



**FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS – FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO BACHARELADO EM DIREITO**

ANTÔNIO CLÁUDIO ANDRADE GUALANDE

**A LEI Nº 9.296/96 COMO EXCEÇÃO À LUZ DA REGRA CONSTITUCIONAL:
QUESTÕES PROCESSUAIS**

**BOM JESUS DO ITABAPOANA/RJ
JUNHO - 2016**

**FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS – FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO BACHARELADO EM DIREITO**

ANTÔNIO CLÁUDIO ANDRADE GUALANDE

**A LEI Nº 9.296/96 COMO EXCEÇÃO À LUZ DA REGRA CONSTITUCIONAL:
QUESTÕES PROCESSUAIS**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do curso de Bacharel em, sob a orientação da Prof.^a Ma. Viviane Bastos Machado da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

**BOM JESUS DO ITABAPOANA/RJ
JUNHO – 2016**

FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves
5/2016

G899l Gualande, Antonio Cláudio Andrade.

A lei nº 9.296/96 como exceção à luz da regra constitucional / Antonio Cláudio Andrade Gualande. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2016.
66 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2016.

Orientador: Viviane Bastos Machado.

Bibliografia: f. 63-66.

1. Constituição da república federativa do Brasil 2. Inviolabilidade do sigilo das comunicações 3. Lei nº 9.296/96 4. Interceptação telefônica 5. Inconstitucionalidade – garantias fundamentais I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título.

CDD 342.81023

ANTÔNIO CLÁUDIO ANDRADE GUALANDE

**A LEI Nº 9.296/96 COMO EXCEÇÃO À LUZ DA REGRA CONSITUCIONAL:
QUESTÕES PROCESSUAIS**

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Monografia avaliada em ____/____/____

Formatação: () _____

Nota final: () _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ma. Viviane Bastos Machado
(Orientadora)

Prof. Esp. Anny Ramos Viana

Prof. Esp. Fabio Machado De Oliveira

DEDICATÓRIA

Dedico esta vitória à minha família, aos meus amigos e a tantos outros, que de algum modo contribuíram, estimularam e me impulsionaram na elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos e respeito:
Aos meus pais: Adão e Balbina. Aos meus irmãos: Aimar, João Ronison, que me orientaram nos momentos difíceis e não mediram esforços para me ver feliz. A minha esposa Vanuza, pelo companheirismo, dedicação e por me ensinar a não desistir e a superar as dificuldades. Aos meus filhos Kennedy, Nicolay, Nicolas e Bianca, pelo incentivo e colaboração. A todos os amigos que de muitas formas me auxiliaram nesta árdua caminhada científica.

“O Senhor é meu pastor e nada me
faltará”

(Salmo 23)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a garantia positiva no art. 5º, inciso XII da Constituição República Federativa do Brasil, no que fiz respeito à inviolabilidade do sigilo das comunicações e, sua aplicação a partir de sua regulamentação pela Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Será demonstrado seus antecedentes históricos e suas garantias penais trazidas na Carta Magna, além de demonstrar a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça em relação a prova obtida por meio de interceptação antes da Lei específica acima citada. De igual modo será analisada a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.296/96, bem como a importância da interceptação telefônica para o êxito das investigações criminais, cabendo ressaltar que o objetivo da pesquisa cuida, sobretudo, de demonstrar as questões processuais atinentes ao mecanismo da interceptação das comunicações telefônicas, bem como dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tais como a intimidade e a privacidade, que devem ser respeitados quando aplicado o instituto.

Palavras-chave: Constituição da República Federativa do Brasil; Inviolabilidade do Sigilo das Comunicações; Lei nº 9.296/96; Interceptação Telefônica; Inconstitucionalidade; Garantias Fundamentais.

ABSTRACT

This study aims to analyze the positive assurance of art. 5, item XII of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, as it respects the inviolability of the secrecy of communications and its application from its regulations by Law number 9.296, of July 24, 1996. It will be demonstrated its historical background and their guarantees criminal brought in the Constitution, in addition to showing the position taken by the Supreme Court and the Superior Court of Justice in relation to evidence obtained through interception prior to the specific law cited above. Likewise will analyze the unconstitutionality of art. 2 of Law number 9.296/96, as well as the importance of telephone interception for the success of criminal investigations, fitting to point out that the research goal cares mainly to demonstrate the procedural issues relating to the mechanism of interception of telephone communications, as well as fundamental rights and guarantees of individuals, such as intimacy and privacy, which are respected when applied to the institute.

Words: Constitution of the Federative Republic of Brazil; Inviolability of Secrecy of Communications; Law number 9.296/96; Intercept Phone; Unconstitutional; Fundamental Guarantees.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
CBT	CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES
CP	CÓDIGO PENAL
CPP	CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
CRFB	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
HC	HABEAS CORPUS
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A INVIOABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E AS DEMAIS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS	14
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	14
1.2. A INVIOABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO DE REPÚBLICA DE 1988.....	15
1.3. AS DEMAIS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	17
2. A LEI Nº 9.296/96: PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEGISLAÇÃO	28
2.1. ABORDAGEM DAS POSIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ANTES DA LEI Nº 9.296/96.....	28
2.2. DISTINÇÕES BÁSICAS ACERCA DOS CONCEITOS APRESENTADOS NA LEI DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	31
2.3. DO PROCEDIMENTO: QUESTÕES FUNDAMENTAIS E DETERMINAÇÕES LEGAIS	35
2.3.1. Principais considerações sobre as Resoluções nº 59/2008 e nº 217/2016 do Conselho Nacional de Justiça	43
3. DA NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO ENTRE A LEI Nº 9.296/96 E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	46
3.1. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2, INCISO III, DA LEI Nº 9.296/96	47
3.2. A PUNIÇÃO PARA A INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA E AS PROVAS ILÍCITAS	49
3.3. A IMPORTÂNCIA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA O ÊXITO DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS.....	53
3.4. QUESTÕES PROCESSUAIS PENAIS ACERCA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	56
4. CONCLUSÃO	61
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por escopo analisar a garantia inculpada no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal, no tocante à inviolabilidade do sigilo das comunicações e, seu alcance, a partir de sua regulamentação pela Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Ressalta-se que a pesquisa cuida, sobretudo, das questões processuais atinentes ao mecanismo da interceptação das comunicações telefônicas, bem como dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tais como a intimidade e a privacidade, que devem respeitados quando aplicado o instituto.

O tema possui relevância jurídica e social, considerando que está em evidência na mídia nos últimos meses, quando foram divulgadas conversas interceptadas entre o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e diversas figuras importantes da política brasileira, como o prefeito do Rio de Janeiro, Eduardo Paes, e a então Presidente da República, Dilma Rouseff.

Desse modo, a utilização da interceptação deve conciliar os direitos e garantias fundamentais dos sujeitos envolvidos nos diálogos e o interesse público, tendo em vista que terceiros que nada tem a ver com o fato, e apenas conversavam com o investigado ou réu, podem ter sua intimidade violada, com exposição de sua vida privada.

A presente pesquisa objetiva lançar um olhar crítico e a consequente adequação das normais processuais penais aos valores e princípios consagrados na Constituição da República de 1988. É necessário que a autoridade judiciária responsável pelo caso recorra à medida quando estritamente necessário à investigação criminal ou à instrução probatória no processo penal, haja vista que ocorre uma clara invasão da esfera individual do cidadão. Portanto, a aplicação do instituto deve observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O foco central da presente pesquisa é analisar, a partir de pesquisas bibliográficas e casos concretos, a lei extraordinária das interceptações telefônicas e demonstrar o abismo existente entre o que está na lei e o que deseja a Constituição, haja vista serem as leis extraordinárias que devem estar em acordo e em sintonia com a Constituição, e não o contrário.

Assim, será demonstrada e comprovada tal distância entre normas infraconstitucionais e Constituição, evidenciando que cabe ao Judiciário a tarefa de

reduzi-la, o que consiste no chamado “ativismo judicial”. De um modo geral, serão apresentados os paradoxos da Lei nº 9.296/96 analisada à luz Magna Carta de 1988 no que diz respeito às garantias processuais e os direitos fundamentais da pessoa humana.

A partir de um estudo de ordem interdisciplinar, envolvendo Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional, utilizar-se-á a metodologia dialética das fontes, mediante coleta de argumentos jurisprudenciais e doutrinários versando sobre interceptação das comunicações telefônicas no curso da persecução penal.

O primeiro capítulo traçará considerações gerais acerca da interceptação das comunicações telefônicas, versando sobre antecedentes históricos do instituto, sua previsão e limites estabelecidos pela Constituição Federal, e também de outras garantias processuais penais insculpidas na carta constitucional.

Adiante, o segundo capítulo apresentará os aspectos principais da legislação correlata, qual seja, a Lei nº 9.296/96, abordando ainda as posições jurisprudenciais que prevaleciam no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, antes da edição do diploma legislativo. Serão apontadas ainda distinções básicas no que concerne aos conceitos apresentados na Lei de Interceptações Telefônicas, bem como questões ligadas ao procedimento da medida.

