros crimes e outros autores ou partícipes).

No entanto, no mais das vezes, é fundamental que o resultado das investigações seja cotejado com a hipótese trabalhada. Deve-se **demonstrar como as gravações tidas por relevantes parecem se encaixar no contexto da investigação**. Esse cotejo, por óbvio, não é definitivo. Pode-se, no futuro, perceber que a interpretação feita no momento foi totalmente equivocada. Mas o cotejo é fundamental para permitir o permanente controle do que se está investigando e da relevância da prova

para a investigação.

No que se refere ao conteúdo, a **fundamentação da prorrogação deve levar em conta o estado das investigações e o resultado dos períodos anteriores.**

Deve ser feita avaliação da **proporcionalidade da manutenção da medida**, levando em consideração a interferência no direito à intimidade que a medida representa, a probabilidade de obtenção de provas relevantes para a investigação criminal e as demais circunstâncias do caso concreto.

Além disso, a lei não obriga que o juiz seja informado do que se **pretende para o futuro da investigação**. Se a autoridade policial não tem disciplina e não faz um plano para encerramento da fase oculta e início da fase ostensiva das investigações, as medidas acabam se sucedendo sem limites. Seria importante que, de tempos em tempos, o material produzido fosse consolidado em um relatório e planejada a evolução das medidas investigativas a serem tomadas para o futuro.

É necessário que se demonstrem os **resultados que ainda podem ser aportados pelo meio de investigação em andamento**, para justificar a **necessidade** de sua prorrogação.

Por fim, a despeito de não se estar reconhecendo um limite temporal máximo para prorrogação de interceptação de comunicações, muito me preocupam abusos na utilização da medida. Creio que **temos que pensar em novas salvaguardas para o sigilos das comunicações**. O cenário das comunicações avançou muito em complexidade e relevância nos últimos anos, de modo que a legislação atual se mostra desatualizada.

Assim, deve-se ressaltar a importância de que o **Congresso Nacional pondere a necessidade de atualização normativa sobre a temática**, especialmente em relação às novas tecnologias e à compatibilização das investigações com a proteção de direitos fundamentais.

#### **4. Conclusões teóricas e teses propostas para repercussão geral**

Em suma, **é possível assentar as seguintes teses acerca da prorrogação da interceptação das comunicações:**

1. A medida de interceptação telefônica pode ser prorrogada por períodos sucessivos de 15 dias, enquanto for necessária, adequada e proporcional.

2. A análise de proporcionalidade da prorrogação deve levar em conta o resultado das investigações realizadas, especialmente a partir do material colhido nos períodos anteriores. Em caso de ausência de resultados incriminatórios, é necessário avaliar se, diante da suspeita inicial, ainda há justa causa para prolongar o tempo de interceptação.

3. A fundamentação das prorrogações deve cotejar o material interceptado com as hipóteses investigativas trabalhadas. É necessário que se demonstrem os resultados que ainda podem ser aportados pelo meio de investigação em andamento, para justificar a necessidade de sua prorrogação.

4. A decisão que autoriza a renovação da interceptação deve ser motivada em elementos concretos, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações a partir das informações coletadas até o momento e os potenciais resultados ainda esperados. Assim, são ilegais motivações padronizadas ou reproduções de modelos genéricos sem relação com o caso concreto.

#### **5. Análise do caso concreto: ilegalidade das renovações por ausência de motivação**

Fixadas essas teses, passo à análise do caso concreto, em que a decisão concessiva da ordem no STJ declarou a nulidade das provas resultantes das interceptações telefônicas que instruíram a Ação Penal 2006.70.00.019980-5.

O monitoramento telefônico foi deferido no dia 5.7.2004 (fls. 2457-



2459, eDOC 10 p. 210-212) e prorrogado sucessivas vezes até o dia 30.6.2006.

A medida foi deferida para investigar crimes contra a administração pública, contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro. Conforme representação inicial pela quebra de sigilo de dados (fls. 1870-1876), a Receita Federal estaria investigando esquema de interposição fraudulenta em importações, tendo como importadora aparente a BSD INDUSTRIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA., supostamente para ocultar os investigados, importadores de fato. Além disso, os alvos usariam contas CC5 e outros esquemas para remeter valores ao exterior, cometendo evasão de divisas e lavagem de dinheiro.

A decisão que decretou a quebra de sigilo de dados (fl. 2455) descreve os elementos até então existentes em desfavor dos alvos. A conduta consistiria na utilização de empresas de fachada para realizar importações. Haveria também evasão de divisas – ação penal em andamento trataria da remessa de R\$ 3.764.703,04 (três milhões, setecentos e sessenta e quatro mil, setecentos e três reais e quatro centavos) ao exterior por meio de contas CC5 – e possível lavagem de dinheiro, pelo saque de R\$ 13.000.000 (treze milhões de reais) em espécie.

