

ACESSO A DADOS TELEFÔNICOS EM INVESTIGAÇÕES DE REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO: DE “CHEQUE EM BRANCO” A ANTEPARO GARANTIDOR

IGOR ISÍDIO GOMES DA SILVA

POLÍCIA FEDERAL - MS



RESUMO

Nas complexas investigações de repressão ao crime organizado da atualidade, o poder público tem se utilizado de diversos meios excepcionais de obtenção da prova, dentre eles o acesso aos registros de ligações telefônicas. Em procedimentos envolvendo interceptação telefônica, surge a necessidade de que os órgãos investigadores estejam autorizados a obter dados telefônicos de linhas ainda não conhecidas, recebendo tal autorização por meio de uma decisão judicial inespecífica, cujo amparo constitucional ainda se questiona. Aprofundando o debate sobre o acesso a dados telefônicos por decisão judicial inespecífica, adotou-se o método hipotético-dedutivo para verificar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. A análise do tema permitiu definir os critérios de proporcionalidade, delimitação e controle, cuja presença é imprescindível para a autorização da medida de acesso a dados telefônicos por decisão judicial inespecífica.

PALAVRAS-CHAVE: Dados telefônicos. Autorização judicial inespecífica. Crime organizado. Sigilo. Proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

No curso de investigações policiais nas quais se faz uso da interceptação telefônica, é corriqueira a apresentação de pedidos para acesso instantâneo aos dados telefônicos (históricos de chamadas) de interlocutores, ou seja, de pessoas que tenham entrado em contato com aquelas cujas linhas já estejam interceptadas por força da medida cautelar. Pedidos dessa natureza, não raro, são rechaçados pelo Minis-

tério Público e/ou pelo Judiciário sob o argumento de que se traduzem em um “cheque em branco” ou em “autorização genérica” à polícia para a indevida invasão da intimidade de terceiros não envolvidos nos fatos investigados. Tal posicionamento, por vezes nitidamente relacionado à multiplicidade de compreensões acerca do conceito de “dados telefônicos”, tem gerado prejuízos a complexas investigações de combate ao crime organizado. Perceptível também a escassez de trabalhos científicos sobre o tema, ainda carente de conceitos unificados e bem compreendidos e objeto de pouquíssimas reflexões doutrinárias e jurisprudenciais.

A necessidade de acesso aos dados telefônicos como meio excepcional de obtenção da prova é recorrente nas investigações envolvendo criminalidade organizada, encontrando previsão normativa no art. 3º, inciso IV, da Lei n.º 12.850/13 (Lei do Crime Organizado). Importante, entretanto, expandir os limites de estudo para alcançar não só a disciplina jurídica regente, mas compreender como são utilizados, nos casos concretos, os registros de ligações telefônicas a que têm acesso os órgãos encarregados da persecução penal, bem assim de sua relevância enquanto ferramenta investigativa e meio de prova.

A conexão com a realidade dos casos concretos nos faz perceber que não há entendimento pacificado do Judiciário sobre o acesso aos dados telefônicos, no curso de investigações contra o crime organizado, por autorização inespecífica. As decisões que indeferem tal acesso, entretanto, podem partir de premissas equivocadas, sendo por isso relevante sublinhar as distinções conceituais entre *dados cadastrais*, *dados telefônicos* e *comunicações telefônicas*.

Reconhecendo que os dados telefônicos não gozam da mesma proteção jurídica estendida às comunicações telefônicas, sendo dignos, todavia, da salvaguarda constitucional contida na cláusula geral de resguardo da intimidade (art. 5º, inciso X), surge a questão sobre as circunstâncias nas quais tal meio de prova pode ser utilizado, sem que se desnature em agressão às garantias constitucionais. Indo além, cabe questionar quais seriam os requisitos mínimos para que se possa autorizar, por decisão judicial inespecífica e no curso de investigação de repressão ao crime organizado, o acesso aos dados telefônicos.

Note-se a opção terminológica deste trabalho pela expressão

dados telefônicos, muito embora se reconheça, em diversos textos jurídicos aqui citados, o emprego das expressões *registros telefônicos*, *histórico de chamadas*, *extrato de chamadas* e *sigilo telefônico* com a mesma carga semântica, além da expressão *registros de ligações telefônicas* consagrada na Lei do Crime Organizado (art. 3º, IV). Mais adiante, o exame da natureza e do conceito dos dados telefônicos terá a pretensão de tornar mais fácil a apreensão de seu real significado e de sua importância nas complexas investigações de repressão à criminalidade organizada.

2. ESTADO DA ARTE – RELEVÂNCIA DO ACESSO A DADOS TELEFÔNICOS EM INVESTIGAÇÕES ENVOLVENDO CRIME ORGANIZADO

No curso de investigações mais complexas, destacadamente aquelas envolvendo criminalidade organizada, tem sido extremamente comum a apresentação de pedidos pela quebra de sigilo telefônico. Prescrevendo a disciplina legal para o afastamento do sigilo das comunicações, garantia inculpada no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, a Lei de Interceptações Telefônicas (Lei n.º 9.296/96) prevê que a autoridade judiciária competente só expedirá ordem de interceptação telefônica se demonstrado o preenchimento dos seguintes requisitos: (a) existência de indícios razoáveis da autoria ou da participação em infração penal; (b) impossibilidade da produção de prova por meio de outros meios menos invasivos, devendo estar justificada como *ultima ratio*; além de (c) ter por objetivo a apuração de infração punida, no mínimo, com pena de reclusão. Isso para que se justifique, “na devida proporção, a utilização da medida constritiva de direitos fundamentais do investigado, em prol da realização de outros valores constitucionais” (MENDES; BRANCO, 2014).

Vistos da superfície, os procedimentos para efetivação da interceptação telefônica parecem não ter sofrido grandes transformações nos últimos vinte e cinco anos. Não é o caso. Desde o início da vigência da Lei de Interceptações Telefônicas, a predominância das linhas telefônicas fixas rapidamente deu lugar ao uso de aparelhos móveis. Popularizados a partir da década de 1990, os primeiros telefones celulares foram gradativamente perdendo em tamanho e ganhando em versatilidade. Duas décadas depois, já era comum o uso dos *smartphones*,

permanentemente conectados à internet, consolidando-se também o uso de aplicativos como canal predominante para o que ainda se pode chamar de comunicação telefônica. Nesse cenário de irrefreáveis transformações, as investigações policiais passaram também por notória evolução, sobretudo para que se pudesse fazer frente aos diversos matizes da criminalidade organizada.

Um olhar mais detido sobre o tema das interceptações telefônicas faz perceber que, hodiernamente, sua aplicação nem de longe se resume à captação das comunicações telefônicas de pessoas investigadas. Com efeito, a avaliação dos casos concretos da atualidade apresenta-se como técnica investigativa complexa em cuja aplicação necessariamente se faz uso de outros meios de prova complementares, a ela intrinsecamente relacionados, a citar: dados cadastrais, dados telefônicos e dados de posição das estações rádio-base (ERBs¹). Atualmente, nas representações submetidas pelas autoridades policiais ao Poder Judiciário, para além do pedido central da interceptação de linhas telefônicas, estão geralmente associados outros pedidos reveladores da natureza extremamente técnica da medida. Na prática, autorizar a implementação da medida excepcional de interceptação telefônica e, ao mesmo tempo, negar ao órgão investigativo o acesso aos dados telefônicos (extratos telefônicos ou históricos de chamadas) de linhas correlacionadas àquelas já monitoradas impõe severo obstáculo ao avanço das investigações, limitando drasticamente as possibilidades de sucesso na aplicação da medida. É justamente essa imprescindibilidade dos dados telefônicos aos procedimentos investigativos que tem sido, não raro, objeto de incompreensão por parte dos atores envolvidos na avaliação da legalidade da medida cautelar.

A criminalidade organizada, entendida para além do conceito legal contido no art. 1º, §1º, da Lei n.º 12.850/13, é indicada como “um dos maiores problemas no mundo globalizado de hoje” (LIMA, 2020, p. 767). Os membros de grupos criminosos organizados procuram continuamente se furta à atuação do aparato repressor estatal, adaptando práticas e aprimorando métodos para garantir a impunidade

1 Na definição adotada pela Anatel (item 3.12 da Portaria n.º 1.533/96), estação rádio-base – ERB – é a estação fixa de Serviço Móvel Celular (SMC) usada na comunicação com estações móveis. Grosso modo, os dados sobre a posição das ERBs revelam informações sobre a posição geográfica da antena de telefonia cujo serviço (sinal) foi utilizado pela linha telefônica consultada.

de seus atos criminosos e maximizar seus proveitos. Delinquentes envolvidos com o crime organizado são, no mais das vezes, previdentes em relação às ferramentas investigativas de que a polícia pode se valer em seu mister. Não é diferente com a interceptação telefônica. A prática revela que até mesmo pequenos traficantes mantêm hábitos cautelosos e elusivos: trocam com frequência suas linhas telefônicas e aparelhos, dão preferência à comunicação via aplicativos, evitam travar conversações abertas sobre as atividades ilícitas em chamadas telefônicas. As investigações mais recentes nas quais a medida de interceptação telefônica foi aplicada têm revelado que diálogos elucidativos são cada vez mais raros, sobretudo quando se trata de integrantes pertencentes aos estratos hierarquicamente superiores das organizações criminosas. Cada dia mais escassas, as comunicações via chamada telefônica gradativamente assumem papel coadjuvante nos complexos procedimentos investigativos, ganhando espaço a utilização das ferramentas que lhe são complementares (entre elas, a análise dos dados telefônicos).

Cabe a advertência, nesse ponto, de que não se propõe a supressão de direitos constitucionais (privacidade e intimidade) em nome de uma busca irrefreada pela eficácia da persecução penal. O que se discute, em verdade, é a necessidade de que ferramentas adequadas e proporcionais estejam ao alcance dos órgãos investigativos no combate às organizações criminosas. Nessa linha de pensamento, em estudo de direito comparado sobre modelos de enfrentamento da criminalidade organizada, Laura Zúñiga Rodríguez também aponta para a incontornável necessidade de utilização de “técnicas e medidas penais mais apropriadas para prevenir dita criminalidade, conjugando eficiência e garantias” (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2020).