Por fim, o terceiro capítulo alertará para a necessária adequação, conforme manda a proporcionalidade, entre a legislação e os direitos fundamentais. Chamamos a atenção, em um primeiro momento, para a discussão em torno da possível inconstitucionalidade do art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/96. Em seguida, será tratada a punição para a interceptação das comunicações telefônicas ocorrida ilegalmente, que configura crime, além da inadmissibilidade das provas obtidas de modo ilegal.

Posteriormente, serão feitas considerações sobre a importância do instituto para o êxito das investigações criminais, tanto para a acusação quanto para a defesa, e também acerca das demais questões processuais penais atinentes ao mecanismo, como serendipidade, conexão, continência, prova emprestada, dentre outras.

Segundo Streck, a Constituição é o fundamento de validade superior do ordenamento jurídico e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2014, p.37)

Nesta perspectiva, é possível afirmar que, quanto menos o Estado invadir, desnecessariamente, a vida privada de seus cidadãos, mais democrático ele se mostrará, pois toda e qualquer restrição a um direito ou garantia fundamental deve levar em conta o fato de que o processo ideal é aquele que combate o crime e resguarda o cidadão. Assim, a Lei nº 9.296/96 deve ser interpretada em conformidade com os direitos fundamentais, especialmente porque regula uma invasão na vida privada da pessoa excepcionalmente tolerada pela Constituição.

1. A INVIOABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E AS DEMAIS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Preliminarmente, impende ressaltar que no presente tópico será abordado a temática atinente ao tratamento e a evolução histórica do sigilo das comunicações, especialmente no que tange à história constitucional do Brasil, ou seja, a partir de que momento essa garantia tão relevante passou a ser internalizado no seio constitucional.

Nesse sentido, analisamos a história constitucional brasileira a fim de verificar se o constituinte das mais variadas épocas teve a preocupação de inserir no bojo constitucional normas que resguardassem o sigilo das telecomunicações e correspondências. Assim, a Constituição do Império de 1824 buscou resguardar o sigilo das correspondências, ficando sob a responsabilidade do Estado quaisquer violações ao importante direito individual, a saber:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infracção deste artigo.

Dessa forma, observa-se que desde a época imperial o Estado buscou resguardar o sigilo das correspondências, prevendo até a responsabilidade estatal ante as violações a essa notável prerrogativa individual.

Noutro giro, a Constituição de 1891 também fez inserir em seu bojo uma norma consagrando o sigilo das correspondências, o art. 72, § 18, que dispõe da seguinte forma:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:
§ 18. É inviolavel o sigillo da correspondencia.

Continuando a análise do sigilo das correspondências e das telecomunicações na história constitucional brasileira, a Constituição da República de 1934 também continha uma norma consagrando tal direito, o art. 113, § 8º, a saber:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
8) É inviolável o sigilo da correspondência.

De outra banda, a Constituição Federal de 1937 também observou dentre suas normas o sigilo das correspondências no art. 122, § 6º, aludindo da seguinte forma tal “6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei”. Vale ressaltar que tal prerrogativa fora suspensa em 31 de agosto de 1942, através do Decreto 10.358/42 em virtude da declaração de guerra pelo Estado brasileiro.

Com efeito, na Constituição da República de 1946 foi inserida pelos constituintes uma norma resguardando o sigilo das correspondências, na forma do art. 141, § 6º, que assim observava: “§ 6º - É inviolável o sigilo da correspondência”.

Mesmo as Constituições de 1967 e 1969, as quais foram provenientes do regime ditatorial militar, buscaram inserir em seu bojo o direito ao sigilo das correspondências, conforme pode ser observado nos arts. 150, § 6º, e 153, § 9º, respectivamente. Impende ressaltar que as referidas cartas constitucionais foram pioneiras na observância não somente do sigilo das correspondências, conquanto também assegurassem o sigilo das comunicações telegráficas e das telecomunicações, sobretudo pela realidade vigente à época.

Por fim, resta patente a preocupação do constituinte na história constitucional brasileira em resguardar o sigilo das comunicações e das correspondências nas constituições, resguardando em todas as cartas políticas um dispositivo específico para a consagração de tal direito.

1.2. A INVIOLABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO DE REPÚBLICA DE 1988

A Constituição da República de 1988 possui um longo rol de direitos e garantias fundamentais, motivo pelo qual é cunhada como Constituição Cidadã, dentre estes direitos e garantias, tem relevante função o direito-garantia ao sigilo das comunicações. Assim, o presente tópico tem por escopo a análise jurisprudencial e doutrinária dessa relevante prerrogativa fundamental, sobretudo quando examinada no bojo de investigações criminais.

De início, urge ressaltar que o direito ao sigilo das correspondências e das comunicações, este em todas suas modalidades (telegráficas, telefônicas e de dados, que serão mais bem abordados no desenvolver do presente trabalho monográfico), constitui direito fundamental umbilicalmente ligado à proteção da

privacidade e da intimidade, conforme lecionado por Ingo Wolfgang Sarlet. (SARLET; MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 411)

De outra banda, a inviolabilidade das correspondências e o sigilo das comunicações em geral encontra guarida constitucional do art. 5º, XII, da Constituição da República de 1988, que assim prevê:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

De acordo com o aludido dispositivo constitucional, observa-se que tal direito, com base nos ensinamentos de Ingo Sarlet, que protege a “comunicação pessoal, seja ela escrita ou oral, cobrindo tanto o conteúdo quanto o próprio meio (instrumento) da comunicação, portanto, a espécie, a hora, a duração etc., mas também a identidade dos comunicantes”. (SARLET; MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 411) Dessa forma, nota-se que o campo de proteção de tal direito é bastante abrangente, sobretudo pela evolução tecnológica, onde houve uma grande expansão dos meios de comunicações, bem como resguarda não só o conteúdo propriamente dito, mas também os participantes.

Outra vertente importante emanada do dispositivo constitucional acima transcrito é o caráter não absoluto de tal direito em virtude da exceção instituída pela própria Constituição, assim como os demais direitos fundamentais constitucionalmente internalizados, ou seja, a Constituição “prevê, nitidamente, a possibilidade de limitação/restricção dessa garantia constitucional. A grande questão que se coloca, portanto, é saber em que medida o Estado, com todo seu aparato, pode ingressar na esfera privada”. (SARLET; MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 411)

Com relação especificamente à restrição ao sigilo das comunicações, a Constituição da República de 1988 prevê a necessidade de ordem judicial para a legalidade de sua implementação, devendo estar presente os dois requisitos autorizadores do levantamento do sigilo, quais sejam: 1) a necessidade de ordem judicial (reserva de jurisdição); e 2) a quebra de sigilo tenha por escopo uma investigação criminal ou instrução processual penal. Com base nesses elementos, Ingo Wolfgang Sarlet alerta que a Constituição estabelece uma reserva legal qualificada para a quebra do sigilo. (SARLET; MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 413)

Buscando delinear a garantia constante do art. 5º, inciso XII, da CRFB/88, Ingo Wolfgang Sarlet saliente que:

No que diz com as posições subjetivas asseguradas com base no sigilo das comunicações, trata-se tanto de um direito a que ninguém (o Estado ou terceiros) viole tal sigilo, mas também do direito a que quem tenha acesso ao conteúdo das comunicações não as divulgue, implicando, portanto, um dever de sigilo. Cumpre sublinhar, contudo, que apenas a comunicação indireta, ou seja, a utilização de algum meio técnico (postal, telefônico etc.) integra o âmbito de proteção do direito, pois a comunicação verbal ou não verbal direta, que depende essencialmente dos próprios participantes da comunicação no sentido de impedir a intervenção de terceiros, é coberta pelo direito à privacidade e intimidade. Da mesma forma, tendo em conta que o objetivo da proteção é precisamente o de impedir que o Estado ou terceiros tenham acesso ao conteúdo da mensagem, eventual utilização da comunicação pelos próprios comunicantes (por exemplo, a gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores) não implica violação do direito ao sigilo das comunicações, embora possa violar outro direito, como é o caso do direito à privacidade. (SARLET; MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 412)

Noutro giro, deve haver a compatibilização entre a necessidade da quebra do sigilo das comunicações e o arcabouço constitucional, sobretudo no que se refere aos direitos e garantias fundamentais, objetivando que a máxima de que os fins justificam os meios impere no âmbito das persecuções criminais. Desse modo, a Lei nº 9.926/96 veio regular o dispositivo constitucional atinente à quebra do sigilo das comunicações, a qual, conforme observações de Lenio Luiz Streck estabelece um sistema de prévia verificação, tendo em vista que: 1) a necessidade de ordem judicial, devidamente fundamentada e escrita; 2) somente pode a interceptação ser implementada para a produção de prova em investigações criminais; e 3) o sigilo do procedimento de interceptação não viola os direitos fundamentais, mormente o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que é característica inerente e essencial ao procedimento em tela. (STRECK, 2013, p. 292)

Por fim, o Supremo Tribunal Federal já foi instado diversas vezes a se manifestar acerca da garantia constante do art. 5º, XII, da CRFB/88, conforme materializado no seguinte julgado:

Só há intromissão na esfera privada de comunicações, a depender de prévia autorização judicial, na hipótese de interferência alheia à vontade de todos os participantes do ato comunicativo. Caso no qual o acesso ao conteúdo das comunicações ilícitas foi disponibilizado à investigação pelos destinatários das mensagens criminosas.