**Nos primeiros períodos, as prorrogações são parcamente fundamentadas, e o resultado das investigações é inconsistente.** Os relatórios do período inicial (fls. 280-284) não conseguem apontar fatos relevantes no período interceptado. Narra-se que foram captadas várias conversas relativas à importação de mercadorias.

A primeira decisão de prorrogação, datada de 15.9.2004, fundamenta-se na relação entre as conversas e o objeto da investigação (fl. 285).

Os relatórios do período seguinte (fls. 291-303) transcrevem algumas ligações, tidas por relevantes, mas de difícil vinculação a práticas criminosas. Afirma-se que as conversas suspeitas tratam de operações de importação e exportação, de difícil compreensão por parte da equipe de

## RE 625263 / PR

policiais que acompanha a investigação. Por isso, postula-se auxílio de Auditores Fiscais da Receita Federal no acompanhamento da medida.

A segunda prorrogação foi deferida em 4.10.2004 (fl. 301). No período seguinte, os relatórios (fls. 326-333 e 345-351) transcrevem vários diálogos. Fala-se da compra de uma lancha, com valor de negociação diverso da lançado na documentação.

A terceira prorrogação da interceptação foi deferida em 20.10.2004 (fl. 352). O subfaturamento da lancha é mencionado na decisão. No relatório seguinte (fls. 367-395), volta-se a falar sobre a lancha, supostamente passível de apreensão. A prorrogação das interceptações foi deferida, considerando os elementos produzidos no período anterior, em 3.11.2004 (fl. 398).

O relatório do período seguinte (fls. 405-421) transcreve várias gravações. Há diálogos sobre a lancha. Afirma-se que, após analisar a documentação, a receita liberou a embarcação. A prorrogação da interceptação foi deferida em 19.11.2004 (fl. 422).

O relatório do período seguinte (fls. 429-499) transcreve vários diálogos, sem valor probatório evidente.

O parecer do Ministério Público, datado de 1º.12.2004 (fls. 500-506), é a primeira tentativa de extrair valor probante dos diálogos transcritos. Mencionam-se alguns pontos de relevo para a investigação revelados pelas interceptações. Fala-se da sucessiva constituição de pessoas jurídicas, com destaque para a Millenium, com sede em Vitória/ES, supostamente destinada a importar fraudulentamente malas e peças. Também fala-se da fraude na importação da embarcação e de possível exportação fraudulenta de televisores para o México. Essa análise é feita com base na avaliação dos Auditores da Receita Federal das interceptações (fls. 520-630).

A prorrogação das interceptações foi deferida em 2.12.2004 (fl. 632).

## RE 625263 / PR

O relatório do período seguinte (fls. 641-645) novamente transcreve diálogos, sem valor probatório evidente. A prorrogação foi deferida em 17.12.2004 (fl. 646).

O relatório seguinte (fls. 662-675) compila informações sobre pessoas físicas e jurídicas até então envolvidas. Novamente transcreve diálogos, sem valor probatório evidente. A prorrogação foi deferida em 10.1.2005 (fl. 725-726).

O relatório do período seguinte (fls. 731-736) transcreve várias conversas, sem valor probatório evidente. A prorrogação foi deferida em 25.1.2005 (fl. 758).

O relatório do período seguinte (fls. 763-768) transcreve várias conversas, com ênfase em apreensão de mercadorias por fiscalização tributária. Há referência à possibilidade de liberação, mediante pagamento de R\$ 25.000 (vinte e cinco mil reais) por contêiner. A prorrogação foi deferida em 9.2.2005 (fl. 806).

O relatório seguinte (fls. 822-836) limita-se a transcrever conversas captadas. A prorrogação foi deferida em 24.2.2005 (fl. 862). Um dos fundamentos foi a identificação do suposto laranja do grupo Oswaldo Kolody.

O relatório seguinte (fls. 894-917) limita-se a transcrever conversas. A prorrogação foi deferida em 11.3.2005 (fl. 948). Um dos fundamentos foi a possível utilização de servidor do Bacen pelo grupo.

O relatório seguinte (fls. 970-977) limita-se a transcrever conversas. A prorrogação foi deferida em 22.3.2005 (fl. 978).

O relatório seguinte (fls. 983-997) limita-se a transcrever conversas. A prorrogação foi deferida em 5.4.2005 (fls. 998-999).

O relatório seguinte (fls. 1010-1030) limita-se a transcrever conversas.