Compulsando os autos de nove processos judiciais² relacionados a profundas investigações de combate ao crime organizado, percebe-se que as representações pela interceptação telefônica das linhas pertencentes aos investigados também contêm, invariavelmente, pedidos de acesso aos históricos de chamadas – não só dos números monitorados, mas também das linhas que com eles mantiverem contato ou

2 Processos relativos a ações penais já transitadas em julgado ou com sentenças já proferidas para a maior parte de seus réus, com trâmite na Justiça Comum Federal ou Estadual, em varas de Campo Grande/MS, Dourados/MS, Ponta Porã/MS, Naviraí/MS, Cascavel/PR, Piraquara/PR, Caxias do Sul/RS e João Pessoa/PB (item 6 - Referências).

de outras identificadas como de interesse às investigações. Vê-se que o acesso imediato a dados telefônicos, com poucas variações, tem sido solicitado nos seguintes termos:

(...) Requer que as operadoras de telefonia forneçam, sempre que solicitado pelos policiais autorizados dentro do prazo judicialmente deferido (15 dias), extratos telefônicos, histórico de chamadas e extrato em tempo real, com a identificação do interlocutor e das ERBs utilizadas, dos números monitorados, dos que mantiverem contato com os terminais interceptados (interlocutores) e daqueles números de interesse mencionados na investigação (TRF3, 1ª Vara Federal de Naviraí/MS, Autos n.º 0001337-33.2017.4.03.6006, 2019).

Ilustrando a formatação usual dos pedidos apresentados pelas autoridades policiais no curso de procedimentos envolvendo interceptação telefônica, o trecho faz perceber que são requisitados os *dados telefônicos* não apenas daquelas linhas cujo monitoramento já esteja deferido, mas também dos números que com elas tenham interagido ou mesmo que, de outra forma, tenham se enredado no contexto investigativo. É o que se depreende do trecho que se refere a “números de interesse mencionados na investigação”, cujo teor genérico pode conotar a chancela de verdadeiro “cheque em branco” ao órgão investigativo, que poderia promover devassa nos registros referentes a toda e qualquer linha que se entenda ser de algum interesse aos fatos investigados.

Reside aqui toda a celeuma em torno do tema ora sob exame. Manifestando-se contrária a semelhante pedido de acesso aos dados telefônicos dos interlocutores, a Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul, no caso concreto, já expôs o seguinte posicionamento:

O que a autoridade policial quer é uma autorização judicial para acesso a extratos telefônicos dos interlocutores dos alvos, bem como de “números de interesse”. Extrato telefônico é informação telefônica sensível, que não corresponde a dado meramente cadastral, ao qual o MPF e a PF têm acesso direto sem intervenção do Poder Judiciário. Permitir que se dê acesso aos extratos telefônicos dos interlocutores dos alvos e de quaisquer outras pessoas de interesse das investigações sem prévia quebra de sigilo telefônico é, s.m.j., fazer tábula rasa da proteção da intimidade das pessoas em geral. Nosso ordenamento jurídico não abre espaço a tal “carta branca” à PF ou ao MPF. Evidentemente que, se houver interesse investigado,

será requerida a quebra de sigilo telefônico da linha telefônica e, nessa hipótese, o Poder Judiciário será provocado a emitir uma decisão específica e fundamentada numa situação concreta (TRF3, 3ª Vara Federal em Campo Grande/MS, Autos n.º 0000925-23.2017.4.03.6000, 2017).

Ao passo que acertadamente classifica o extrato telefônico como informação telefônica sensível, o trecho inadequadamente também o situa no mesmo patamar das comunicações telefônicas propriamente ditas. Estas, sim, são objeto de tutela constitucional por força do art. 5º, inciso XII, da Constituição Cidadã, bem como da Lei Federal n.º 9.296/96, exigindo-se para afastamento de seu sigilo decisão judicial específica e devidamente fundamentada. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência majoritárias há muito têm reconhecido que o termo “comunicações telefônicas”, contido no texto constitucional, diz respeito aos diálogos travados através de aparelho telefônico, ou seja, às conversas propriamente ditas (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p.772). Por corolário lógico, não estão incluídos na abrangência do termo os dados telefônicos, cujo caráter estático permite situá-los em patamar diverso das comunicações telefônicas, merecedor de proteção jurídica distinta. Eis como se manifesta o Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

A quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e os números das linhas chamadas e recebidas, não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela Lei 9.296/96 (...) e ressalvadas constitucionalmente tão somente na investigação criminal ou instrução processual penal (STJ, 5ª T., MS n.º 17.732/MT, DJe 19/09/2005).

A quebra de sigilo para acesso aos dados telefônicos, portanto, deve se dar pelo cumprimento de requisitos muito menos rigorosos, o que se compatibiliza com o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, é necessário avaliar o que de fato os dados telefônicos representam para a intimidade e a privacidade de seus titulares, sopesando seu significado com os elementos que fundamentam a necessidade de seu acesso no bojo das medidas cautelares usualmente requeridas pelos órgãos investigadores.

Identificar pontos de equilíbrio e consenso, no exercício da jurisdição, quando confrontados dois valores constitucionalmen-

te protegidos é sempre tarefa das mais delicadas. O êxito da decisão mais acertada, entretanto, parece estar relacionado a uma busca mais profunda pela compreensão sobre o real significado dos elementos em debate. Tudo para que se possa aferir, no caso concreto, a existência de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito para a aplicação da medida invasiva. Neste ponto, portanto, é extremamente necessário discutir os conceitos e a abrangência dos termos *sigilo das comunicações telefônicas*, *sigilo de dados telefônicos* e *dados cadastrais*, traçando com clareza as cruciais distinções entre eles.

2.1 SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS E DADOS CADASTRAIS – DISTINÇÕES CRUCIAIS

Uma vez traçada a hipótese de que a raiz do problema aqui debatido se traduz em compreensões inadequadas acerca do conceito de *dados telefônicos*, é de se esperar que uma solução válida seja construída sob os alicerces de uma análise ontológica desse meio de prova, fixando-lhe uma definição clara e medindo o grau de violação que o seu acesso representa à intimidade. Salutar ainda, nesse caminho, realçar as claras distinções existentes entre as comunicações telefônicas, os dados telefônicos e os dados cadastrais, todos eles termos que necessariamente gravitam em torno da aplicação da medida cautelar de interceptação telefônica.

Perceba-se, desde já, nítida gradação no grau de invasão que cada um dos termos representa para a intimidade da pessoa investigada, sendo a quebra de sigilo das comunicações telefônicas muito mais invasiva do que a mera quebra de sigilo dos dados telefônicos; o acesso a estes, por sua vez, é medida mais gravosa do que a simples obtenção de dados cadastrais pelos órgãos investigativos. A percepção a respeito destes níveis de violação à intimidade são de extrema importância na aferição da proporcionalidade da aplicação da medida, no caso concreto.

Principiemos com as comunicações telefônicas, cujo sigilo é constitucionalmente protegido por força do inciso XII (parte final) do art. 5º da Constituição da República. O mesmo dispositivo estabelece ainda cláusula de reserva de jurisdição, na medida em que impõe a necessidade de ordem judicial para a referida quebra de sigilo, que

se dará nas hipóteses e na forma estabelecida por lei regulamentadora (no caso, a Lei de Interceptações Telefônicas – Lei n.º 9.296/96), com a finalidade de instruir investigação criminal ou ação penal.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, os avanços tecnológicos têm operado a ampliação do conceito de comunicação telefônica, que hodiernamente abarca toda a emissão/recepção de sinais (aqui incluídos ligações convencionais, ligações por meio de aplicativos, mensagens tipo SMS, mensagens de texto ou áudios encaminhados via aplicativo) entre interlocutores através de aparelho telefônico fixo ou móvel. Comentando tais transformações conceituais e as suas repercussões no campo normativo, ensinam Gomes e Maciel (2018, p. 56):

A telefonia hoje, em suma, conta com um conceito muito mais amplo que antigamente. A locução “comunicação telefônica”, em consequência, está enriquecida. Não é simplesmente a conversação dos provectoros anos 1960, senão a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio da telefonia, estática ou móvel – (celular).

Perceba-se a amplitude do conceito, permanentemente crescente na medida em que novas ferramentas tecnológicas são implementadas ao cotidiano de nossas comunicações. Tal amplitude não deteriora o sentido da norma constitucional, que objetiva salvaguardar a intimidade a privacidade de quem se comunica (interlocutores), garantindo que um terceiro desautorizado (agente interceptador) não tenha acesso ao conteúdo daquilo que se quis comunicar.

Um dos elementos distintivos da comunicação telefônica é a sua *instantaneidade*. Uma conversa telefônica ocorre em um determinado espaço de tempo após o qual, caso não tenha sido interceptada ou de outro modo registrada, passa a existir tão somente na memória de seus interlocutores. Tal característica peculiar foi bem notada por Ferraz Junior (1993, p.449), ao indicar os motivos pelos quais o texto constitucional (art. 5º, inciso XII), a partir da expressão “salvo, no último caso”, distinguiu a comunicação telefônica dos outros gêneros contidos no mesmo inciso (correspondência, comunicação telegráfica e comunicação de dados). É de se admitir: uma carta, uma mensagem telegráfica ou uma planilha com dados bancários, ainda que não sejam

objeto de violação no momento de sua comunicação (no íterim do *processo comunicativo*), podem ser posteriormente acessados – o que é logicamente impossível com as comunicações telefônicas que não tenham sido, ao passo que interceptadas, preservadas.

Os aspectos peculiares das comunicações telefônicas são, como se percebe, o próprio fundamento da especial proteção que lhes é garantida pela Constituição. As mesmas salvaguardas não se estendem, entretanto, aos dados que as concessionárias de telefonia registram para cada uma das comunicações efetivadas através do aparelho telefônico, sobretudo porque o grau de profundidade das informações que podem revelar é muito inferior ao de uma conversa telefônica interceptada. O acesso aos dados telefônicos representa, portanto, invasão comparavelmente menos gravosa à esfera da intimidade.

Os dados telefônicos, embora intimamente relacionados às comunicações por telefone, possuem natureza nitidamente diversa. São os registros guardados pela operadora de telefonia relativos à cada utilização de determinada linha por ela servida, contendo essencialmente: (a) o número “chamante” e número chamado; (b) os dados sobre data, horário e duração da comunicação; (c) indicação do tipo de comunicação (chamada de voz ou mensagem tipo SMS); (d) identificação da estação rádio-base (ERB) utilizada pela linha cujo sigilo foi quebrado em cada uma das comunicações. É tecnicamente possível e, na prática, bastante comum que os registros telefônicos também contenham (e) dados identificadores do aparelho telefônico associado à linha alvo da quebra de sigilo em cada uma das comunicações (Imei do aparelho utilizado).

De plano, os dados telefônicos já se distinguem da comunicação telefônica pelo seu caráter estático, vestigial; dados obrigatoriamente colhidos e preservados pelas operadoras de telefonia, independentemente da vontade dos usuários das linhas telefônicas. Nesse sentido, dados telefônicos são meramente os vestígios deixados pelas comunicações telefônicas, com elas em nada se confundindo, assim como não se confundem o ato de caminhar na praia com as pegadas deixadas na areia.