1.3. AS DEMAIS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O presente tópico tem por escopo viabilizar uma breve análise acerca das demais garantias processuais constantes da Constituição da República de 1988,

sobretudo no que tange ao entendimento doutrinário sobre o conteúdo das mesmas.

Impende destacar que o processo penal em seu início não tinha qualquer respeito ou limitação jurídica, pelo contrário, ser extremamente punitivo e vingativo era a essência que se entendia necessária para que delitos não ocorressem, pois não se buscava a melhora do indivíduo e sim o exemplo para os demais. Como explica Aury Lopes Junior, “a história das penas aparece, numa primeira consideração, como um capítulo horrendo e infamante para a humanidade, e mais repugnante que a própria história dos delitos”. (JÚNIOR, 2014, p. 64)

Nesse sentido, inicia-se a análise das garantias processuais penais no bojo da Constituição por um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constante do art. 1º, III, da Carta Política, a dignidade da pessoa humana.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que:

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, III) a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade, e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. Da mesma forma, não foi por acidente que a dignidade não constou do rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo sido consagrada em primeira linha como princípio (e valor) fundamental, que, como tal, deve servir de norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa. (SARLET, 2013, p. 124)

Noutro giro, André Nicolitt, na esteira dos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho assevera que conceituar a dignidade da pessoa humana é tarefa dificultosa, traduzindo o que ele significa ou o que ela impõe, sendo tarefa mais plausível detectar quando existe algum tipo de violação à dignidade da pessoa humana. Desse modo, o autor assevera que “Diz-se que a dignidade humana é agredida sempre que o homem é retificado, ou seja, reduzido a objeto”. (NICOLITT, 2013, p. 29)

É notório que a dignidade da pessoa humana tem um papel fundamental na seara atual, sobretudo no âmbito do processo penal, porquanto o poder estatal de punir não pode ser exercido a despeito de quaisquer limites, sobretudo em vista da condição humana.

Acentuando a importância da dignidade da pessoa humana no processo penal, André Nicolitt assevera que:

A toda evidência, percebemos que a dignidade humana é importante na orientação do processo penal, **já que é a raiz das garantias constitucionais que devem inspirar a atividade jurisdicional do Estado**, notadamente no que tange às dimensões acima expostas relativas à individualidade, à

autonomia frente ao poder público e à igualdade de tratamento normativo (grifamos). (NICOLITT, 2013, p. 29)

De outra banda, outra garantia de enorme relevância para o processo penal, bem como para o processo de forma geral, é o devido processo legal, o qual consubstancia “em assegurar à pessoa a defesa em juízo ou “não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei”, conforme assevera Fernando da Costa Tourinho Filho. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 84)

Acerca do surgimento do devido processo legal, Gilmar Ferreira Mendes pontua que:

A Magna Carta, de 1215, dispunha, em seu art. 39, que “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, se não mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país”. Em sua origem histórica, a ideia de devido processo (*due process*) está associada à proteção de liberdade e, dessa forma, à noção de legalidade. Qualquer restrição à liberdade – assim entendida como esfera pessoal de liberdade que compreende a propriedade – **somente pode ser realizada mediante processo e julgamento previamente definidos em lei.** (grifamos) (MENDES, 2013, p. 429)

Vale ressaltar que tal garantia possui salvaguarda constitucional no art. 5º, LIV, da CRFB/88, que assim dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Desse modo, tal garantia tem por escopo essencial “entre o indivíduo e a coação estatal incidente sobre seus bens e sua liberdade deve sempre se interpor um processo, devidamente conduzido por um juiz”.(MENDES, 2013, p. 429)

Nesse passo, especificamente no que tange ao processo penal, o devido processo legal tem relevância especial, tendo em vista o objeto do processo penal, que põe à prova um dos valores mais importantes do ser humano – a sua liberdade –, motivo pelo qual “passou-se a exigir que o processo seja justo, pautado nos valores e critérios materiais fixados pela Constituição, o que deve ocorrer desde a criação legislativa”, mas não somente isso, objetivando um devido processo legal justo “os juízes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei, daí o surgimento do *judicial review of legislation*”. (NICOLITT, 2013, p. 32)

Acerca das acepções do devido processo legal, Gilmar Ferreira Mendes alude que:

É provável que o devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se consideramos a sua aplicação não apenas nas relações de caráter processual, mas também nas relações de caráter material. Tradicionalmente, é reconhecida na cláusula do devido processo tanto uma faceta processual, como uma vertente material ou substantiva. (MENDES, 2013, p. 430)

E continua o autor apontando que o devido processo legal substantivo corporifica uma exigência ao Poder Público na observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na implementação de seus atos, ou seja, “procura saber quando há uma justificativa suficiente para a ação governamental”. (MENDES, 2013, p. 430)

Por fim, finalizando a breve análise do devido processo legal resta necessário demonstrar um julgado do Supremo Tribunal Federal que delinea bem tal garantia, a seguir:

A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.

Outra garantia de enorme relevância para o processo penal – e para o indivíduo ante o *ius puniedi* estatal – é o princípio do juiz natural e da imparcialidade do órgão julgador, os quais constituem a garantia de que o indivíduo será julgado por “órgão jurisdicional que irá apreciar os fatos e isto se dará de forma genérica e abstrata. Não pode o chefe do poder ou as partes realizarem manobras ou manipulações a fim de escolher o julgador”. (NICOLITT, 2013, p. 34)

A doutrina aponta que tal garantia está implicitamente abarcada em dois dispositivos constitucionais, a saber: 1) art. 5º, XVII, CRFB/88, com a seguinte redação: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”; 2) art. 5º, LIII, CRFB/88, com o seguinte teor: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Dessa forma, resta claro e evidente que a garantia do juiz natural visa garantir que o indivíduo seja julgado por um órgão jurisdicional efetivamente imparcial e independente. Desse modo, Aury Lopes Júnior assevera que tal garantia tem uma trílice função, a saber: 1) que somente os órgãos instituídos pela Constituição

podem exercer atividade jurisdicional; 2) a impossibilidade de julgamento por um órgão constituído após a prática do fato; e 3) uma ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos. (JÚNIOR, 2014, p. 158)

Acentuado as linhas mestras do princípio do juiz natural, André Nicolitt aduz que:

Em síntese, o princípio em exame pode ser visto como uma dupla garantia formal: a vedação de criação de juízo *ex post facto* e a proibição de escolha de juízes para julgamento das causas. Ademais, é uma garantia substancial consistente na necessidade de identidade física do juiz, o que finalmente foi contemplado pela legislação infraconstitucional brasileira na medida em que o art. 399, § 2º, do CPP passou a dispor que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. (NICOLITT, 2013, p. 35)

O Supremo Tribunal Federal também já foi instado a se manifesta acerca da relevância do princípio do juiz natural, conforme pode extrair do seguinte julgado:

Sustenta-se, ainda, que a imposição, ao impetrante, da sanção ora questionada teria desrespeitado o postulado do juiz natural, pois – segundo alegado nesta impetração mandamental – os fatos ensejadores da punição em causa teriam ocorrido em momento anterior ao da promulgação da EC nº 45/2004 e, até mesmo, ao da instalação, em 14/06/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Ou, em outras palavras: o Conselho Nacional de Justiça, por haver sido instituído e instalado “*ex post facto*” qualificar-se-ia como verdadeiro tribunal de exceção, que teria exercido, por isso mesmo, de modo ilegítimo, a jurisdição censória que lhe foi atribuída em sede constitucional. Não se questiona a asserção de que as sanções ou medidas restritivas de direitos **só podem ser validamente impostas com estrita observância da cláusula constitucional da naturalidade do juízo**, vale dizer, somente se legitimam quando aplicadas “pela autoridade competente” (CF, art. 5º, incisos XXXVII e LII). Todas essas considerações revelam-se de indiscutível importância em face do caráter de fundamentalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, o princípio do juiz natural. Com efeito, **o postulado da naturalidade do juízo representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado e que condicionam o desempenho, por parte do Poder Público, das funções de caráter penal-persecutório** ou da atividade de natureza administrativo-disciplinar, ainda que o domínio natural de sua incidência seja, em princípio, o procedimento de índole judicial. A essencialidade do princípio do juiz natural impõe, ao Estado, o dever de respeitar essa garantia básica que predetermina, em abstrato, os órgãos judiciários (ou administrativo) investidos de competência funcional para a apreciação dos litígios penais ou, como na espécie, das infrações disciplinares.

Na realidade, **o princípio do juiz natural reveste-se, em sua projeção político-jurídica, de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em procedimento judicial ou administrativo-disciplinar, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, incide sobre os órgãos do poder incumbidos de promover, judicial ou administrativamente, a repressão penal** ou, quando for o caso, a responsabilização disciplinar. Vê-se, desse modo, que o postulado da naturalidade do juízo, ao qualificar-se como **prerrogativa individual (“ex parte subjecti”)**, tem, por destinatário específico, o réu, ou, quando for o caso, o sindicato/indiciado, erigindo-se, em consequência, como direito público subjetivo inteiramente oponível ao próprio Estado. Esse mesmo princípio, contudo, se analisado em perspectiva

diversa, “ex parte principis”, atua como fator de inquestionável restrição ao poder de persecução penal ou disciplinar, submetendo, o Estado, a múltiplas limitações inibitórias de suas prerrogativas institucionais. Isso significa que o postulado do juiz natural deriva de cláusula constitucional tipicamente bifronte, pois, dirigindo-se a dois destinatários distintos, ora representa um direito do réu ou do indiciado/sindicado (eficácia positiva da garantia constitucional), ora traduz uma imposição ao Estado (eficácia negativa dessamesma garantia constitucional).