## RE 625263 / PR

A prorrogação foi deferida em 20.4.2005 (fls. 1037-1038).

O relatório seguinte (fls. 1064-1074) limita-se a transcrever conversas. A prorrogação foi deferida em 3.5.2005 (fls. 1137-1138). Nessa decisão, consignou-se que a medida já durava tempo considerável, pelo que se determinou a apresentação de relatório parcial dos trabalhos, para decisão acerca da persistência da necessidade da medida. Nova prorrogação foi deferida em 19.5.2005 (fl. 1152).

O relatório seguinte (fls. 1165-1175) limita-se a transcrever conversas. A prorrogação foi deferida em 2.6.2005 (fl. 1176).

O Ministério Público manifestou-se nos seguintes termos acerca do estado das investigações e objetivos para o futuro:

“Em atenção ao item 2 da decisão de Vossa Excelência proferida a fls. 1073-1074, de que se tomou conhecimento através de contato com a Polícia Federal, vem o Ministério Público Federal respeitosamente apresentar o "Relatório Complementar de Interceptação e Monitoramento", elaborado pelo Departamento de Polícia Federal, bem como consignar que, em reunião conjunta ocorrida nesta Procuradoria da República em 24/05/05, foram estabelecidas as seguintes metas para a investigação em curso, considerando em especial o considerável tempo ao longo do qual vem se desenvolvendo o monitoramento telefônico:

1) agilizar a obtenção de documentos necessários para comprovar a lavagem de dinheiro realizada pelo grupo, no âmbito do Procedimento Criminal Diverso nº 2004.70.00.018358-8:

2) solicitar judicialmente seja determinada a realização de ação fiscal sobre cerca de cinco pessoas físicas e jurídicas específicas no bojo do inquérito policial instaurado a partir das notícias-crime encaminhadas pelo COAF, em decorrência dos indícios de sonegação existentes, requerendo seja facultado à Receita o acesso aos dados bancários dos contribuintes, bem

como desencadear ação fiscal sobre outras empresas (inicialmente apenas uma) em decorrência de irregularidades fiscais já detectadas no âmbito interno da Receita Federal;

3) avaliar, ao longo das diligências fiscais, a necessidade de se requerer judicialmente medida de busca e apreensão no escritório de contabilidade do grupo (de Sérgio Voltolini);

4) perpetuar os monitoramentos, em princípio, apenas até o dia 30 de agosto deste ano, para a partir de então se dedicarem os agentes empenhados na investigação a desenvolver análise sistemática das informações colhidas, havendo continuidade do monitoramento a partir de então em relação a apenas um ou dois números, isto com o objetivo precípua de manter conhecimento atualizado sobre o que de mais importante acontece na organização bem como sobre os números de telefone usados pelo grupo para posterior reativação dos monitoramentos quando de eventual desencadeamento de medidas diversas conjuntas;

5) a partir da conclusão da análise sistemática dos dados promover as medidas de persecução criminal cabíveis;

6) dada a notícia de regularização de pendências cambiais de forma ilícita, considerando a gravidade dos fatos e ainda as repercussões injustas que essa espécie de ilícito poderá ter na esfera criminal, se estiver sendo praticado rotineiramente, em especial em casos diversos de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional apurados por essa Vara Criminal, desmembrar desde logo a investigação referente a possível esquema de fraudes internas ocorridas no BACEN, iniciando-se monitoramentos a partir do servidor Luciano”.

A prorrogação foi deferida em 9.6.2005 (fl. 1192).

O relatório do período seguinte (fls. 1207-1252) limita-se a transcrever diálogos. A prorrogação foi deferida em 20.6.2005 (fl. 1253). A decisão menciona indícios de fraude na importação de malas marca Ikaclas.

## RE 625263 / PR

O relatório do período seguinte (fls. 1272-1276) limita-se a mencionar o conteúdo das conversas. A prorrogação foi deferida em 7.7.2005 (fl. 1278).

O relatório do período seguinte (fls. 1294-1306) limita-se a mencionar o conteúdo das conversas. A prorrogação foi deferida em 22.7.2005 (fl. 1307).

O relatório do período seguinte (fls. 1315-1331) adota técnica mais consistente do que os anteriores. Passa a cotejar o conteúdo das gravações com o contexto das investigações. A prorrogação foi deferida em 5.8.2005 (fl. 1336-1337).

O relatório seguinte (fls. 1350-1351) nem sequer relata o conteúdo interceptado. Apenas refere que está prevista a deflagração de ações fiscais contra as pessoas envolvidas. A prorrogação foi deferida em 23.8.2005 (fl. 1352).