A natureza vestigial dos dados telefônicos permite situá-los na categoria doutrinária das *fontes de prova*. As distinções terminológicas

entre *fonte* de prova, *meio* de prova e *meios de investigação* de prova são realizadas nas lições de Antônio Magalhães Gomes Filho:

Os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo. Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo) (GOMES FILHO, 2005. Destaques no original).

Nesse sentido, é válido pensar nos dados telefônicos como fonte de prova. Já o procedimento para sua obtenção – qual seja, o acesso a dados telefônicos de que trata o presente trabalho – pode ser entendido como um meio de investigação de prova ou, na expressão consagrada pelo texto legal, meio de obtenção de prova.

Com extrema relevância às investigações criminais da atualidade, o acesso a dados telefônicos foi elencado no art. 3º, inciso IV, da Lei n.º 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado). Válido lembrar, a propósito, as prescrições do art. 17 do mencionado diploma legal:

As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais (BRASIL, 2013).

Tal obrigatoriedade na preservação dos dados telefônicos de todos os cidadãos/usuários nos concede um vislumbre de sua importância como meio de prova em potencial. Além disso, reforçam a sua distinção em relação às comunicações telefônicas, cuja preservação só se pode garantir através da interceptação. Esta, por sua vez, só se efetiva a partir do procedimento previsto em lei, obedecidos os limites constitucionalmente demarcados, conforme já comentamos.

Reconhecendo as distinções entre comunicação telefônica e dados telefônicos, o Supremo Tribunal Federal restringiu a interpretação da garantia constitucional plasmada no art. 5º, XII, às comunicações em si (a exemplo da comunicação telefônica e comunicação de dados):

Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do art. 5.º, XII, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados (STF, HC 91.867/PA, DJe 20/07/2012).

Assumindo a premissa de que os dados telefônicos não gozam da mesma proteção constitucional dada às comunicações telefônicas, cabe discutir em que medida nosso ordenamento jurídico os protege. Um olhar mais detido sobre os dispositivos legais (artigos 15 e 17 da Lei n.º 12.850/13) revela que não se concedeu permissão para acesso direto aos dados telefônicos, sem autorização judicial, tal e qual se fez com os dados cadastrais, ao delegado de polícia e ao membro do Ministério Público. Tal interpretação conta com defesa de Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 863):

(...) quando o dispositivo diz que as concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição do Delegado de Polícia e do Ministério Público, os registros de identificação das ligações telefônicas, fica a impressão de que este acesso poderia ocorrer independentemente de prévia autorização judicial. Todavia, fosse esta a intenção do legislador, o acesso ao registro das ligações telefônicas independentemente de prévia autorização judicial já teria sido inserido no bojo do art. 15, sem que houvesse a necessidade de tratar da matéria em outro dispositivo legal.

Não se pode negar que os dados telefônicos sejam informação revestida de sigilo, cujo teor inegavelmente se conecta à intimidade e à privacidade dos titulares das linhas telefônicas neles contidas, portanto digno da salvaguarda insculpida no art. 5º, X, da Constituição (cláusula geral de resguardo da intimidade). Nesse sentido, o seu acesso pelos órgãos de investigação só pode se dar com o cumprimento de determinados requisitos e sempre orientado pelo princípio da proporcionalidade. Tais requisitos, entretanto, devem ser muito menos exigentes do que aqueles previstos para a interceptação telefônica, na mesma proporção em que o acesso aos dados telefônicos é muito menos invasivo à intimidade dos investigados.

A gradação proporcional nos requisitos para acesso aos meios de prova, estabelecida de acordo com a invasão que representam à intimidade e à privacidade das pessoas, é bem notada quando se percebe

como se dá o acesso aos dados cadastrais. Sendo eles dados bem mais superficiais, a revelar apenas “a qualificação pessoal, a filiação e o endereço” (art. 15 da Lei n.º 12.850/13) constantes nos bancos de dados de instituições públicas ou privadas, as barreiras impostas ao seu acesso são bem menos exigentes. Com efeito, o único requisito estabelecido pela legislação diz respeito a quem estaria autorizado tal acesso: delegado de polícia e Ministério Público. Isso porque os dados cadastrais, obviamente, não poderiam permanecer à disposição para consulta por toda e qualquer pessoa, sob pena de não se garantir um mínimo de privacidade aos seus titulares. Ainda que se entenda o caráter privativo de dados como nome completo, número de CPF, RG e data de nascimento, a superficialidade de tais informações justifica a possibilidade de seu acesso direto pelos órgãos envolvidos na persecução penal, cuja atuação presumidamente se dá a bem do interesse público.

Resta asseverar que os dados telefônicos, ante a sua natureza distinta, não estão abarcados no conceito de *comunicações telefônicas* e, por consequência, o seu acesso não se submete à disciplina prevista pela Lei n.º 9.296/96 (Lei de Interceptações Telefônicas). Ainda assim, uma vez que são dados essencialmente sigilosos, protegidos pela cláusula geral de proteção à intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal), o acesso aos dados telefônicos deve ser feito sempre mediante autorização do Poder Judiciário, que sopesará a proporcionalidade da medida invasiva no caso concreto.

O grau de abstração e relatividade de certos conceitos jurídicos – a exemplo da *proporcionalidade* – nem sempre permitirá a construção de uma representação fidedigna a partir de gráficos ou esquemas matemáticos. A título meramente ilustrativo, todavia, é possível construir um gráfico a partir da seguinte premissa: quanto maior o grau de violação à intimidade representado por determinada medida (eixo *x*), maiores deverão ser as restrições e o controle judicial para a utilização dessa medida (eixo *y*).

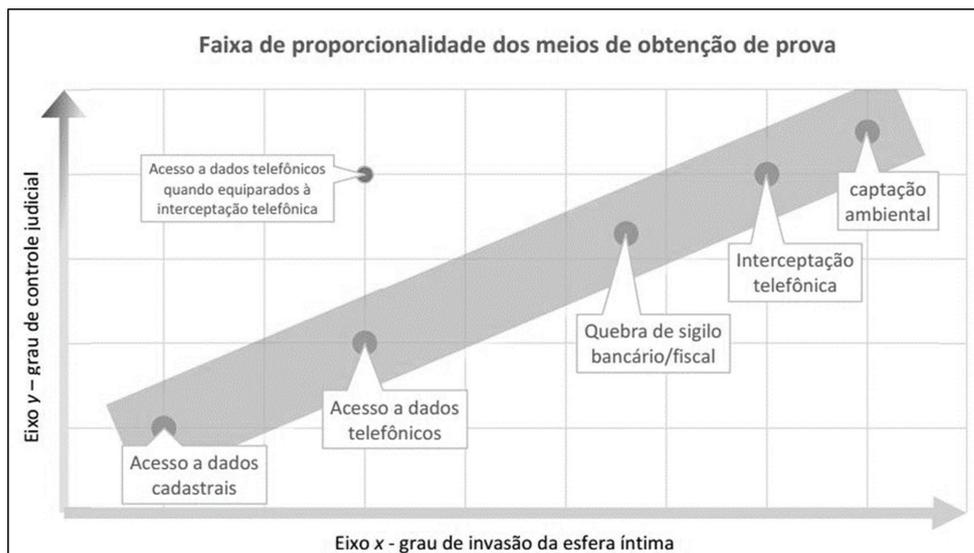


Fig. 1 – Faixa de proporcionalidade dos meios de obtenção de prova.

Cada meio de obtenção de prova indicado acima pode ser situado em uma escala gradual de acordo com a violação à intimidade que representa à pessoa investigada. De igual sorte, as restrições e o controle judicial para a utilização de tais medidas são graduadas de forma diretamente proporcional àquele mesmo grau de violação. Nesse sentido, torna-se possível indicar uma *faixa de proporcionalidade* em cujos limites deve residir cada uma das medidas, de acordo com a sua natureza.

Fora da indicada *faixa de proporcionalidade*, temos duas zonas igualmente indesejáveis: uma em que há proteção deficiente dos direitos e garantias fundamentais (representada pela utilização de medidas invasivas sem a devida intervenção do Judiciário, por exemplo); e outra em que há uma super-proteção da intimidade, com um controle judicial exacerbado cerceando as possibilidades de produção probatória. Nesta última zona estaria situada, como vemos, o acesso aos dados telefônicos quando estes são equivocadamente equiparados às interceptações telefônicas.

2.2 NEGATIVA DE ACESSO A DADOS TELEFÔNICOS E PREJUÍZOS AOS TRABALHOS INVESTIGATIVOS

Nos primeiros dez anos de vigência da Lei n.º 9.296/96, a quebra de sigilo das comunicações telefônicas parecia ser ferramenta imbatível para a produção probatória nas investigações mais complexas.

Muito mais presente nos filmes e no imaginário popular do que na vida cotidiana, a ideia de que os diálogos travados pelo telefone pudessem estar sendo captados por um órgão investigativo não parecia, àquela época, tão real quanto o é atualmente. A expectativa de privacidade, nesse sentido, era muito maior quando a técnica excepcional do monitoramento telefônico ainda era pouco conhecida, o que redundava em maiores chances de sucesso na captação de diálogos elucidativos e úteis às investigações. Os dias atuais, entretanto, apresentam desafios muito maiores à aplicação da medida: já em muito conhecedora da técnica investigativa, a criminalidade organizada de agora é previdente da possibilidade de sua aplicação, pelo que costuma adotar rigorosas cautelas em suas rotinas de comunicação. Além disso, a profusão de novas ferramentas de comunicação digital disponíveis tem tornado a ligação telefônica convencional a cada dia mais dispensável, já sendo sinalizada certa “obsolescência da interceptação telefônica na era pós-internet” (LOPES JR; COLLI, 2017):

O desafio para as autoridades e protagonistas judiciais, pela questão apresentada, certamente, é grande. (...) Novas soluções, processualmente válidas e que respeitem as regras do jogo, precisarão ser repensadas no processo penal do momento pós-internet.

Uma vez que busca perpetrar suas ações impunemente, é natural que o crime organizado procure se furtar à atuação dos órgãos investigativos e, nesse passo, parece ser crucial evitar que as comunicações de seus membros sejam interceptadas e futuramente constituam provas das práticas delitivas. Dessa necessidade surgem os mais diversos estratagemas, aplicados nos limites insondáveis que a tecnologia e a imaginação possam conceber: utilização de telefones via satélite, aparelhos e/ou aplicativos com criptografia, servidores de aplicação sem representação em território nacional, descarte contínuo de linhas e linguagem cifrada, para citar apenas os exemplos mais corriqueiros. Muito embora se reconheçam inúmeras possibilidades de comunicação telefônica de difícil interceptação destinadas a práticas delitivas, a quebra de sigilo telefônico é, ainda nos dias atuais, ferramenta da qual os órgãos de persecução penal não podem prescindir no combate ao crime organizado. Exemplo mais notável é o das facções criminosas brasileiras: muitas delas comandadas do interior dos estabelecimentos penais, mantêm verdadeiras “centrais telefônicas” e adotam o aparelho

celular como “uma das mais importantes armas” (MARINHO, 2019, p.29) em seu funcionamento orgânico.