O princípio da naturalidade do juízo, portanto, encerrando uma garantia constitucional, limita, de um lado, **os poderes do Estado (impossibilitado, assim, de instituir juízos “ad hoc” ou de criar tribunais de exceção) e assegura, ao acusado (ou ao sindicado/indiciado), de outro, o direito ao processo (judicial ou administrativo) perante autoridade competente, abstratamente designada** na forma de lei anterior (vedados, em consequência, os juízos “ex post facto”). É por essa razão que ADA PELLEGRINI GRINOVER - após destacar a importância histórica e político-jurídica do princípio do juiz natural - acentua, com apoio no magistério de JORGE FIGUEIREDO DIAS (“Direito Processual Penal”, vol. 1/322-323, 1974, Coimbra), que esse **postulado constitucional acha-se tutelado por garantias irredutíveis que se desdobram, “na verdade, em três conceitos: só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade** de quem quer que seja” (“O Processo em Sua Unidade – II”, p. 39, item n. 6, 1984, Forense - grifei). O fato irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo - considerado o princípio do juiz natural - é que ninguém poderá ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos senão mediante julgamento pela autoridade competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas - que representam limitações expressivas aos poderes do Estado - consagrou, agora de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política, prescreve que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. A importância político-jurídica desse princípio essencial - que traduz uma das projeções concretizadoras da cláusula do “due process of Law” - foi acentuada pelo autorizado magistério de eminentes autores, tais como ADA PELLEGRINI GRINOVER (“O Processo em sua unidade – II”, p. 3/4, 1984, Forense), GIUSEPPE SABATINI (“Principii Costituzionali del Processo Penale”, p. 93/131, 1976, Napoli), TAORMINA (“Giudice naturale e processo penale”, p. 16, 1972, Roma), JOSÉ CIRILO DE VARGAS (“Processo Penal e Direitos Fundamentais”, p. 223/232, 1992, Del Rey Editora), MARCELO FORTES BARBOSA (“Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988”, p. 80/81, 1993, Malheiros) e ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (“Constituição de 1988 e Processo”, p. 30/32, item n. 10, 1989, Saraiva) (grifamos).

Outrossim, outras garantias individuais incomensuráveis no processo penal são a ampla defesa e o contraditório, que serão analisadas de forma conjunta a fim de que sejam melhor compreendidas. Dessa forma, tais direitos-garantia encontram ensejo constitucional no art. 5º, LV, da CRFB/88, com o seguinte teor: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Fernando da Costa Tourinho Filho aponta que o referido princípio constitui o dever que “a parte contrária deve ser ouvida”, bem como acarreta na impossibilidade de restrições para a defesa, tendo em vista que a igualdade deve permear as atuações de acusação e defesa, ou seja, a paridade de armas. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 73) Já Aury Lopes Júnior define o contraditório como “um método de confrontação da prova e comprovação da verdade”, constituindo uma condição imprescindível para a existência da estrutura dialética do processo penal, e do processo como um todo. (JÚNIOR, 2014, p. 220)

E continua o autor:

O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petítoria) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e à alegações mútuas das partes na forma dialética. (JÚNIOR, 2014, p. 221)

Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira o direito ao contraditório, em sua acepção mais moderna, pode ser definido como:

Na visão atual, o direito fundamental ao contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais. (OLIVEIRA, 2013, p. 432)

André Nicolitt defende que o contraditório constitui a organização dialética do processo por intermédio de “tese e antítese legitimadoras da síntese, é a afirmação e negação”. Desse modo, os atos processuais se desenvolvem de modo bilateral, acarretando na possibilidade de que as partes se “manifestem sobre cada ato do processo”. Logo, para a efetiva existência do contraditório se faz necessário a presente do complexo “ciência-e-possibilidade-de-resistência”. (NICOLITT, 2013, p. 40)

Noutro giro, a ampla defesa está umbilicalmente ligada ao contraditório, pois “o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a ação”. (LIMA, 2016, p. 51)

Dessa forma, a ampla defesa é comumente dividida pela doutrina em: 1) defesa técnica/processual/específica, porquanto “supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional”. (JÚNIOR, 2014, p. 224) Vale ressaltar que a defesa técnica é irrenunciável, bem como é imprescindível para o válido desenvolvimento do processo, pois “condição de paridade de armas,

imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive, fortalece a própria imparcialidade do juiz”; (JÚNIOR, 2014, p. 225) 2) autodefesa/material/genérica, constituindo a opção do sujeito passivo em oferecer resistência pessoalmente à acusação, ou seja, “o sujeito passivo atua pessoalmente, defendendo a si mesmo com indivíduo singular, fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado”. (JÚNIOR, 2014, p. 227)

Nesse sentido, a autodefesa possui duas vertentes de notória importância, a saber: 1) direito de audiência, consistindo na prerrogativa que o acusado possui em “se apresentar ao juiz da causa a sua defesa, pessoalmente. Esse direito se materializa através do interrogatório”; e 2) direito de presença, consubstanciado na oportunidade de o acusado “ao lado de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa”. (LIMA, 2016, p. 58)

Por fim, verifica-se a essencialidade do direito ao contraditório e à ampla defesa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como extraído do seguinte julgado:

Como se vê, trata-se de garantir o devido processo legal em sua dimensão material. E, como afirmei, sua concretização, a cujo âmbito pertencem as garantias específicas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da Constituição da República) impõe a estrita observância do procedimento tipificado em lei.

O exercício do contraditório deve, assim, permear todo o processo, garantindo sempre, como ônus, a possibilidade de manifestações oportunas e eficazes da defesa, desde a de arazoar e contra-arazoar recursos, até a de se fazer ouvir no próprio julgamento destes.

Outra garantia de extrema relevância para o processo penal é o denominado princípio do *favor rei*, que configura o princípio base de toda a legislação processual penal, motivo pela qual deve “No conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último”. Outrossim, o princípio *favor rei* tem seu viés interpretativo, tendo em vista que nos casos em que houver interpretações antagônicas de uma norma legal, a denominada antinomia interpretativa, a interpretação selecionada deve ser a mais favorável ao réu. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 98)

Acerca dos reflexos do princípio *favor rei* no ordenamento jurídico brasileiro, Fernando Costa Tourinho Filho aponta:

No processo penal, várias são as disposições que consagram o princípio do *favor innocentiae*, *favor libertatis* ou *favor rei*. Assim, a proibição do *reformatio in pejus* (art. 617); os recursos privativos da Defesa, como os embargos infringentes ou de nulidade; a revisão criminal como direito exclusivo do réu (art. 621 e s.); a regra do art. 615, § 1º, do CPP; e, por fim, como coroamento

desse princípio, o da presunção de inocência, hoje erigido à categoria de dogma constitucional. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 96)

Outro direito-garantia de extrema relevância para o processo penal é a da razoável duração do processo, com escopo constitucional no art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88.

Para André Nicolitt tal direito fundamental reflete:

Enquanto direito fundamental, tem natureza jurídica de direito subjetivo, público e autônomo, consistente no poder de exigir que o Estado preste a jurisdição em tempo razoável. Os titulares do direito são as partes no processo, o que eventualmente pode incluir um órgão público. O obrigado é sempre o Estado, embora a violação possa se dar por qualquer de seus órgãos ou poderes.

A garantia tem aplicação em qualquer tipo de processo (penal, civil, trabalhista, administrativo etc.), seja de conhecimento, cautelar ou de execução. O fato de a ação eventualmente ser privada (de exercício privado), quer exclusivamente, quer privada subsidiária da pública, não exime o Estado da responsabilidade por dilações indevidas. (NICOLITT, 2013, p. 46)

Entretanto, apesar da clareza do dispositivo constitucional, a não fixação de um prazo para a conclusão do processo previsto no dispositivo pode transformar esse importante direito em letra morta. Por isso, muitos doutrinadores buscam apontar critérios razoáveis para a fixação de um prazo. Por todos, o critério fixado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) aponta alguns critérios que podem ser utilizados para esse fim, quais sejam: 1) complexidade da causa; 2) conduta dos litigantes; 3) atuação das autoridades judiciais; 4) contexto do processo e importância do litígio para os demandantes. (NICOLITT, 2013, p. 49)

Noutro giro, a presunção de inocência constitui um dos direito-garantia mais importantes do processo penal, contendo tal relevância que “podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).” (JÚNIOR, 2014, p. 217) Esse importante princípio processual penal encontra fundamento constitucional no art. 5º, LVII, da CRFB/88, que assim dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Aury Lopes Júnior aponta que a presunção de inocência tem importantes efeitos no âmbito do processo penal, dentre os quais:

