

ILICITUDE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DA SEXTA TURMA DO STJ

BRÁULIO LISBOA LOPES
Mestre e especialista em Direito
Professor universitário

1. ACÓRDÃO

HABEAS CORPUS Nº 76.686 - PR (2007/0026405-6)
RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES

EMENTA: Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”. 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – “renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti, que acompanhou a relatoria, seguido pelos votos das Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Jane Silva, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Data do julgamento: 9 de setembro de 2008.

2. Comentário

No acórdão acima transcrito, observa-se que a Sexta Turma do STJ, ao julgar o HC 76.686-PR, entendeu que é ilícita a prova obtida mediante sucessivas prorrogações de interceptação telefônica, quando extrapolam o limite temporal imposto pelo artigo 5º da Lei nº 9.296/96 – quinze dias, renovável por igual período uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova – ou por extrapolar o limite da razoabilidade, sem que a decisão seja exaustivamente fundamentada.

No caso em tela, os pacientes tiveram suas ligações telefônicas interceptadas pelo prazo de dois anos, mediante ordem judicial, motivo pelo qual impetraram *habeas corpus*, sob o fundamento da ilegalidade da interceptação telefônica, que foi renovada sucessivamente, sem fundamentação exaustiva, por prazo superior ao previsto no artigo 5º da Lei nº 9.296/96.

A interpretação do artigo 5º da Lei nº 9.296/96 é tema que gera inúmeras controvérsias no âmbito dos tribunais. No Superior Tribunal de Justiça, até a data da publicação do acórdão objeto desta análise, a jurisprudência havia-se firmado no sentido de admitir sucessivas interceptações, desde que comprovada a indispensabilidade da diligência, não ficando limitada a uma só, como poderia sugerir a literalidade do artigo 5º da Lei nº 9.296/96.¹

No entanto, como se observa da decisão proferida no acórdão objeto desta análise (HC 76.686-PR), a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça alterou seu posicionamento, à procura de uma solução que melhor se ajuste às reflexões que se colocam diante de conflitos (aparentes) de opostas inspirações ideológicas. A questão se desloca para o plano constitucional, pois, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Mais adiante, em seu inciso XII, o constituinte volta a se referir à proteção da intimidade e da privacidade, dispondo ser inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, nesse último caso, por ordem judicial, nas

¹ Vide STJ – HC 50.193-ES, RHC 13274-RS e RHC 15121.

hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Pela leitura dos dispositivos constitucionais acima referidos, pode-se afirmar que a intimidade e a privacidade decorrentes das comunicações telefônicas podem ser flexibilizadas, por ordem judicial, nos termos da Lei nº 9.296/96. Como bem observa Eugênio Pacelli de Oliveira,

[...] na ordem constitucional brasileira, não existem direitos absolutos, que permitem seu exercício a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias. E tal ocorre porque a tutela normativa de qualquer bem ou valor é sempre abstrata. No plano da realidade concreta, surgirão, inevitavelmente, situações em que dois ou mais titulares do mesmo direito entrem em confronto, razão pela qual a lei estará autorizada a regulamentar soluções específicas para cada conflito. (OLIVEIRA, 2007, p. 295).

Sendo assim, o sigilo das comunicações telefônicas pode ser relativizado, mas nos estritos termos da Lei nº 9.296/96. Qualquer interpretação ampliativa que se atribua ao artigo 5º da referida lei, por se tratar de interpretação que objetiva restringir direitos fundamentais, só será admitida se presente o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Referido princípio, que não encontra previsão expressa na Constituição, deriva, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, do devido processo legal substantivo, sendo constituído de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação refere-se à idoneidade ou pertinência da medida que se impõe (no caso, a interceptação telefônica), a qual deve ser apta a atingir o objetivo pretendido (fazer prova do ilícito penal). A necessidade significa que a adoção dessa medida restritiva de direito só será válida se demonstrada a sua indispensabilidade, restando impossibilitada a sua substituição por outro meio de prova menos gravoso. Já a proporcionalidade em sentido estrito deve ser verificada no âmbito do resultado produzido, de forma que se proporcione uma relação ponderada entre o grau de restrição das liberdades públicas e o grau de realização do princípio contraposto.