O relatório do período seguinte (fls. 1358-1363) limita-se a mencionar o conteúdo das conversas. A prorrogação foi deferida em 6.9.2005 (fl. 1364).

O relatório do período seguinte (fls. 1387-1393) limita-se a mencionar o conteúdo das conversas. A prorrogação foi deferida em 20.9.2005 (fl. 1394).

Sobreveio petição do Ministério Público, informando que diálogos captados demonstrariam provável corrupção de dois Auditores Fiscais da Receita Federal (fls. 1409-1412), em diálogos captados a partir de 29.8.2005.

O relatório do período seguinte (fls. 1433-1442) limita-se a mencionar o conteúdo das conversas. A prorrogação foi deferida em 5.10.2005 (fl. 1443). Fez-se referência à intermediação suspeita de contratos junto ao

## RE 625263 / PR

BNDES e possível corrupção de servidores da Receita Federal.

O relatório do período seguinte (fls. 1489-1496) limita-se a mencionar o conteúdo das conversas. A prorrogação foi deferida em 19.10.2005 (fl. 1489).

O pedido de prorrogação seguinte não foi nem sequer acompanhado de relatório do conteúdo do período vigente (fls. 1515-1516). A prorrogação foi deferida em 3.11.2005 (fl. 1517).

O relatório do período seguinte (fls. 1534-1553) limita-se a mencionar o conteúdo das conversas. A prorrogação foi deferida em 21.11.2005 (fl. 1555).

O relatório do período seguinte (fls. 1565-1577) limita-se a mencionar o conteúdo das conversas. A prorrogação foi deferida em 7.12.2005 (fl. 1579). A decisão faz referência a possíveis operações financeiras em mercado paralelo e tráfico de influência.

O relatório do período seguinte (fls. 1588-1595) limita-se a mencionar o conteúdo das conversas. A prorrogação foi deferida em 21.12.2005 (fl. 1596).

O relatório do período seguinte (fls. 1603-1608) limita-se a mencionar o conteúdo das conversas. A prorrogação foi deferida em 9.1.2006 (fl. 1609).

O relatório do período seguinte (fls. 1638-1639) afirma não terem sido localizadas conversas relevantes no período. A prorrogação foi deferida em 9.2.2006 (fl. 1640). As interceptações foram restringidas aos telefones dos alvos Rolando e Althea.

O relatório do período seguinte (fl. 1640-1657) contextualiza as ligações. A prorrogação foi deferida em 1º.3.2006 (fl. 1640).

O relatório do período seguinte (fl. 1662-1683) contextualiza as

ligações. A prorrogação foi deferida em 21.3.2006 (fl. 1684), mencionando indicativos de prática de crimes revelados pelo produto da medida no período anterior.

O relatório do período seguinte (fl. 1730-1758) contextualiza as ligações. A prorrogação foi deferida em 18.4.2006 (fl. 1759), mencionando indicativos de prática de crimes revelados pelo produto da medida no período anterior.

Os relatórios do período seguinte (fl. 1765-1770 e 1775-1789) contextualiza as ligações. A prorrogação foi deferida em 16.5.2006 (fl. 1790).

O relatório do período seguinte (fl. 1803-1805) informa que, por acúmulo de trabalho, não foi feita a análise do resultado das interceptações.

A prorrogação foi deferida em 16.6.2006 (fl. 1805). Essa foi a última prorrogação deferida.

O Tribunal *a quo*, por seu Ministro Nilson Naves, relator do acórdão, fundamentou seu entendimento, entre outros argumentos doutrinários, na falta de razoabilidade das renovações sucessivas das escutas telefônicas por cerca de 2 (dois) anos:

“Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo da lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), porque não os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, artigo 136, § 2º)? **Ou por que não razoável prazo?** Desde que, é claro, neste, tenhamos decisão exaustivamente fundamentada, e não, e aí não mesmo, **prazo fora dos conceitos razoáveis**. Relembremos que o recente projeto estabelece o prazo máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos, que eu, confesso-lhes, entendo ser uma demasia. Ora, não se interpretam, segundo o excelso Maximiliano (também ocupou ele uma das cadeiras do Supremo Tribunal, entre 1936 e 1941), estritamente as disposições que restringem a liberdade humana; de igual maneira, as que restringem a intimidade, a vida privada, etc.? Concluindo, Srs. Ministros, o meu entendimento, ao contrário



do acórdão da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é o de que há, no caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, **há sim, violação do princípio da razoabilidade** (entre normas/princípios ou princípios/normas de opostas inspirações ideológicas, a solução do conflito, repito, há de privilegiar a liberdade, a intimidade, a vida privada, etc.). Daí que, Srs. Ministros, concedo a ordem a fim de reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das indicadas comunicações telefônicas; conseqüentemente, nulos, torno – e declarados assim ficam – os pertinentes atos processuais da Ação nº 2006.70.00.019980-5; que os autos, então, retornem às mãos do Juiz originário para determinações de direito”. (fls. 3.007-3.008 - grifamos)