Não obstante o avanço tecnológico das últimas décadas, a linha telefônica ainda é, inegavelmente, o canal convencional de comunicação do qual a esmagadora maioria das pessoas ainda se serve na vida cotidiana. Com efeito, um grande traficante de cocaína dificilmente tratará de negócios a partir de seu telefone celular; poderá utilizar o aparelho, entretanto, para a prosaica tarefa de pedir uma pizza. Mas em que seria útil, para fins probatórios, diálogo entre um investigado e a sua pizzeria preferida? Ora, desse único e singelo contato já se poderiam extrair informações relevantes, por exemplo: o endereço em que o investigado se encontra e pessoas que estejam em sua companhia (vozes ao fundo). Em investigações mais sensíveis, a mera captação da voz de alguns investigados já é evento de difícil ocorrência. Tudo para dizer que não se pode subestimar, mesmo diante de notória preferência pelo uso de aplicativos de mensagens instantâneas (a exemplo do *Whatsapp* e do *Telegram*), a importância da interceptação telefônica como ferramenta investigativa e meio excepcional de obtenção da prova, mormente nas complexas investigações de combate ao crime organizado.

Nesse norte, o acesso aos dados telefônicos é meio de obtenção de prova igualmente imprescindível às investigações envolvendo criminalidade organizada. Nada impede que a ferramenta seja utilizada de forma independente da interceptação telefônica, o que é plenamente possível porque, como já exposto, ambos os meios de obtenção de prova não se confundem. Na grande maioria dos casos concretos, entretanto, interceptação das comunicações telefônicas e acesso aos dados telefônicos são ferramentas complementares e, em certa medida, também codependentes. Atestar tais relações de complementariedade e codependência entre as ferramentas só parece possível, entretanto, a partir do exame da casuística dos procedimentos investigativos.

Ao examinar como se desenvolvem as investigações relacionadas ao crime organizado, percebe-se que os elementos inaugurais de informação (ou a hipótese criminal inicial) dificilmente apontarão detalhes sobre a estrutura da organização, a indicação da quantidade de integrantes, ou mesmo os limites territoriais de sua atuação. Não se

costuma partir de dados já conhecidos para, a partir das ferramentas de investigação, apenas constituir conjunto probatório hábil à propositura da ação penal. Investigar crime organizado é, regra geral, partir do desconhecido. É, a partir da hipótese inicial, paulatinamente lançar luz sobre uma intrincada rede dedicada a práticas criminosas, aos poucos desvelando quem são seus integrantes, como se relacionam entre si, quais suas posições no organograma do grupo. Sendo natural que um dos objetivos dos procedimentos investigativos seja justamente a indicação de membros até então não identificados, cuja atuação era oculta, mais natural ainda é a utilização de ferramentas legalmente previstas que possibilitem tal identificação e permitam os avanços necessários ao deslinde da trama criminosa. E o acesso a dados telefônicos é uma das ferramentas imprescindíveis a tais avanços.

Socorremo-nos novamente aqui de um exemplo hipotético e ilustrativo. Consideremos uma investigação cujo objetivo central seja frear a atuação de portentosa organização criminosa dedicada ao tráfico internacional de drogas, grupo numeroso, estratificado e adepto de redobradas cautelas na comunicação entre seus membros. Nessa investigação hipotética, lança-se mão de diversos meios excepcionais de obtenção de prova previstos na Lei n.º 12.850/13, entre eles a medida cautelar de interceptação telefônica. Em um dado momento, capta-se ligação em que o investigado João, líder da organização, conversa com um indivíduo não identificado e transmite-lhe mensagem aparentemente cifrada, com suspeita de estar relacionada à logística de transporte da droga: *“Vai ser do mesmo jeito de antes. Só do meio pra frente que muda. A partir de agora, só no outro, beleza? Falou”*. A partir dessa ligação, não se captaram outras conversas do investigado João, tudo indicando que tenha descartado a linha telefônica monitorada. Resta aos investigadores, na tentativa de interromper o curso da ação criminosa, a busca por dados que possam revelar a identidade do interlocutor de João. Logo após a ligação, os dados cadastrais da linha utilizada pelo interlocutor são solicitados à concessionária de telefonia, sendo a resposta recebida no dia seguinte: a linha fora habilitada poucos dias antes da ligação, registrada no CPF de uma idosa senhora falecida há três meses, sem a mínima vinculação aparente com os investigados. Ideologicamente falsos, os dados cadastrais não revelaram informação útil à qualificação do interlocutor.

O próximo passo dos investigadores seria, obviamente, analisar os dados telefônicos (registros de chamada) da linha utilizada pelo interlocutor desconhecido, contato direto do líder do grupo criminoso investigado. A requisição de tais dados poderia ser feita diretamente à operadora de telefonia, objetivando a necessária celeridade, vez que as ações da organização pareciam estar em pleno curso. Frustrado, entretanto, o intento dos investigadores. Apesar de requisitada, a medida de acesso direto aos dados telefônicos dos interlocutores não foi autorizada pelo juízo que deferiu a medida cautelar de interceptação telefônica. Entenderam o Ministério Público e o Judiciário ser necessária nova representação para acesso aos dados telefônicos do interlocutor desconhecido, presumidamente inocente, cuja intimidade poderia ser injustamente violada com o acesso ao seu histórico de chamadas. Segue-se a produção do auto circunstanciado pelos investigadores, da representação pela autoridade policial, da manifestação pelo Ministério Público e, finalmente, da decisão judicial, reconhecendo tardiamente a óbvia necessidade de acesso aos dados telefônicos. Todo o trâmite consome três dias, intervalo dentro do qual o transporte da carga ilícita foi provavelmente realizado, pelo que indicam as ERBs registradas para a linha do interlocutor desconhecido (deslocamento da cidade fronteira de Aral Moreira/MS até Ribeirão Preto/SP). Nos dias que se seguem, nada mais se capta na interceptação das linhas, aparentemente descartadas. Apesar de tudo, o investigado João continua a demonstrar claros sinais de evolução patrimonial, que parece crescer na mesma proporção da frustração da equipe de investigadores responsável pelo seu monitoramento.

Concedidas as vênias pelo tom dramático, os obstáculos apresentados no exemplo hipotético são exatamente aqueles com os quais inúmeras investigações de combate ao crime organizado têm se deparado cotidianamente. As negativas de acesso a dados telefônicos se justificam, na maioria das vezes, pela – até legítima – preocupação em preservar a intimidade e a privacidade de pessoas não envolvidas nas práticas criminosas investigadas. Tal preocupação, entretanto, ao menos no exemplo hipotético, divorcia-se da proporcionalidade na medida em que, desconsiderando as circunstâncias do caso concreto, dá contornos absolutos à garantia da intimidade. Decisões judiciais negando acesso a dados telefônicos, alimentando-se de entendimentos imprecisos sobre o grau de invasão na esfera íntima que de fato repre-

sentam, têm reiteradamente soterrado as expectativas de sucesso nos trabalhos investigativos de combate ao crime organizado. Na mesma medida em que o Poder Judiciário estabelece uma proteção desproporcional à intimidade, ganham força os argumentos do chamado *garantismo penal integral*, movimento doutrinário que procura incluir a “necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade” (FISCHER, 2009), aos postulados garantistas originalmente concebidos pelo jusfilósofo Luigi Ferrajoli.

3. ACESSO A DADOS TELEFÔNICOS POR AUTORIZAÇÃO JUDICIAL INESPECÍFICA – VIOLAÇÃO DE GARANTIAS OU ANTEPARO GARANTIDOR?

Procedimentos investigativos direcionados à criminalidade organizada, como vimos, são permeados por dificuldades excepcionais no que diz respeito à obtenção de elementos informativos. Aí reside um dos fundamentos da possibilidade de aplicação, conforme prevê a legislação vigente, das medidas especiais de coleta probatória, entre as quais o acesso a dados telefônicos aqui se destaca. A previsão contida na Lei de Crime Organizado (art. 3º, inciso IV, parte inicial) torna-se vazia, entretanto, quando não se permite, no caso concreto, a sua aplicação em celeridade equivalente à instantaneidade com que se desenrolam os fatos investigados.

Sensível às peculiaridades desses procedimentos, parcela do Judiciário tem permitido aos órgãos de investigação que, no transcorrer da implementação da medida de interceptação telefônica, possam solicitar dados telefônicos (históricos de chamada) diretamente às concessionárias de telefonia, das linhas utilizadas por interlocutores dos investigados e quaisquer outras surgidas no âmbito das investigações. A partir de consulta direta às operadoras, nesse cenário, ficam os investigadores autorizados a receber os registros de chamadas de linhas telefônicas cuja quebra de sigilo não tenha sido especificamente decretada na medida cautelar, mas que guardem relação direta com outras linhas já monitoradas ou com o objeto das investigações.

Adotando posição oposta, outro setor do Judiciário entende que não há respaldo jurídico para deferimento de uma autorização

genérica aos órgãos de persecução penal que os permita a requisição direta de dados telefônicos durante as investigações. Tal parcela – com a qual às vezes faz coro o Ministério Público – sustenta não ser lícita a entrega de um “cheque em branco” aos órgãos de investigação para acesso a dados recobertos por sigilo telefônico sem que exista autorização judicial prévia e específica. Em defesa da posição, costumam-se perfilar os seguintes argumentos: (a) os dados telefônicos (registros de chamada), muito embora não contemplem o conteúdo das comunicações telefônicas, são dados sigilosos e recobertos pela proteção constitucional garantida pelo art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, portanto protegidos pela cláusula de reserva de jurisdição, restando assim exigida prévia, específica e fundamentada decisão judicial para quebra de sigilo. Argumenta-se também que (b) o pedido de acesso aos dados telefônicos sempre poderá ser submetido à apreciação do Judiciário, no sentido de que a ausência de uma autorização inespecífica para seu acesso direto pelos investigadores não redundará em obstáculo definitivo ao alcance desse meio de prova; a autorização inespecífica, aliás, retiraria do Judiciário a tarefa de avaliar, em cada situação concreta, a pertinência na utilização da medida invasiva. Além disso, (c) o acesso aos dados telefônicos de quaisquer linhas identificadas como interlocutores dos investigados abriria espaço para a violação da privacidade de pessoas não investigadas, sem relação com os fatos apurados no procedimento dentro do qual a medida foi autorizada, fragilizando garantias constitucionais de terceiros não relacionados às práticas criminosas e/ou sequer mencionados nas investigações. Isso porque o fato de se comunicar com um investigado, usuário de uma linha interceptada, não alça o interlocutor, a princípio, à categoria de pessoa suspeita/investigada. Considera-se ainda, como quarto argumento, (d) a possibilidade de abusos por parte dos agentes públicos que estejam à frente das investigações, que poderiam acessar, ao seu talante, dados telefônicos de linhas completamente alheias ao contexto do apuratório; dados sigilosos e sensíveis, nesse sentido, poderiam ser utilizados para finalidades diversas daquelas originalmente autorizadas, prestando-se a propósitos espúrios em desvios funcionais ou, ainda, em hipótese extrema, usados em práticas criminosas perpetradas pelos próprios agentes públicos.