No decorrer de seu voto, o relator do acórdão em análise cita um trecho da obra de Geraldo Prado, que bem ilustra a falta de razoabilidade e proporcionalidade em que incorrem os tribunais ao permitirem sucessivas prorrogações de interceptações de comunicações telefônicas, extrapolando o prazo definido em lei, conforme vinha decidindo a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Cumpre explicitar a passagem da obra mencionada:

[...] a solução encontrada pelo tribunal, admitindo sucessivas prorrogações de interceptações telefônicas, no lugar de definir o prazo máximo de trinta dias (quinze dias, prorrogável *uma* vez por mais quinze), como única interpretação do artigo 5º da Lei nº 9.296/96, conforme a Constituição, equipara a restrição (provisória) do direito à inviolabilidade das comunicações

telefônicas à suspensão (temporária) do sigilo das mencionadas comunicações, tratando mais gravemente situação jurídica que por expressa previsão constitucional não é equiparável em gravidade àquelas que estão sujeitas ao estado de defesa (art. 136 da Constituição da República). Fere-se o princípio da razoabilidade e se afasta da interpretação sistemática da Constituição, concedendo primazia à função de segurança pública em detrimento do papel assinalado ao juiz pela Carta de 1988, tal seja, o de garantidor dos direitos fundamentais. (PRADO, 2005, p. 45-46).

O autor faz uma comparação da restrição do sigilo das comunicações telefônicas deferida em conformidade com o artigo 5º da Lei nº 9.296/96 com a suspensão de tal sigilo a qual pode ser imposta no estado de defesa, instituto reservado para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades da natureza de grandes proporções. Percebe-se que, no estado de defesa, referidas restrições encontram limites em prazo máximo de sessenta dias (trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período), conforme preceitua o artigo 136, § 2º, da Constituição da República de 1988. Vê-se, pois, que a prorrogação por longos períodos da interceptação telefônica, ao arrepio da lei, fere o princípio da razoabilidade, ao instituir restrições de liberdades mais gravosas que aquelas previstas para a solução de crises constitucionais, que encontram um limite temporal definido na própria Constituição.

Com fundamento nesse raciocínio, acertadamente, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou a prova obtida mediante sucessivas e prolongadas prorrogações de ordem de interceptação telefônica como prova ilícita, em conformidade com o disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República de 1988. A prova ilícita é espécie do gênero provas ilegais e pode ser definida como aquela que é obtida com infringência do Direito Material, distinguindo-se da prova ilegítima, que se obtém com afronta ao Direito Processual. Nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, segundo redação dada pela Lei nº 11.690/2008, a prova ilícita é inadmissível, assim entendida a obtida com violação a normas constitucionais ou *legais*.

3. Conclusão

Verifica-se que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao rever seu posicionamento, passou a inadmitir sucessivas renovações de ordem judicial de interceptação de comunicação telefônica, pois entendeu que, nessas hipóteses, a exceção (restrição de direitos fundamentais) acabou se tornando regra, fato que é inadmissível no ordenamento constitucional vigente. Percebe-se, assim, que a decisão de dar interpretação estrita ao artigo 5º da Lei nº 9.296/96 tem maior proximidade com o Estado Democrático de Direito e se revela de acordo com as melhores técnicas de hermenêutica, visto que a interpretação estrita ou declarativa limita-se a declarar – como o próprio nome revela – ou especificar o pensamento

expresso na norma jurídica, sem dilatar ou restringir seus termos. Como já afirmava Karl Larenz, “[...] o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja” (LARENZ, 1983, p. 441).

4. Referências bibliográficas

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PRADO, Geraldo. *Limites às interceptações telefônicas*. Lúmen Júris, 2005.