O Ministro Paulo Gallotti, em seu voto-vista, também se filiou ao entendimento de que as sucessivas renovações da medida por quase dois anos ultrapassaram os limites da razoabilidade, conforme trecho de seu voto a seguir transcrito:

“Remarcando o caráter excepcional da medida, cuja banalização é inadmissível e deve ser reprimida com rigor, **tenho que a violação do sigilo telefônico dos pacientes, por quase dois anos, por decisões que não explicitaram de maneira suficiente a sua imprescindibilidade – o que exige também para as renovações -, ultrapassou os limites da razoabilidade**”. (fls. 3.024 - grifamos)

Sopesado o excessivo período de interceptações, o que impressiona, nesse caso, é a **falta de fundamentação das renovações da medida**. As investigações partiram de hipótese inicial de trabalho bastante ampla. Já nos períodos iniciais, percebe-se que não houve dificuldade na identificação dos telefones dos alvos. Os números usados mantiveram-se mais ou menos estáveis durante toda a investigação.

Contudo, foi penoso extrair significado das conversas gravadas.

Tanto assim que foi solicitado que a Receita Federal tivesse acesso ao material produzido.

**Essa dificuldade permeou quase todo o trabalho de investigação. Apenas no final de julho de 2005 – quase um ano após o início da medida –, passou-se a cotejar o resultado das interceptações com o contexto da investigação.**

A despeito da dificuldade, o auxílio da Receita Federal não foi usado suficientemente para elucidar o magistrado. Em apenas duas oportunidades as análises feitas pela Receita Federal vieram aos autos, sempre juntadas pelo Ministério Público. Em 1º.12.2004 (fls. 520-630), na primeira tentativa de contextualizar o material obtido com as interceptações e, novamente, com a notícia de possível corrupção de Auditores Fiscais da Receita Federal (fls. 1409-1412), em diálogos captados a partir de 29.8.2005.

Interceptados alguns telefones, de tempos em tempos, aparecerá uma conversa que pareça cifrada, ou que indique algo que, com um pouco de criatividade, pode-se interpretar como indicativo da prática de crime. **Sem uma consistente demonstração de que o diálogo suspeito acrescenta para a investigação, abre-se exagerado flanco para prorrogações ilimitadas da medida.**

Desde o início, **a ausência de resultados incriminatórios apontava em desfavor da renovação da medida**, aumentando o ônus argumentativo para a prorrogação das interceptações.

Contudo, **as decisões que autorizaram as prorrogações não cotejaram o material interceptado com as hipóteses investigativas trabalhadas nem demonstram que resultados relevantes ainda podiam ser aportados.**

Sem analisar elementos concretos, as **motivações nestes autos foram padronizadas, basicamente reproduções de modelos genéricos, que não podem ser consideradas como legítimas a embasar a restrição de direito fundamental por sucessivas renovações, a totalizar mais de dois anos de**

**interceptações.**

Assim, a falha da fundamentação da prorrogação não foi algo eventual, mas uma deficiência que permeou todo o período, especialmente o primeiro ano de interceptações. Nesse contexto, tenho que as interceptações são nulas, por deficiência de fundamentação.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso extraordinário.**

Para fins de repercussão geral, proponho a seguinte tese:

“1. A medida de interceptação telefônica pode ser prorrogada por períodos sucessivos de 15 dias, enquanto for necessária, adequada e proporcional.

2. A análise de proporcionalidade da prorrogação deve levar em conta o resultado das investigações realizadas, especialmente a partir do material colhido nos períodos anteriores. Em caso de ausência de resultados incriminatórios, é necessário avaliar se, diante da suspeita inicial, ainda há justa causa para prolongar o tempo de interceptação.

3. A fundamentação das prorrogações deve cotejar o material interceptado com as hipóteses investigativas trabalhadas. É necessário que se demonstrem os resultados que ainda podem ser aportados pelo meio de investigação em andamento, para justificar a necessidade de sua prorrogação.

4. A decisão que autoriza a renovação da interceptação deve ser motivada em elementos concretos, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações a partir das informações coletadas até o momento e os potenciais resultados ainda esperados. Assim, são ilegais motivações padronizadas ou reproduções de modelos genéricos sem relação com o caso concreto”.

É como voto.