Não há como desprezar a força dos argumentos listados, cuja linha orientadora, fácil perceber, está na preocupação em manter hígi-

dos os preceitos constitucionais garantidores da proteção à intimidade e à privacidade. Nítido, ainda, o cuidado com a regularidade processual dos complexos procedimentos envolvendo investigações sensíveis, evitando áreas cinzentas e dúbias, passíveis das mais diversas interpretações. Em se reconhecendo, nas instâncias superiores, algum excesso e a respectiva ilicitude das provas produzidas, seriamente prejudicado todo o conjunto probatório amealhado com muito custo durante as investigações. A força de tais argumentos, entretanto, parece ceder quando se examina a questão à luz daquilo que acontece no mundo dos fatos. A realidade demonstra que o acesso aos dados telefônicos, quando no curso das investigações de repressão ao crime organizado, serve muito mais como barreira adicional a violações mais drásticas da intimidade (anteparo garantidor) do que como temerário “cheque em branco” nas mãos dos investigadores.

3.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS

O sigilo dos dados telefônicos, diferentemente do sigilo das comunicações telefônicas, recebe a proteção jurídica emanada da cláusula geral de proteção à intimidade e à privacidade, contida no inciso X do art. 5º de nossa Constituição. Não se submete, nesse sentido, a todos os rigores do procedimento previsto na Lei de Interceptações Telefônicas, muito embora se reconheça que sua quebra não pode se dar sem qualquer intervenção do Poder Judiciário. O acesso aos registros de chamadas representa certa invasão – ainda que menos gravosa – na esfera da intimidade e da privacidade do titular da linha telefônica, sendo essas garantias perfeitamente passíveis de relativização. Não se pode, a pretexto de preservação da privacidade, permitir que sob seu manto sejam perpetrados toda a sorte de malfeitos ou que o crime organizado esteja blindado contra ações repressivas do Estado. Na busca pelo ponto de um equilíbrio axiológico em conformidade com o texto constitucional, a quebra de sigilo de dados telefônicos deverá sempre estar orientada, no caso concreto, pelo princípio da proporcionalidade.

Por proporcionalidade (ou razoabilidade) entende-se, de acordo com Uadi Lammego Bulos, “o bom senso, a prudência, a moderação” (BULOS, 2015, p.461), medidas “imprescindíveis à exegese de

toda e qualquer norma constitucional”. Avalia-se a proporcionalidade na aplicação da medida (autorização para acesso a dados telefônicos) a partir dos critérios de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. A medida será adequada se existir coerência entre os meios empregados e o fim a que se destinam, ou seja, a invasão da privacidade representada pelo acesso aos dados telefônicos deve ser medida adequada à gravidade dos crimes que se pretende reprimir. Já a necessidade retoma a ideia de *ultima ratio*, utilização da medida invasiva apenas e tão somente quando estritamente necessário, nas hipóteses em que a utilização de outros meios menos gravosos não esteja recomendada. Necessária ainda a avaliação da proporcionalidade em sentido estrito, etapa em que se deve ponderar, avaliando o caso concreto, se as restrições à garantia constitucional da privacidade de fato se destinam à consecução de objetivos e interesses que a sobrepujam.

O acesso aos dados telefônicos, avaliada a sua natureza enquanto elemento de informação, representa invasão pouco representativa à intimidade, principalmente se comparada a outras ferramentas de coleta probatória. Considerando o cenário de investigações de combate à criminalidade organizada, dificilmente o acesso a registros de chamada telefônica seria medida desproporcional, mormente se considerada a importância dos outros bens jurídicos colidentes com a garantia de privacidade (vida, segurança, saúde pública) e a gravidade das infrações penais geralmente associadas ao crime organizado da atualidade (tráfico de drogas, roubos, sequestros, homicídios).

Não se nega, repita-se, a obrigatoriedade de intervenção do Poder Judiciário para afastamento do sigilo de dados telefônicos. Tratando-se de informação sensível, que tangencia a esfera da privacidade e, dessa forma, relaciona-se às garantias fundamentais, imperioso que seu acesso se dê a partir de autorização judicial. Isso não quer dizer, entretanto, que a ordem judicial precise listar especificamente toda e qualquer linha cujo extrato de chamadas se constitua como elemento informativo de importância a investigações em curso – sobretudo nos procedimentos mais complexos no bojo dos quais outras medidas cautelares já estejam deferidas. Pode a natureza do caso concreto exigir que a decisão judicial seja inespecífica quanto as linhas que se permite consultar, plenamente possível que o controle se dê *a posteriori*, quando o resultado de tais consultas estiver materializado em relatório do órgão investigativo.

No curso do procedimento investigativo, a aplicação da medida cautelar de afastamento de sigilo de dados telefônicos deve ser acompanhada e controlada pelo Poder Judiciário, ganhando relevo a nova figura do juiz das garantias, sob cujo crivo passarão não apenas os pedidos apresentados pelos órgãos de investigação, mas também a lisura na execução da medida deferida. O dever de controle do juiz das garantias não se resumirá na decisão que autorize acesso aos dados telefônicos – ainda mais em se tratando de decisão inespecífica –, mas necessariamente acompanhará a execução da medida, garantindo que seus resultados tenham sido obtidos dentro dos limites da licitude. Tal dever de acompanhamento na execução das medidas invasivas, mesmo antes da criação do juiz das garantias pela Lei n.º 13.964/2019, já era salientado por Geraldo Prado (2017, p.599): “(...) o controle de legalidade que o juiz exercita sobre os métodos ocultos de investigação se estende à execução concreta das medidas deferidas judicialmente, não podendo ficar restrito ao exclusivo exame da legalidade da própria decisão”.

Os casos concretos, todavia, impõem o reconhecimento da impossibilidade material de que o Judiciário acompanhe cada mínimo passo das investigações. Considerados o ritmo e as particularidades das investigações atuais, tornar-se-ia necessário, dentro de um único período de quinze dias de monitoramento telefônico, apresentar inúmeras representações policiais pela quebra do sigilo de dados telefônicos, caso se exija uma autorização judicial específica para as linhas cujos dados telefônicos se pretenda acessar. Concretizada tal hipótese, restariam inviabilizados os trabalhos investigativos nos quais o acesso aos registros de ligações guarde relação de codependência e complementariedade com outros meios de prova empregados. Nesse sentido, Renato Brasileiro:

Enfim, se há abusos e desvios de finalidades, que sejam eles rigorosamente punidos. O que não se pode admitir é a criação de um sentimento indiscriminado de desconfiança em relação à lisura do comportamento do Delegado de polícia e do órgão do Ministério Público, que sempre estariam a depender de autorização judicial para a realização de toda e qualquer diligência investigatória (LIMA, 2020, p. 525).

A possibilidade de provocar a jurisdição inúmeras vezes em poucos dias e obter respostas com a celeridade necessária é uma ficção. É algo

tão impraticável quanto a canalização de todos os recursos humanos e materiais do Judiciário para um único caso. E é exatamente essa ficção que parece sustentar o argumento “b” apresentado nesta seção.

Sendo assim, considerando que os dados telefônicos não gozam da mesma proteção jurídica dada às comunicações telefônicas, é de se admitir que seu acesso possa se dar por meio de uma autorização judicial inespecífica quanto às linhas consultadas, porém criteriosa quanto aos procedimentos para seu acesso (limitação temporal, indicação dos agentes autorizados, exigência de apresentação periódica do extrato de consultas realizadas, por exemplo). Além disso, sempre poderá o juiz (ou juiz das garantias), caso entenda que determinados dados telefônicos foram obtidos em desconformidade com a autorização, reconhecer a irregularidade e determinar o desentranhamento das provas que se tenham produzidas a partir desse acesso irregular, conforme previsão expressa do artigo 157 do Diploma Processual Penal.

No curso de investigação envolvendo crime organizado, decisão judicial que autorize o acesso a dados telefônicos sem necessariamente especificar quais linhas poderão ser consultadas, longe de ser temerário “cheque em branco” nas mãos dos investigadores, serve à necessária celeridade de que precisam se revestir as ferramentas colocadas à disposição dos órgãos de persecução penal. Serve ainda, vale dizer, como um anteparo garantidor, na medida em que se cria um novo degrau indiciário a ser alcançado antes que medidas mais gravosas sejam pleiteadas. Abre-se a possibilidade de que a investigação se desenvolva em um sentido lógico: o uso de medidas menos invasivas precedendo e condicionando a utilização de meios de prova mais invasivos. Exemplificando: após a obtenção dos dados cadastrais de uma linha telefônica e consulta aos sistemas disponíveis, os investigadores, de maneira justificada, passam a solicitar o histórico de chamadas dessa mesma linha à concessionária de telefonia, amparados pela decisão judicial e dentro de seus limites; alcançados, a partir dos dados telefônicos, novos elementos indicando que o usuário da linha consultada de fato esteja enredado nas práticas ilícitas investigadas, abre-se a possibilidade de escalar mais um nível com o pleito pelo emprego da interceptação telefônica.

Se negado o acesso a dados telefônicos aos investigadores, entretanto, as investigações provavelmente se defrontarão com a impos-

sibilidade prática de avanços, esgotadas as ferramentas que lhe permitiriam avançar com a necessária celeridade. Ou, ainda pior, suprimida uma das etapas de coleta de elementos informativos, escalar-se-ia diretamente ao emprego de medidas muito mais gravosas e muitas vezes não tão adequadas. Imaginemos mais esta hipótese: João, líder da organização criminosa investigada, cuja linha telefônica está sendo monitorada, faz contatos suspeitos com quatro outras linhas telefônicas; todos os dados colhidos pela investigação indicam que uma empreitada criminosa orquestrada por João está em pleno curso. Seria teoricamente possível apresentar pedido pela interceptação telefônica das quatro novas linhas contatadas por João, amparando-se em fortíssimos argumentos. Após o deferimento da medida e a interceptação das quatro linhas, descobre-se que duas delas, de fato, estavam sendo utilizadas por comparsas de João nas atividades criminosas por ele lideradas. As outras duas, entretanto, eram utilizadas por familiares de João, sem qualquer relação com suas práticas delitivas. A análise pormenorizada dos dados telefônicos (históricos de chamada) das quatro linhas telefônicas, nesse caso, poderia servir para evitar que estes dois últimos terminais fossem desnecessariamente monitorados.