A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador, diante da imposição do *in dubio pro reo*); a limitação à publicidade abusiva (para redução dos danos decorrentes da estigmatização prematura do sujeito passivo); e, principalmente, a vedação ao uso abusivo das prisões cautelares. (JÚNIOR, 2014, p. 220)

E continua o autor apontando que a presunção de inocência atua em duas dimensões distintas, a saber: 1) dimensão interna, caracterizando um dever de tratamento, no sentido de a caça da prova seja inteiramente da acusação, tendo em vista que se o réu é presumidamente inocente não precisa provar nada, e que a dúvida quando ao cometimento do delito deve ser resolvida em favor do réu, bem como o referido princípio implica em restrições ao uso abusivo das prisões cautelares; 2) dimensão externa, configurando uma proteção ao acusado face à publicidade abusiva, constituindo verdadeiros limites democráticos à exploração midiática do acusado. (JÚNIOR, 2014, p. 220)

Por derradeiro, impende demonstrar a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena, onde o Excelso Pretório entendeu que esta não infringe a garantia constante do art. 5º, LVII, da CRFB/88, onde destaca-se:

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional, agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório. O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que **“o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país”** (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010). **5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, 5 Em elaboração no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência.** A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. **Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por**

Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. **É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então** 6 Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/1990. (grifamos)

Por fim, a última garantia processual penal que será analisada no presente trabalho monográfico é a da publicidade, notável ganho democrático em nossa Constituição de 1988, tendo em vista que somente em regimes autoritários que a persecução penal corre em total sigilo, impedindo um controle legítimo da sociedade acerca do *modus operandi* estatal na condução do processo, ou seja, “A publicidade é importante para que haja participação do público na qualidade de espectador, podendo exercer verdadeiro controle sobre a atividade jurisdicional do Estado”. (NICOLITT, 2013, p. 44)

O referido princípio consta resguardado no art. 5º, LX, da CRFB/88, com a seguinte dicção: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

2. A LEI Nº 9.296/96: PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEGISLAÇÃO

2.1. ABORDAGEM DAS POSIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ANTES DA LEI Nº 9.296/96

Antes do advento da Lei nº 9.296/96, havia nos tribunais a autorização do Juiz para ocorrer a interceptação telefônica com fundamento no que trazia o art. 57, II, e da Lei nº 4.117/62, *in verbis*:

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:
 I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;
 II - O conhecimento dado:
 e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação dêste.

Todavia, o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça não admitiam escuta telefônica, considerando ilícitas todas as interceptações realizadas antes da Lei nº 9.296/96. O STF e o STJ entendiam que o art. 57, II, e do Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT, não era abrigado pelo art. 5, XII da CRFB/88, uma vez que esse dispositivo não apresentava as formas e as hipóteses de cabimento das interceptações, entendendo, portanto, que o preceito constitucional não era auto aplicável. (STRECK, 2001, p. 21)

Em outras palavras, entendeu o STF e o STJ que o art. 5, XII, da CRFB/88 é uma norma constitucional de eficácia limitada, dependente de regulamentação infraconstitucional.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: “A escuta telefônica realizada antes da Lei nº 9.296/96, ainda que calçada em ordem judicial, não estava juridicamente amparada, acarretando prova obtida por meio ilícito”. (REsp 225.450/RJ, Relator: Ministro Felix Fischer, j. em 08/03/2000, p. 145)

No mesmo contexto, julgou o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. **PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA.** ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos,

direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido. (grifamos)

Nas lições de Lenio Luiz Streck cabe razão o entendimento, “exigindo a Constituição da República que exista lei que discipline a possibilidade que é exceção, já que sem lei não seria possível considerar lícita a interceptação de comunicação telefônica.” (STRECK, 2001, p. 22)

Segundo os ensinamentos do mestre Renato Brasileiro de Lima:

Com efeito, em virtude do art. 5º, XII, da Constituição Federal, a interceptação das comunicações telefônicas só poderia ser determinada se presentes três requisitos: a) ordem judicial autorizadora; b) finalidade de colheita de evidências para instruir investigação criminal ou processo penal; e c) existência de lei específica prevendo as hipóteses em que a quebra será permitida. À exceção do primeiro requisito, que se refere à necessidade de autorização judicial, os demais não estavam presentes enquanto não editada a Lei nº 9.296/96, faltando, assim, a disciplina da duração das interceptações, da realização da gravação, da introdução do seu resultado como meio de prova, da documentação e registro das operações, da comunicação ao juiz competente, do processamento do contraditório, da possibilidade de impugnação da autenticidade da conversa, da identidade da voz, etc. (LIMA, 2016, p. 177)

Noutro giro, por mais que majoritária, veja outra posição do STF em relação a impossibilidade do uso de provas obtidas por meio de interceptações no julgamento do HC 73.311/MS: “A existência nos autos de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica) não basta à invalidação do processo, se a sentença condenatória está baseada em prova testemunhal autônoma, isto é, colhida sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita.” (HC 73.311/MS. Relator: Ministro Néri da Silveira, jul. 30/04/1996) (STRECK, 2001, p. 22)

Há de ser mencionado, semelhantemente, as posições mitigadas do STJ e de outros tribunais. O STJ em algumas de suas turmas já teve entendimento no sentido de relativizar as provas obtidas por interceptações, como foi o caso do julgamento do Habeas Corpus 4138/RJ:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, **não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia.** O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que “são inadmissíveis...as provas obtidas por meio ilícito” **não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao Juiz, através da “atualização constitucional”, base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa.** A jurisprudência norte-americana mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal não é tranquila. **Sempre é invocável o princípio da “razoabilidade”.** O princípio

da exclusão das provas ilicitamente obtidas também lá pede temperamentos. Ordem denegada. (grifamos)

Particularmente, alguns Tribunais estaduais entendiam que se houvesse ordem judicial seria considerada lícita a recepação telefônica. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “Escuta telefônica. Prova de autoria. A escuta telefônica é expressamente autorizada na Constituição Federal, art. 5º, inciso XII, em casos especiais e deferida pelo Juiz. Preliminar de nulidade rejeitada. Prova de autoria manifesta.” (RJTJRS 166/52) (STRECK, 2001, p. 24)

Com base no mesmo entendimento, decidiu o Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, em 1994:

EMENTA: PROVA – ESCUTA TELEFÔNICA – VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO SIGILO – INOCORRÊNCIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS DIZ RESPEITO A INTERCEPTAÇÃO, MAS NÃO A ESCUTA, QUE COM AQUELA NÃO PODE SER CONFUDIDA, PODENDO SER ADMITIDA COMO PROVA EM PROCESSO JUDICIAL (STRECK, 2001, p. 25)

E, também, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 185.901-3

DECISÃO: 30/10/1995

EMENTA: PROVA CRIMINAL – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – ADMISSIBILIDADE – INVIOLABILIDADE DO SIGILO NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – HIPÓTESE EM QUE A POLÍCIA TENDO SUSPEITA RAZOÁVEL SOBRE ENVOLVIMENTO NO COMÉRCIO DE DROGAS, OBTVEVE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – RECURSO PROVIDO. **Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process of law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade.** (grifamos) (GRECO FILHO, 1996, p. 50)

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, comentam que:

Em rumoroso caso judicial, ocorrido em São Paulo, foi discutida pelo tribunal de Justiça a conduta de juiz que, a pedido da autoridade policial, havia autorizado interceptação telefônica, com fundamento no código de Telecomunicações. Após parecer de Damásio de Jesus, favorável a ordem judiciária, a representação foi arquivada, considerando-se lícita à ordem de interceptação (Repres. 006.336/87 TJSP). Ademais, em decisão do STF, que determinou o desentranhamento dos autos, do resultado de interceptação telefônica por ilicitamente realizada, o Min. Aldir Passarinho fez alusão aos mencionados dispositivos do Código de Telecomunicações como possivelmente adequados para legitimar as escutas em caso de crimes particularmente graves, como os de extorsão mediante sequestro. (RTJ 122/47). (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 178)

Com isso, pois, apesar do entendimento do Supremo Tribunal Federal apresentar posição vedando a prova obtida com o uso da interceptação telefônica

antes da Lei nº 9.296/96, boa parte dos Tribunais nacionais e o próprio Superior Tribunal de Justiça não dispunham de um entendimento que fosse de encontro com o que fixava o STF, autorizando, ainda que judicialmente, a prova obtida por interceptações telefônicas.

2.2. DISTINÇÕES BÁSICAS ACERCA DOS CONCEITOS APRESENTADOS NA LEI DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

De acordo com os dicionários tradicionalistas da língua portuguesa a palavra “interceptar” tem o condão de pôr obstáculo no meio de ou entre; impedir ou obstruir passagem; fazer parar ou deter, aquilo que está na direção de outrem. Noutra passo, interceptar sob a análise da Lei nº 9.296/96, é visualizada de outra forma. Interceptar uma conversa telefônica não tem o intuito de fazer parar, interrompê-la, colocar fim ou cortá-la. Na Lei em comento deve-se entender que interceptar é o ato de captar comunicação de outrem e ter acesso ao conteúdo, podendo-se afirmar, para tanto, que a sua essência é fazer com que um terceiro estranho tenha acesso às informações de uma comunicação alheia.