O exemplo nos mostra como o acesso a dados telefônicos, em investigações de combate ao crime organizado, serve tanto à otimização do trabalho investigativo (interceptação de duas linhas, ao invés de quatro) quanto à salvaguarda da privacidade de pessoas não envolvidas nos crimes investigados (interceptação apenas das duas linhas que se relevaram envolvidas no contexto criminoso). Muito longe de ser um “cheque em branco”, a autorização para acesso a dados telefônicos é, por todas as razões, verdadeiro anteparo garantidor.

As peculiaridades das investigações destinadas à repressão da criminalidade organizada autorizam a utilização de ferramentas diferenciadas, cuja eficácia depende, ainda, de sua aplicação com a necessária celeridade. No curso de casos complexos, necessitam os investigadores do acesso aos dados telefônicos (registros de ligações) com a mesma instantaneidade do dinâmico desenrolar das ações criminosas, entendendo-se plenamente harmonizadas com a Constituição Federal as decisões judiciais que autorizam o seu acesso de maneira inespecífica. O ordenamento jurídico pátrio ampara, sim, as hipóteses em que a natureza do caso recomende a quebra do sigilo de dados de entes inespecíficos, que

só serão conhecidos no transcorrer das investigações (interlocutores, linhas que entram em contato com aquelas já monitoradas ou números surgidos no curso da investigação pelas mais diversas fontes).

3.2 O JOGO DE PERDAS E GANHOS NA ATUAÇÃO DO AGENTE ESTATAL

Na doutrina mais atualizada, tem ganhado espaço a compreensão do processo penal (e também o procedimento investigativo que o precede) a partir de uma conexão mais vívida com a realidade, em alternativa ao estado de “ficcionalização do mundo jurídico-social” e de “déficit de realidade”, há muito denunciados por STRECK (2006), presente em alguns trabalhos doutrinários. Representando uma doutrina renovada, o professor Alexandre Morais da Rosa apresenta, em seu Guia de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos, um esquema teórico que permite entender a interação dos diversos atores do sistema de persecução penal, aqui incluída a etapa da investigação preliminar. Nesse sentido, um procedimento investigativo – “o grande palco do Processo Penal” (ROSA, 2020, p. 336) – também poderia ser visto como um jogo no qual as ações dos atores envolvidos são movidas por recompensas (*payoffs*). Entender quais seriam as recompensas perseguidas por investigadores, pelos acusadores (Ministério Público) e pelo julgador (juiz de garantias) é um dos caminhos para compreender com mais profundidade o problema aqui apresentado, debatendo-o a partir de nova perspectiva e propondo soluções mais conectadas à realidade.

Durante investigações em que haja emprego das técnicas excepcionais aqui debatidas (interceptação das comunicações e acesso a dados telefônicos), os pedidos partirão da autoridade policial ou do Ministério Público e serão submetidos ao crivo do juiz das garantias. De acordo com a Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal, cada um dos pedidos poderia ser compreendido como um *round* ou um subjogo (ROSA, 2020, p.93), uma pequena parte de todo o procedimento investigativo, ou seja, do jogo completo. A cada pedido, os investigadores manifestam o desejo pelo deferimento das medidas excepcionais, ferramentas que lhe servem à apresentação de resultados nas investigações. A principal recompensa buscada pelos investigadores, na visão de André Luiz Bermudez, é o “desvelamento do fato

oculto, com a comprovação da existência (ou inexistência) do evento criminoso, bem como de sua autoria, havendo o delito” (BERMUREZ PEREIRA, 2020, p. 223). Nas investigações de repressão ao crime organizado, em particular, tais recompensas podem ser percebidas como a interrupção das práticas criminosas da organização (efeito imediato do trabalho policial) e a constituição de um conjunto probatório robusto que permita a responsabilização penal de seus membros (efeito posterior). Some-se a isso – como recompensas externas dignas de consideração – os efeitos que uma investigação considerada como bem-sucedida possa ter na vida funcional dos investigadores nela envolvidos (promoções, prestígio corporativo, reconhecimento social e satisfação pessoal, por exemplo).

A natureza complexa das investigações envolvendo criminalidade organizada traz outros fatores à baila, também merecedores de atenção. É de dizer que também há inegável preocupação – ainda que secundária – dos próprios investigadores com a regularidade processual, uma vez que esta será pressuposto de validade de todo o trabalho desenvolvido no curso da investigação. Em outras palavras: os investigadores também investirão muito de seu tempo para a construção de um caso – por vezes anos, no caso de investigações mais complexas e sensíveis – e estarão cientes de que o sucesso do trabalho dependerá da constituição de um conjunto probatório livre de ilicitudes.

De igual sorte o Ministério Público – quando no papel de quem acompanha a construção do caso para, futuramente, propor a ação penal – não atua apenas com o objetivo de ver acolhidos os pedidos de sua exordial acusatória. Também tem o *Parquet* a preocupação com a regularidade processual, mormente porque as investigações mais complexas também lhe demandam considerável investimento de tempo e recursos humanos. Não se supõe estratégico, por exemplo, investir em casos cujo conjunto probatório é claramente eivado de ilicitudes. Daí se pode compreender quando o próprio Ministério Público se manifesta contrário ao acesso aos dados telefônicos no âmbito de complexas investigações de combate ao crime organizado: evita-se uma área cinzenta, ainda não pacificada, susceptível a questionamentos nas instâncias superiores e a entendimentos que possam arruinar investigações meticulosamente conduzidas ao longo de vários meses e com grandes resultados.

Conhecer como se desenvolve, na prática, a atuação do agente estatal e quais são as recompensas por ele perseguidas no curso das investigações é passo fundamental a que se possa prever, também, as chances de utilização deturpada das ferramentas a ele concedidas. No jogo da investigação contra o crime organizado, o acesso a dados telefônicos só se torna vantajoso ao agente estatal quando é possível fazê-lo licitamente. Não seria estratégico fazer uso de uma ferramenta que, embora possa auxiliar a consecução de um fim imediato, poderá arruinar as possibilidades de sucesso na consecução do objetivo principal. Nesse sentido, é de se pensar que o acesso aos dados telefônicos, embora importante meio de obtenção de prova, só se torna interessante ao agente estatal quando sua utilização representa mais ganhos do que perdas. Ainda que tal agente público se veja tentado ao uso de atalhos ou manobras ilícitas para a consecução dos objetivos previstos na investigação, a possibilidade real de ruína de todo o conjunto probatório torna tal opção inviável e pouco estratégica. Isso porque:

(...) fica evidente que a busca de atalhos durante a investigação criminal, ainda que fundamentado em boa-fé do agente público, pode desencadear grave dano à persecução criminal. O assanho do agente público na produção da prova e na resolução rápida do delito ocasiona, por vezes, um gerenciamento equivocado da investigação criminal, produzindo provas em desacordo com os preceitos constitucionais e promovendo a contaminação dos atos investigatórios e processuais futuros, mormente em face do princípio da vedação da prova ilícita por derivação (BERMUDEZ PEREIRA, 2020, p. 202).

A possibilidade concreta de que todos os dados telefônicos solicitados pelos investigadores sejam auditados pelo Ministério Público (quando solicitados pela Polícia Judiciária) e pelo Judiciário também reduz as chances de utilização indevida da ferramenta. Além disso, as informações relevantes às investigações que tenham sua origem na pesquisa aos dados telefônicos necessariamente se submeterão aos rigores da cadeia de custódia aplicada a todo o conjunto probatório, ou seja, deverão os investigadores, junto com o relatório em que apontam as conclusões advindas da análise dos dados telefônicos, apresentar a íntegra das planilhas obtidas nas concessionárias de telefonia. Devem tais arquivos permanecer disponíveis, como anexo dos autos circuns-

tanciados ou relatórios congêneres, a fim de que se possibilite tanto sua consulta direta pelos atores envolvidos no caso quanto o necessário exercício do contraditório. Além disso, as planilhas de dados telefônicos também contêm informações sobre a data e o horário em que foram solicitadas, bem como a identificação do responsável pela sua solicitação (metadados que também devem permanecer com as concessionárias de telefonia para consulta independente pela autoridade judiciária, quando necessário).

Na prática, os sistemas de consulta de dados telefônicos utilizados nas investigações de combate ao crime organizado são completamente auditáveis. As planilhas recebidas das operadoras telefônicas, via de regra, são apresentadas como anexos dos autos circunstanciados ou informações produzidas pela equipe de investigação, dando suporte à análise apresentada. A solicitação e/ou utilização indevida dos dados telefônicos pelo agente estatal, nesse sentido, é hipótese de ocorrência remota na realidade. Em síntese: os investigadores têm mais a perder do que ganhar caso façam a opção pelo uso desviado da ferramenta (ainda que exista, repita-se, pouco espaço para tanto no contexto prático), sobretudo quando sua utilização é deferida em casos mais complexos e sensíveis de combate ao crime organizado. Os argumentos “c” e “d”, listados no início do capítulo, parecem perder força quando confrontados com o que se colhe da realidade prática.

3.3 CRITÉRIOS PARA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS POR DECISÃO JUDICIAL INESPECÍFICA

É plenamente possível atingir níveis satisfatórios de eficiência nas investigações criminais sem necessariamente afrontar direitos fundamentais ou caminhar temerariamente nas bordas da constitucionalidade. O direito pátrio fornece ferramentas legítimas – grande exemplo é a Lei n.º 12.850/13 – para que os órgãos de investigação possam fazer frente à criminalidade organizada, cuja sofisticação crescente demanda mais especialização técnica dos entes encarregados de seu enfrentamento. Tal panorama de necessidades complexas na seara das investigações criminais de repressão ao crime organizado, como visto, exige igualmente do Poder Judiciário análises mais minuciosas e especializadas.

Percebe-se a necessidade de que, em investigações mais complexas versadas em criminalidade organizada, seja possível aos órgãos investigadores o acesso imediato aos dados telefônicos das linhas que porventura sejam identificadas no transcorrer das investigações (interlocutores e outros contatos de interesse), o que se pode viabilizar por meio de decisão judicial inespecífica, que permita a consulta dos dados telefônicos por tempo determinado e de maneira vinculada ao procedimento investigativo no bojo do qual a medida foi deferida. Nesse sentido, é relevante elencar os requisitos que, quando presentes, seriam legitimadores de um provimento judicial que permita a consulta dos dados telefônicos sem prévia especificação das linhas consultadas.

Para que o mandado judicial inespecífico de acesso a dados telefônicos não se transmude em temerário “cheque em branco” e possa servir, dentro dos paradigmas de conformidade constitucional, como ferramenta legítima e eficaz nas investigações de repressão ao crime organizado, é essencial que sejam avaliados, para seu deferimento, critérios relacionados à *proporcionalidade*, à *delimitação* e à real possibilidade de *controle* da medida cautelar pleiteada. A avaliação desses critérios não se dará apenas na apreciação do pedido formulado pelo órgão investigador, mas deverá se estender ao longo do período de aplicação da medida, avaliando-se a cada nova peça informativa apresentada a sua conformidade com os limites inicialmente estabelecidos.

Conforme se argumenta no item 3.1 deste estudo, será o princípio da proporcionalidade a linha orientadora precípua quando da avaliação do pedido pelo acesso aos dados telefônicos. Ante a ausência de lei que regulamente, em específico, esse meio excepcional de obtenção da prova, caberá ao juiz de garantias orientar-se pela presença dos elementos de razoabilidade: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. Necessário, portanto, que o órgão investigador apresente pedido com fundamentação circunstanciada, demonstrando a real pertinência da utilização da medida para o procedimento investigativo.

Não se deve perder de vista, no exame do caso concreto, o grau de invasão que o acesso aos dados telefônicos irá representar aos titulares das linhas consultadas: invasão mais gravosa do que o acesso a dados cadastrais, porém muito menos agressiva do que a interceptação

telefônica. Nas investigações envolvendo criminalidade organizada em que já se tenha deferido interceptação telefônica (medida mais gravosa), cabe reconhecer que estarão também preenchidos, via de regra, os requisitos para o deferimento de acesso aos dados telefônicos.

Outro norte orientador na avaliação da proporcionalidade da medida será a natureza do grupo criminoso objeto das investigações. Sabe-se que até mesmo métodos mais invasivos, como interceptações telefônicas ou captações ambientais, por vezes são inócuos na coleta probatória, dadas a previdência e a cautela dos investigados em relação aos métodos de investigação. Em havendo indícios razoáveis de que os investigados fazem trocas constantes de linhas telefônicas, ou de que os dados cadastrais obtidos das linhas pesquisadas não revelam qualquer dado útil à identificação de seu real usuário, a aplicação da medida estará revestida de proporcionalidade.

O segundo critério diz respeito à delimitação do alcance da cautelar. A decisão judicial que defere o acesso a dados telefônicos deve evidenciar com clareza os limites em que a medida poderá ser utilizada. Necessário delimitar, por exemplo, o quadro de agentes públicos autorizados a solicitar os dados às concessionárias de telefonia, bem como o lapso temporal em que tais solicitações poderão ser realizadas. Tal lapso não será necessariamente o mesmo de quinze dias geralmente deferido como prazo da interceptação telefônica, muito embora seja comum que o mesmo mandado judicial contenha a autorização para ambas as medidas. O caso concreto, vale dizer, pode recomendar limites mais elásticos do que o período das interceptações telefônicas, não existindo impeditivo legal para expandi-lo além dos quinze dias ou fazê-lo mais curto. Novamente aqui o princípio da proporcionalidade merece aplicação, considerando sempre o grau de invasão que a medida representará à privacidade dos investigados.

É indispensável, ainda, delimitação quanto à distância entre a linha consultada e o objeto central das investigações. Sendo a decisão judicial inespecífica, também deve conter expressa determinação quanto ao rigoroso critério necessário ao agente público na eleição de linhas consultadas. Nesse sentido, plenamente justificada a solicitação dos dados telefônicos de linhas telefônicas utilizadas pelos interlocutores dos investigados ou de números surgidos no transcorrer

da investigação, cujo vínculo com as apurações possa ser claramente comprovado. Não poderá o agente público se valer da autorização inespecífica, por exemplo, para a consulta dos históricos de chamadas de linhas completamente alheias ao contexto das investigações nas quais a medida foi deferida, sob pena de responsabilização pelo acesso indevido e eventual nulidade das provas constituídas a partir da obtenção ilícita de dados telefônicos.

O terceiro critério refere-se ao controle judicial a ser exercido desde a avaliação do pedido inaugural apresentado pelo órgão investigador, mantido também pelo período de sua aplicação, chegando até o momento em que a prova seja submetida ao contraditório na ação penal. Muito antes da Lei n.º 13.964/19, que nos legou a figura do juiz das garantias, Geraldo Prado já assinalava a importância do rigoroso controle judicial dos métodos excepcionais de investigação:

É incontestável que determinadas formas de criminalidade requisitaram das autoridades internacionais a adoção de métodos de investigação mais sensíveis aos direitos fundamentais. O que se percebe, no entanto, é que na mesma proporção em que isso ocorreu, as autoridades políticas observaram a necessidade de aperfeiçoar os dispositivos de controle e o principal e mais eficiente deles é certamente o que o juiz criminal exerce em cada caso (PRADO, 2017, p.597).

Dada sua natureza de informação sensível, recoberta constitucionalmente pela cláusula geral de resguardo à intimidade (art. 5º, inciso X), o acesso a dados telefônicos deverá ser sempre postulado em juízo. Avaliando a situação concreta, sobretudo os elementos que legitimem a concessão de autorização inespecífica, o juiz das garantias poderá deferir a medida e expedir ofícios às concessionárias de telefonia, autorizando a um quadro específico de investigadores, por período determinado, o acesso direto aos dados telefônicos de linhas relacionadas às investigações.

Com o avanço tecnológico vivenciado na atualidade, os sistemas de fornecimento de dados telefônicos já permitem que as informações enviadas pelas concessionárias de telefonia sejam auditadas. Nesse sentido, para cada solicitação de acesso a dados telefônicos, registram-se informações a respeito do agente público que realizou tal

solicitação (*quem*), a data e horário da solicitação e do recebimento dos dados (*quando*) e o procedimento no bojo do qual os dados foram solicitados (*como*). Nos relatórios em que se fizer referência aos dados telefônicos obtidos na consulta, também caberá ao agente público mencionar os motivos justificadores de seu acesso (*por quê*). Também poderá a autoridade judiciária tomar conhecimento, por meio do órgão investigador ou das próprias concessionárias de telefonia, de todos os dados telefônicos que foram solicitados/obtidos em um determinado período, com vistas a exercer real controle sobre a utilização da ferramenta para os fins pretendidos no procedimento em que foi regularmente deferida.

Todos os relatórios nos quais os investigadores fizerem referência a consulta e análise dos dados telefônicos devem conter, como anexos, os arquivos originais recebidos das concessionárias de telefonia. Considerada a natureza vestigial dos históricos de chamada e as múltiplas possibilidades de que sejam utilizados como elementos de convicção nas investigações, importante a preservação de seus arquivos em suporte original, preservando-lhes a cadeia de custódia tal e qual qualquer outro objeto de interesse à prova. Tal preservação permitirá, ainda, o exercício do contraditório diferido no curso da ação penal, razão pela qual devem as planilhas permanecer preservadas e perfeitamente acessíveis nos autos.

Os requisitos para o deferimento da medida cautelar para acesso a dados telefônicos, portanto, centram-se na rigorosa avaliação, pelo juiz das garantias, de critérios relativos à *proporcionalidade* da medida, à *delimitação* de sua abrangência e à real possibilidade de *controle* de sua utilização em todas as etapas da persecução criminal.

Ainda na busca por soluções concretas para o problema apresentado – e ousando pensar em sua resolução *de lege ferenda* –, é válido dizer que os mesmos critérios de *proporcionalidade*, *delimitação* e *controle* aqui elencados também poderiam servir de norte ao legislador pátrio para inclusão de novos dispositivos na Lei n.º 12.850/2013, passando a contemplar no texto legal as hipóteses autorizativas de acesso a dados telefônicos no curso de investigações criminais.

Pela via da inovação legislativa, o problema apresentado ga-

nharia solução de maior concretude, porquanto afastada a insegurança jurídica de eventuais decisões contraditórias ou de entendimentos jurisprudenciais oscilantes. Sendo assim, é de se sugerir o acréscimo de novos parágrafos ao artigo 3º da Lei n.º 12.850/13, possibilitando o acesso a dados telefônicos, mediante decisão judicial devidamente fundamentada, sem a especificação taxativa das linhas e/ou dos alvos da medida. Os dispositivos também poderiam prever prazos para execução da medida, bem como indicar os deveres dos agentes públicos autorizados (apresentação de relatório de requisições realizadas e indicação circunstanciada da pertinência dos acessos ao objeto das apurações, por exemplo). De igual sorte, ao art. 21 da Lei n.º 12.850/13 poderia ser acrescido novo parágrafo, prevendo a responsabilização penal do agente público pela conduta de acessar indevidamente os registros de ligações telefônicas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Previsto na Lei de Crime Organizado (art. 3º, IV, da Lei n.º 12.850/13) como um dos meios excepcionais de obtenção da prova, o acesso aos dados telefônicos é ferramenta de grande importância nos complexos procedimentos investigativos destinados à repressão de grupos criminosos organizados. A análise de casos concretos em que se fez uso da interceptação telefônica demonstrou que o acesso a dados telefônicos, via de regra, foi aplicado como técnica complementar de inequívoca relevância aos avanços das investigações. Dada a rapidez com que se desenvolvem os eventos criminosos no curso das investigações, mediados pela instantaneidade das comunicações hodiernas, há a premente necessidade de que o acesso aos dados telefônicos se dê de modo igualmente célere, objetivando a pronta coleta de informações úteis à identificação dos interlocutores das linhas monitoradas. Tal celeridade tem sido garantida, nos casos concretos, por meio de autorizações judiciais inespecíficas para acesso a dados telefônicos, geralmente expedidas no mesmo procedimento em que se defere a interceptação telefônica.

Como vimos, a autorização de acesso a dados telefônicos por autorização judicial inespecífica encontra resistência em alguns setores do judiciário, reavivando o debate sobre a compatibilidade de tal

autorização com os ditames constitucionais e legais. Surge assim a necessidade do exame aprofundado a respeito dos dados telefônicos como meio de prova, bem assim quanto à violação que tal acesso de fato representa à intimidade e à privacidade de seus titulares. É crucial firmar as distinções entre os conceitos de *interceptação telefônica*, *dados telefônicos* e *dados cadastrais*, meios de prova geralmente correlacionados que, todavia, em nada se confundem. Dada sua natureza estática e vestigial, os requisitos para o acesso aos dados telefônicos pelos órgãos de investigação devem ser menos rigorosos do que aqueles impostos à medida de interceptação telefônica, na mesma proporção em que o acesso aos dados telefônicos é medida menos gravosa à intimidade.