O art. 5º, inciso XII da CRFB/88 que assegura a inviolabilidade de correspondências e de comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas, trás uma exceção da vedação de violação da privacidade do cidadão, quando se tratar de interceptação telefônica nas hipóteses e na forma estabelecida em lei e, desde que realizada através de uma ordem judicial, com o intuito de realizar uma investigação criminal ou instruir um procedimento penal, desde que realizada por outrem, estranho ao caso, sem conhecimento de ambos os interlocutores. (STRECK, 2001, p. 17)

Importante salientar que não se deve considerar que escuta telefônica e gravação telefônica sejam sinônimos de interceptação telefônica, isto porque, na escuta telefônica, terá um dos interlocutores total ciência de que existe terceiro naquela comunicação e, na gravação telefônica, um dos envolvidos será o próprio gravador daquela comunicação, ambos os casos distintos entre si, bem como distintos do caso da interceptação telefônica, que ocorre sem o consentimento dos sujeitos envolvidos, isto é, ambos não terão conhecimento de que existirá um terceiro captando aquela comunicação. (LIMA, 2016, p. 137)

Renato Brasileiro de Lima leciona:

Pelo menos em regra, a interceptação deve ser levada a efeito como

gravação das conversas interceptadas. Mas daí não se pode concluir que a gravação funcione, necessariamente, como elemento integrante do conceito de interceptação. De fato, uma simples interceptação, desacompanhada de gravação, pode ser objeto de prova no processo penal, desde que não configure violação à intimidade. O próprio art. 6, §1, da Lei nº 9. 296/96, deixa entrever que a gravação da interceptação telefônica nem sempre será possível, o que, no entanto, não funciona como óbice à realização da diligência. (LIMA, 2016, p. 137)

Para que haja uma melhor fixação, cabe trazer os conceitos dos meios apresentados acima: a) Interceptação telefônica; b) Escuta telefônica; c) Gravação telefônica.

Primeiramente, impende conceituar a principal, qual seja, a interceptação telefônica. Nela, o objetivo consiste em captar comunicação telefônica alheia por outrem, sem que ambos os interlocutores tenham conhecimento. É considerada a interceptação em *stricto sensu*.

A escuta telefônica é conceituada como a escuta realizada por terceiro, onde um dos participantes tem conhecimento de sua presença. Renato Brasileiro cita um exemplo em sua obra, da seguinte maneira: É o que acontece, por exemplo, na hipótese em que familiares da pessoa sequestrada, ou a vítima de um estelionato, ou ainda, aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através do telefone, em sua vida privada, autoriza que um terceiro leve adiante a interceptação telefônica. (LIMA, 2016, p. 138)

No tocante da gravação telefônica, também denominada por gravação clandestina, pode-se dizer que está ligada a gravação de uma comunicação telefônica onde um dos próprios comunicadores, realiza a atividade, ou seja, ocorre uma auto-gravação. Têm-se a denominação de gravação clandestina, tendo em vista que na maioria dos casos a gravação é realizada sem o consentimento do interlocutor que não participa do ato de gravar.

Existem, ainda, outras espécies trazidas na doutrina relacionadas diretamente ao meio-ambiente, são elas: d) Comunicação ambiental; e) Interceptação ambiental; f) Escuta ambiental e g) Gravação ambiental.

Em relação à comunicação ambiental pode-se dizer que a sua referência se dá diretamente no meio-ambiente, sem que haja recepção por meios físicos, artificiais, fios elétricos. Relaciona-se à uma conversa realizada por duas pessoas em local público ou privado, sem a presença de telefone.

Noutro passo, a interceptação ambiental pouco diverge da interceptação telefônica em sentido estrito, já que trás a violação da vida privada como na

anteriormente analisada. Ocorre que neste caso a comunicação não será telefônica.

Para melhor análise, confira outro exemplo trazido na obra de Brasileiro:

Suponha-se que, no curso da investigação relativa ao crime de tráfico de drogas, a autoridade policial realize filmagem de indivíduos comercializando drogas em uma determinada praça, sem que os traficantes tenham ciência de que este registro está sendo efetuado. (LIMA, 2016, p. 138)

Além da comunicação ambiental e da interceptação ambiental, ainda encontra-se no rol a escuta ambiental conceituada como a captação de uma comunicação no seu ambiente, realizada por terceiro, através do consentimento de um dos sujeitos participantes. Outro exemplo da obra é o de uma vítima de concussão que, com auxílio da autoridade policial, possa ter efetuado o registro audiovisual do momento em que o funcionário público exige uma vantagem indevida para si em razão de sua função.

Por fim, a gravação ambiental que nada mais é do que a captação no ambiente da comunicação realizada por um dos comunicadores, por meio de câmera escondida ou gravador, por exemplo.

Existe uma parcela da doutrina que estabelece que o art. 1º da Lei supracitada abrange tanto a interceptação telefônica em sentido estrito, quanto a escuta telefônica aqui conceituada, já que uma e outra tem o objetivo de captar comunicação alheia, sendo certo que as demais explicitadas no presente estudo não estariam abrangidas pelo regime jurídico da Lei nº 9.296/96.

Renato Brasileiro de Lima leciona que:

A Lei nº 9.296/96, não abarca, portanto, a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro. Fica essa hipótese fora do regime da lei, sendo considerada válida a gravação como prova quando houver justa causa, como ocorre em casos de sequestro. Nada impede que o Juiz autorize a escuta, se houver requerimento nesse sentido. Mas não é necessária a autorização judicial, pois se houver gravação sem ela, mas estiver fundada em justa causa, a prova pode ser utilizada. Prevalece, então, o entendimento de que as gravações telefônicas não estão amparadas pelo art. 5º, XXII, da Constituição Federal, devendo ser consideradas meios lícitos de prova, mesmo que realizadas sem ordem judicial prévia, pelo menos em regra. (LIMA, 2016, p. 139)

Neste sentido, julgou o Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO: HC 80949 RJ
RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
JULGAMENTO: 30/10/2001

Ementa: HABEAS CORPUS: CABIMENTO: PROVA ILÍCITA. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro

de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha.

Noutro giro, existe uma outra parcela da doutrina que entende que o legislador acabou por deixar da Lei nº 9.296/96 a escuta telefônica, limitando-se a tratar, tão somente, da interceptação telefônica em *stricto sensu*.

De acordo com os ensinamentos de Vicente Greco Filho:

Sendo a nota distintiva entre as duas figuras o consentimento de uma das partes, presente apenas na escuta, esta haveria de merecer tratamento diferenciado, dada a menor dose de sacrifício da garantia da intimidade envolvida, que, no saco, resumir-se-ia à da parte que não detém conhecimento sobre a captação de suas conversas, já que a outra abriu mão voluntariamente, da garantia do sigilo telefônico. (GRECO FILHO, 1996, p. 5)

Independentemente do posicionamento adotado, é necessário registrar que a realização da escuta telefônica poderá ser realizada e determinada pela autoridade judicial, desde que tenha justo motivo, por estímulo do Princípio da Proporcionalidade que tem o intuito de equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade.

Nesse sentido, cabe analisar a posição do Supremo Tribunal Federal:

Habeas Corpus 74.678-1/SP: Seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. **Quem se dispõe a enviar correspondência ou telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.** (grifamos)

Com base nos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes, pode-se concluir que a finalidade da interceptação telefônica é obter por meio da captação uma prova que será materializada em um documento, seja um auto circunstanciado ou transcrição,

ou seja um depoimento através da prova testemunhal, sendo certo que uma dessas formas probatórias será a responsável pela fixação dos fatos no processo, de modo a conseguir legitimar a decisão judicial frente às partes ou frente à universalidade de pessoas. (GOMES, 2009, p. 436)

Por último, não menos importante, cabe trazer ao presente estudo deste tópico a natureza jurídica da Interceptação Telefônica *stricto sensu*. Por ela, deve-se entender que as comunicações telefônicas, sem ligação com os outros ou – *de per si* – como trata Renato Brasileiro em sua obra, são consideradas fontes de prova, já que dela é retirada a comprovação de infração penal ou o envolvimento de um sujeito em um crime. Por sua vez, a interceptação telefônica funciona como meio de se obter uma prova, isto é, como medida cautelar processual, originada de uma natureza coativa real e solidada em uma apreensão imprópria, já que dela se apreende elementos fonéticos que formam a conversa telefônica.

Ada Pellegrini Grinover afirma que: A gravação da interceptação das comunicações telefônicas é o resultado da operação técnica e, portanto, a materialização da fonte de prova.” Finalmente, têm-se a transcrição das gravações funcionando como meio de prova, já que esta ficará juntada aos autos para que possa o Juiz regularizá-la. (GRINOVER, 2009, p. 165)

2.3. DO PROCEDIMENTO: QUESTÕES FUNDAMENTAIS E DETERMINAÇÕES LEGAIS

De acordo com o art. 3 da Lei nº 9.296/96, “a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I - da autoridade policial, na investigação criminal; II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal”.

O pedido da autoridade policial será sempre pertinente, claro, se necessário, durante as investigações criminais, sendo certo que apesar da Lei não trazer a essência do *Parquet* quando da solicitação policial, faz entender que este terá, obrigatoriamente, que concordar com o pedido, nos mesmos moldes na prisão temporária prevista na Lei nº 7.960/89, art. 2, §1º, bem como da prisão preventiva, tendo em vista ser ele o titular da Ação Penal Pública, art. 129 da CRFB/88, e desta forma, destinatário final das investigações policiais.