Não se escapa, também aqui, do antigo e complexo dilema que se instaura quando confrontados dois valores constitucionalmente protegidos: de um lado, as garantias constitucionais de intimidade e privacidade; de outro, a responsabilidade do Estado em promover segurança pública e garantir uma persecução penal eficiente contra o crime organizado. A fim de que ambos os valores possam coexistir em harmonia - sem que a opção por um implique necessariamente na completa anulação do outro - importante se faz a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Não são desprezíveis os argumentos contrários à concessão de autorização judicial inespecífica para acesso aos dados telefônicos, motivo pelo qual foi possível partir desses mesmos argumentos para, dialeticamente, pontuar as razões que permitem concluir justamente o oposto. É plenamente compatível com os ditames constitucionais a expedição de ordem judicial inespecífica para que os órgãos de investigação, no curso de um determinado procedimento, possam solicitar diretamente às concessionárias de telefonia os dados telefônicos de linhas surgidas no curso das investigações envolvendo criminalidade organizada.

Antes de se constituir em agressão à garantia constitucional da intimidade – ou mesmo em um “cheque em branco” nas mãos do Estado-investigador, a realidade prática tem demonstrado que o acesso a dados telefônicos funciona muito mais como uma barreira adicional à utilização de medidas cautelares mais gravosas à esfera íntima dos investigados. Tal como um degrau indiciário a ser galgado nas investi-

gações antes que se pugne pela interceptação de linhas telefônicas (*ultima ratio*), o acesso aos dados telefônicos tem funcionado muito mais como anteparo garantidor da intimidade, evitando interceptações telefônicas desnecessárias, do que como temerária carta branca para devassas indiscriminadas no sigilo telefônico de toda e qualquer pessoa.

A análise do tema permitiu indicar quais são os elementos que, estando presentes, legitimam autorização judicial aos órgãos de investigação para o acesso direto a dados telefônicos de linhas não previamente especificadas. Elencam-se, destarte, requisitos centrados basicamente nos critérios relativos à *proporcionalidade* da medida, à rigorosa *delimitação* quanto à sua utilização, e ao efetivo *controle* judicial de sua implementação pelo órgão investigativo. A observação de tais critérios torna possível a coexistência harmônica de valores constitucionalmente protegidos, permitindo aos órgãos encarregados da persecução penal a utilização regular de ferramentas especiais de coleta probatória, garantindo que a necessária resposta estatal contra o crime organizado não se transmude em violação utilitarista dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade.

IGOR ISÍDIO GOMES DA SILVA

POLÍCIA FEDERAL

ESPECIALIZAÇÃO EM SEGURANÇA PÚBLICA, COM ÊNFASE EM ATIVIDADES POLICIAIS, PELA FACULDADE CERS (2019-2020); GRADUAÇÃO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA (2014); ESCRIVÃO DE POLÍCIA FEDERAL (DESDE 2014).

ACCESS TO TELEPHONE DATA IN INVESTIGATIONS AGAINST ORGANIZED CRIME: FROM BLANK CHECK TO GUARANTEE SHIELD

ABSTRACT

In today's complex investigations to crack down organized crime, the law enforcement has used several exceptional ways to produce evidence, including access to records of telephone calls. In procedures involving telephone tapping, it has increased the need for

law enforcement to receive data from not-yet-known telephone lines, receiving the permission by a non-specific judicial decision, whose constitutional value is still questioned. Deepening the debate about the access to telephone data by unspecified judicial decision, the hypothetical-deductive method was applied to verify its compatibility with the Brazilian legal system. An analysis about the theme permitted the definition of proportionality, delimitation and control standards, whose presence is essential for the telephone data precautionary measure request by a non-specific judicial decision.

KEYWORDS: Telephone data. Non-specific judicial decision. Organized crime. Secrecy. Proportionality.

ACCESO A DATOS TELEFÓNICOS EN INVESTIGACIONES CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO: DE CHEQUE EN BLANCO A ESCUDO DE GARANTÍAS

RESUMEN

En las complejas investigaciones de hoy para reprimir el crimen organizado, el gobierno ha utilizado varios medios excepcionales para obtener pruebas, incluido el acceso a registros de llamadas telefónicas. En los procedimientos de interceptación telefónica, es necesario que las agencias investigadoras estén autorizadas a obtener datos telefónicos de líneas aún desconocidas, recibiendo dicha autorización mediante decisión judicial no específica, cuyo amparo constitucional todavía se cuestiona. Al fondo del debate sobre el acceso a los datos telefónicos por decisión judicial no especificada, se adoptó el método hipotético-deductivo para verificar su compatibilidad con el ordenamiento jurídico nacional. El análisis del tema permitió definir los criterios de proporcionalidad, delimitación y control, cuya presencia es imprescindible para la autorización de la medida de acceso a datos telefónicos por decisión judicial no especificada.

PALABRAS CLAVE: Datos telefónicos. Decisión judicial inespecífica. Crimen organizado. Secreto. Proporcionalidad.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERMUDEZ PEREIRA, André Luiz. *A investigação criminal orientada pela teoria dos jogos*. 2.ed. Florianópolis: Ematis, 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 439-459, 1 jan. 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>. Acesso em: 12 mai. 2021.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28 mar. 2009. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica e das comunicações de dados e telemáticas: comentários a Lei 9.296/1996*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz, MORAES, Maurício Zanoide [orgs.]. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 8.ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2020.

LOPES JR, Aury; COLLI, Maciel. A obsolescência da interceptação telefônica na era pós-internet. *Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-16/obsolescencia-interceptacao-telefonica-pos-internet>. Acesso em: 12 mai. 2021.

MARINHO, Glaucia *et al.* *Democracia e Crime Organizado – Os poderes fáticos das organizações criminosas e sua relação com o Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRADO, Geraldo. O dever judicial de controle das interceptações telefônicas e o prognóstico negativo no âmbito essencial da vida privada. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza [orgs.]. *Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei n.º 9.296/96*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 6.ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Manuais de direito apresentam profundo déficit de realidade. *Consultor Jurídico*, 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-jan-09/manuais_direito_apresentam_profundo_deficit_realidade. Acesso em: 12 mai. 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 13.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2018.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Modelos de política criminal frente a la criminalidad organizada: entre eficacia y garantías. In: **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. Brasília, v. 11, n. 1, p.133-180, jan/abr 2020.

5.1 LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E PROCESSOS JUDICIAIS CITADOS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. *Portaria n.º 1.533, de 4 de novembro de 1996*. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/13-1998/188-portaria-1533>. Acesso em: 13 jul 2020.

BRASIL. Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996 (Interceptação Telefônica). In CÉSPEDES, Livia *et al* (org.). *Vade Mecum tradicional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Organização Criminosa). In CÉSPEDES, Livia *et al* (org.). *Vade Mecum tradicional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança n.º 17.732/

MT. Rel. Min. Gilson Dipp. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília: 19 set. 2005. p. 353. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/? num_registro=200302381375&dt_publicacao=19/09/2005](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302381375&dt_publicacao=19/09/2005).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.867/PA, rel. Min. Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico - DJE*. Brasília: 20 jul. 2012. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP =TP&docID=2792328](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328). Acesso em 30 jul. 2020.

BRASIL. 1ª Vara Federal de Dourados/MS. *Representação da autoridade policial*. Autos n.º 0001139-08-2017.4.03.6002 (“Operação SUBZERO”). Delegado de Polícia Federal Leonardo de Souza Caetano Machado. Dourados, 9 set. 2016.

BRASIL. 1ª Vara Federal de Naviraí/MS. *Ofício n.º 3307/2010 – DPF/NVI/MS - Representação pela quebra de sigilo e interceptação telefônica*. Autos n.º 0001438-80.2011.4.03.6006 (“Operação MARCO 334”). Delegado de Polícia Federal Fabrício Azevedo de Carvalho. Naviraí, 14 set. 2010.

BRASIL. 1ª Vara Federal de Naviraí/MS. *Representação da autoridade policial*. Autos n.º 0001337-33.2017.4.03.6006 (“Operação TEÇÁ”). Delegado de Polícia Federal Lucas Marques de Sá Vilela. Naviraí, 31 mai. 2019.

BRASIL. 2ª Vara Criminal da Comarca de Cascavel/PR. *Representação da autoridade policial*. Autos n.º 0002730-70.2018.8.16.0021 (“Operação DICTUM”). Delegado de Polícia Federal Martin Bottaro Purper. Cascavel, 2018.

BRASIL. 2ª Vara Criminal Federal de Ponta Porã/MS. *Representação por interceptação telefônica*. Autos n.º 0002486-04.2016.4.03.6005 (“Operação NEPSIS”). Delegado de Polícia Federal Felipe Vianna de Menezes. Ponta Porã, 2016.

BRASIL. 3ª Vara Federal em Campo Grande/MS. *Manifestação da Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul*. Autos n.º 0000925-23.2017.4.03.6000. (“Operação LAÇOS DE FAMÍLIA”). Procurador Federal Silvio Pettengill Neto. Campo Grande, 04 mar. 2017. Acesso em 23 mar. 2020.

BRASIL. 5ª Vara Federal de Caxias do Sul/RS. *Sentença*. Procedimento Especial da Lei Antitóxicos n.º 5014639-12.2017.4.04.7107/RS (Pedidos de Quebras de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos n.º 5003142-98.2017.4.04.7107/RSe 5005866-75.2017.404.7107 - “Operação COROA”, da Polícia Federal). Juiz Federal Substituto Rafael Ferinatti Aymone. Caxias do Sul, 18 mai. 2018.

BRASIL. Vara Criminal de Piraquara/PR. *Representação da autoridade policial*. Autos n.º 0009412-02.2018.8.16.0034 (“Operação PREGADURA”). Delegado de Polícia Federal Martin Bottaro Purper. Cascavel, 2018.

PARAÍBA. Vara de Entorpecentes da Capital. *Auto Circunstanciado n.º 01/2016*. Ação Penal n.º 0008122-55.2019.815.2002 (Pedidos de quebra de sigilo telefônico relacionados ao Inquérito Policial n.º 0583/2016-4 SR/DPF/PB - “Operação ACRÓPOLE”). Policiais Federais Flávio de Melo Sales, Walmer Lira Pinheiro e Edgley Barros. Cabedelo, 13 de dezembro de 2016.