Poderá o Ministério Público requerer a interceptação telefônica, tanto na fase investigatória, como durante o curso da instrução processual. Além do que, uma vez

que as jurisprudências tem admitido o poder investigatório do *Parquet*, não poderia ocorrer a recusa de uma solicitação de interceptação telefônica por ele no curso de um procedimento investigatório criminal, onde ele próprio tem o trabalho de guiá-lo.

Renato Brasileiro de Lima ensina que:

Por analogia, na ação penal de iniciativa privava, deve-se conferir ao querelante legitimidade para requerer a interceptação. Nos crimes de ação penal pública, a lei não confere legitimidade à vítima para requerer interceptação telefônica, independentemente de ela ter-se habilitado (ou não) como assistente no processo. Se a vítima não tem legitimidade para quererê-la, queremos crer, porém, que pode sugerir à autoridade policial ou ao órgão do Ministério Público que requeiram a diligência. (LIMA, 2016, p. 161)

Ao ler o art. 3º da Lei supracitada, percebe-se que em nenhum momento é mencionado que poderá a defesa requerer a interceptação telefônica, todavia, alguns doutrinadores entendem que poderia o acusado por meio do seu advogado requerer a realização da interceptação telefônica de outro possível suspeito ou até mesmo da suposta vítima diretamente ao Juiz, com o fito de obter a sua própria inocência, tendo em vista o Princípio da Proporcionalidade.

Percebe-se ao analisar o artigo em comento que apenas o Juiz poderá autorizar a interceptação telefônica, não concedendo nem à autoridade policial, nem ao Ministério Público a concessão de autorização sobre tal medida. Como se viu, o Juiz poderá determinar de ofício a interceptação tanto na fase das investigações, como durante a ação penal, bem como quando houver requerimento da autoridade policial, na fase investigatória, ou por requerimento do Parquet, na fase investigatória ou da ação penal. Alguns doutrinadores entendem que a decretação de ofício da interceptação telefônica pelo Juiz na fase investigatória seria inconstitucional, por violar o sistema acusatório de processo, o Princípio da Imparcialidade e o Princípio da Inércia de Jurisdição, atuando o Juiz, segundo os ensinamentos de Paulo Rangel, como juiz investigador, juiz inquisidor.

Com entendimento contrário, Luiz Francisco Torquato Avolio leciona que:

Poderia fazê-lo durante a fase do inquérito policial? Penso que sim, pois não vislumbro aí a figura do juiz inquisidor, o processo cautelar pode ser utilizado sempre que necessário, e não ficaria o juiz impassível diante de eventual inércia do Ministério Público ou da autoridade policial. O que o juiz não pode, por força do princípio da inércia da jurisdição, é iniciar a investigação ou a ação penal. Mas tendo-se deflagrado o inquérito, se pode ele o mais (decretar a prisão provisória), também poderia determinar diligência probatória, de cunho cautelar. (AVOLIO, 2010, p.238)

Atualmente, grande parte da doutrina entende que seria inexistente a inconstitucionalidade, uma vez que a autoridade judiciária estaria utilizando-se de

um poder geral de cautela, buscando pela verdade real com base no sistema do livre convencimento.

Noutro passo, analisa-se o art. 4º da Lei nº 9.296/96 que demonstra que o pedido de interceptação de comunicações telefônicas conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados. Quanto a isso, notadamente, poderá o juiz admitir pedido verbal, contanto que os pressupostos que autorizam a medida estejam presentes, momento em que a concessão será reduzida a termo. Ainda que seja uma decisão interlocutória, onde teria o Juiz o prazo de 5 (cinco) dias, conforme dispõe o art. 800, II, do CPP, a respectiva Lei de Interceptação Telefônica dispõe um prazo mais reduzido, qual seja, o de 24 (vinte e quatro) horas, afirmando que a natureza da medida requer urgência. (LIMA, 2016, p. 161)

Cabe demonstrar, também, o que dispõe o art. 5 da Lei nº 9.296/96 que assim determina: “A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

Renato Brasileiro de Lima explica que “esse prazo de 15 (quinze) dias é o prazo-limite para cada autorização judicial, o que não impede o juiz de conceder a autorização por prazo inferior, caso entenda ser tal prazo suficiente para auxiliar nas investigações.”

E continua o autor, como já decidiu o STJ no julgamento do Habeas Corpus 152.092/RJ:

Havendo necessidade de renovação do prazo da interceptação, **esta deve se dar antes do decurso do prazo fixado na decisão originária, evitando-se uma solução de continuidade na captação das comunicações telefônicas.** Como o controle judicial deve ser prévio, seja no tocante à concessão inicial da interceptação, seja em relação à renovação do prazo, se as interceptações se prolongarem por período “descoberto” de autorização judicial, os elementos aí obtidos devem ser considerados inválidos, por violação ao preceito do art. 5º, XII, da Constituição Federal. (LIMA, 2016, p. 163)

Nesse passo, existem quatro correntes discorrendo sobre quantas vezes o prazo poderia ser renovado.

A primeira corrente defendida por Avolio, dispõe que a renovação poderá ocorrer por uma única vez com duração máxima de 30 (trinta) dias para a interceptação. (LIMA, 2016, p. 164)

A segunda corrente que encontra respaldo no julgamento do HC 76.686/PR realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, estabelece que a renovação ocorrerá uma só vez, todavia, quando existir justificativa exaustiva do excesso e for a medida totalmente indispensável, seria possível renovar o prazo da interceptação, mas sem que exista excesso, já que não é permitido ofender a razoabilidade. Renato Brasileiro demonstra em sua obra que: “Em caso concreto em que as interceptações telefônicas perduraram por quase 02 (dois) anos, a 6ª Turma do STJ concluiu haver evidente violação ao referido princípio, daí por que considerou ilícita a prova resultante de tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônica.” (LIMA, 2016, p. 164)

A terceira corrente defende o prazo máximo é o de 60 (sessenta) dias, conforme estabelece o art. 136, §2 da CRFB/88, de forma a ocorrer quando decretado o Estado de Defesa, também disposto no art. 136 da CRFB/88, onde Presidente da República poderá limitar o direito ao sigilo da comunicação telegráfica e telefônica, sendo certo que se a limitação não puder durar mais de 60 (sessenta) dias aqui, não teria motivos para durar mais em estado de normalidade.

A quarta e última corrente determina, de acordo com o julgamento do HC 152.092/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça e de acordo com os ensinamentos de Vicente Greco Filho que:

O prazo da interceptação pode ser renovado indefinidamente, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova (posição majoritária): no art. 5º da Lei nº 9.296/96, a expressão uma vez deve ser compreendida como preposição, e não como adjunto adverbial. (GRECO FILHO, 2005, p. 51)

Após o trâmite acima, dispõe o art. 6 que “deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização”.

Observa-se que é obrigatória à comunicação dos procedimentos ao *Parquet*, sob pena de nulidade relativa. Brasileiro ensina que:

Agora, se a ciência ao órgão do Ministério Público é obrigatória, o acompanhamento das diligências é facultativo. Afinal, como destinatário final das investigações, ainda que o Ministério Público não tenha acompanhado as diligências, delas fatalmente terá conhecimento quando por ocasião da formação de sua opinio delicti. (LIMA, 2016, p. 168-169)

Além do mais, o art. 7 determina que “para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público”.

Isto porque de acordo com o que precisa ser investigado, a polícia investigativa nem sempre irá dispor de meios eficientes e próprios para realizar a captação das comunicações imprescindíveis para tal investigação, sendo por este motivo que a própria Lei nº 9.296/96 dispõe que para os procedimentos, poderá a autoridade policial requerer serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

É certo que em algumas ocasiões não será possível a realização da gravação das comunicações interceptadas, havendo, também, situações em que a decisão judicial limitar-se-á ao simples controle das chamadas telefônicas, com o intuito de verificar quando e para quem o sujeito passivo efetuava ligações. Desse ponto, exibe a própria Lei supracitada a ressalva dos casos que a diligência possibilite a gravação da comunicação interceptada, onde será determinada a sua transcrição, conforme dispõe o art. 6, § 1º. (LIMA, 2016, p. 169)

Ada Pellegrini comenta que “sendo possível a gravação da comunicação, deve o magistrado determiná-la, para posterior transcrição das conversas interceptadas, pois, somente assim, poderá haver melhor aferição da veracidade da prova, sua idoneidade técnica e autenticidade da voz, para oportuna valoração do juiz. (GRINOVER, 2009, p. 176)

Cabe ressaltar que quando for possível efetuar a gravação, é de suma importância que os originais sejam preservados, já que poderá haver futuros questionamentos em relação a autenticidade da prova. Além disso, não sendo possível realizar a gravação da conversa telefônica, será o conteúdo levado aos autos através de prova testemunhal, sendo certo que também serão ouvidos como testemunhas todos os responsáveis pela execução.

Renato Brasileiro aduz que “logicamente, nessa hipótese, o valor probante da prova será indubitavelmente menor em relação àquele da gravação, mas daí não se pode concluir pela exclusão da prova, devendo o juiz atribuir a ela o que valor que merecer”. (LIMA, 2016, p. 169)

Dentro dos procedimentos é importante, ainda, fazer uma leitura do que estabelece o art. 8 da Lei nº 9.296/96, *in verbis*:

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, **preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.** (grifamos)

Perceba que o sigilo disposto neste artigo também já era previsto no art. 1º da Lei supracitada, dispondo que “a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”.

O intuito é afirmar por completo que a pessoa que está sendo investigada não poderá ter conhecimento da realização de tal diligência, já que, caso tivesse, seria frustrada a conclusão desse meio de investigação, não importando se seria a medida cautelar autorizada durante as investigações ou durante a instrução processual penal, o fato é que, a diligência tem o dever de levada sob sigilo de justiça, uma vez que esta é a única forma de garantir sua utilidade.

Após a realização de tal, será declarada a abertura ao contraditório e à ampla defesa com direito as impugnações, direito à prova, perícias fonéticas, etc. De outro ângulo, deverá o contraditório ser exercido posteriormente, isto é, quando mostrar concluídas as diligências pertinentes à interceptação telefônica, onde será levado ao investigado e a seu defensor o conteúdo integral das gravações, com o fito de realizarem as impugnações a prova produzida, exercendo o direito à ampla defesa. (LIMA, 2016, p. 171)

Renato Brasileiro de Lima disciplina que:

Mesmo após ser levantado o sigilo de justiça para o investigado e seu defensor, todavia, não é qualquer pessoa que poderá ter acesso ao conteúdo das diligências, gravações e transcrições. Valores constitucionais como um processo justo, o direito à intimidade e à vida privada do acusado e das pessoas que com ele se comunicaram devem preponderar sobre o direito de que a todos seja assegurada a possibilidade de ter acesso ao teor das gravações telefônicas. Não há falar, portanto, em publicidade externa em relação aos elementos obtidos com a interceptação telefônica. Daí a própria lei ter tipificado a conduta de realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigilo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (art. 10). (LIMA, 2016, p. 171)

Realizada a diligência, será encaminhado pela autoridade policial o seguimento da interceptação ao Judiciário, assistido de auto circunstanciado que conterá todo o resumo das operações realizadas, conforme determina o art. 6, §2º da Lei nº 9.296/96, mesmo nas hipóteses em que não houver tido êxito na interceptação. Observe que o auto circunstanciado é visto como formalidade essencial para a validade da prova resultada de gravações de áudio e interceptação telefônica, sendo que na sua falta poderá haver nulidade relativa.

Após o Juiz receber esses elementos, determinará sua autuação em separado, apensado-o aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, onde os elementos obtidos através da interceptação poderão servir para que seja formado a *opinio delicti* do órgão ministerial, bem como influenciar na formação da convicção do magistrado, sendo certo que o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas, deverão ser mantidas na forma do art. 8.

Brasileiro menciona que:

Segundo o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, a apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal. Há de se ter especial atenção aos dispositivos legais aí citados, na medida em que a reforma processual de 2008 alterou a redação de todos eles. A referência feita pelo legislador no art. 8º aos dispositivos acima mencionados demonstra que a apensação deve se dar somente ao final do processo, ou seja, no momento imediatamente anterior à prolação da sentença. (LIMA, 2016, p. 172)

Melhor dizendo, os três dispositivos do CPP supracitados demonstram que o apensamento só ocorrerá após as alegações finais das partes para preservar com mais eficiência, o sigilo das diligências e transcrições, fazendo com que eviteo acesso de terceiros ao conteúdo das comunicações telefônicas.

Todavia, se a interceptação for decretada no curso do processo e apensada antes da sentença, não será possível que o acusado e seu defensor tenha acesso ao conteúdo da prova nesse momento, já que, por óbvio, deverão as partes antes de apresentarem suas alegações, ter acesso à prova obtida pela interceptação telefônica.

Ainda nas lições do mestre se, num primeiro momento, a interceptação telefônica é decretada sem que o acusado tenha conhecimento tão logo estejam concluídas as diligências e transcrições,

deve se assegurar à defesa a possibilidade de ter acesso ao conteúdo da interceptação já concluída. Somente assim serão respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). De fato, de nada adiantaria franquear o acesso da defesa à interceptação somente ao final do processo, quando, então, não mais teria a possibilidade de produzir contraprova para infirmar os elementos probatórios obtidos com a interceptação telefônica. (LIMA, 2016, p. 172)

Consequentemente, independente da interceptação ser decretada durante a fase investigatória ou processual, o acusado e seu defensor, ou advogado constituído nos autos, deverão ter acesso à prova para que seja efetivado o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, na impugnação da defesa no tocante do valor probatório do resultado da interceptação, considera-se inserida no momento probatório da valoração pelo juiz, não se confundindo com a admissibilidade da prova. A questão estará de encontro com a autenticidade das reproduções mecânicas, não sendo diferente do que ocorre com outras fontes de prova do mesmo gênero. Se a pessoa atribuída aquela conversa não se reconhece, poderá haver a necessidade de que seja realizado o exame pericial através da comparação do espectrograma da voz, sendo certo que caso o investigado nega ser sua a voz captada, poderá a confirmação ser realizada por outros meios de prova diferentes do espectrograma da voz. (LIMA, 2016, p. 173)

Como se atenta Ana Brasil Rocha,

...
apesar da negativa do acusado, pode-se confirmar por outras formas que as conversas captadas foram por ele mantidas, como, por exemplo, por meio de diligências concomitantes à interceptação em que se busca a identificação do interlocutor, seja pela obtenção dos dados e registros cadastrais, seja por meio do serviço de inteligência que consegue identificá-lo pelo apelido, pela forma como ele chama outras pessoas de seu convívio que surgem nas escutas telefônicas, pelo lugar que frequenta ou até mesmo pela apreensão do aparelho telefônico na posse do investigado. Enfim, seja qual for a diligência realizada, se por outra forma puder ser confirmado que o investigado de fato era o interlocutor das conversas captadas, a perícia da voz torna-se absolutamente desnecessária. (ROCHA, 2012, p. 338-339)

Por fim, cabe apresentar o que estabelece, também, o art. 9 da Lei nº 9.296/96.

De acordo com esse dispositivo,

A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada. Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Se desta forma for verificada à prova, a autoridade judiciária deverá determinar sua inutilização, com o fito de preservar a intimidade e a vida privada das pessoas que tiveram sua conversa gravada, já que seu conteúdo não demonstrou interesse à situação objeto de investigação.

Ademais, o requerimento da inutilização das gravações poderá ser formulado tanto Parquet, quanto pela interessada, podendo ser esta qualquer pessoa que comprove legítimo interesse na destruição das gravações, desde o investigado até um terceiro que se comunicou com o sujeito passivo da interceptação, sendo certo que poderá o requerimento ser formulado no curso das investigações ou durante a instrução processual.

A própria lei estabelece que deverá haver decisão judicial que determine a inutilização da gravação, por conseguinte, a destruição só será possível após preclusa a mencionada decisão, sendo ofertado ao Ministério Público e à quem possua interesse acompanhar o incidente de inutilização.

Cabe registrar ainda que contra a decisão que defere ou indefere a inutilização da gravação requerida, caberá o recurso de apelação, uma vez que a hipótese é de decisão com força definitiva não elencada no rol do art. 581 do CPP.

Por fim, caso o pedido do terceiro interessado pela destruição das gravações de conversas impertinentes e irrelevantes para a prova, não seja atendido pelo Juiz, poderá este impetrar mandado de segurança contra o ato jurisdicional que indeferiu seu pedido à preservação da intimidade. (STRECK, 2016, p. 174)

2.3.1. Principais considerações sobre as Resoluções nº 59/2008 e nº 217/2016 do Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça, fundamentando no art. 103-B, § 4º, da CRFB/88, editou a Resolução nº 59, com o intuito de disciplinar e uniformizar à decretação de interceptação de comunicações telefônicas.

Em face dessa resolução foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal com a alegação de que teria extrapolado os limites de seu poder regulamentar, inovando em relação à Lei nº 9.296/96. Segundo o Procurador-Geral da República: "as resoluções não se confundem com leis em sentido formal, pois não podem modificar a ordem jurídica em vigor, mas devem apenas se restringir a interpretá-la com finalidade executório-administrativa. Nunca com força de intervir na atividade jurisdicional".

Após esse episódio foram aprovadas algumas alterações da Resolução acima, através da Resolução nº 217/2016 de 16 de fevereiro de 2016, que alterou os art. 10, 14, 17, 18 e 19.

As alterações ocorridas foram todas no sentido de trazer uma maior especificação do que na Resolução anterior. Ademais, também deixou clara a sua preocupação diante da ausência de indicação do titular de determinado número, conferindo o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para sua indicação.

Observa-se o que constava nos incisos elencados no art. 10 que dispõe que "atendidos os requisitos legalmente previstos para deferimento da medida, o

Magistrado fará constar expressamente em sua decisão”:

Resolução nº 59/2008

- I – a indicação da autoridade requerente;
- II – os números dos telefones ou o nome de usuário, e-mail ou outro identificador no caso de interceptação de dados;
- III – o prazo da interceptação;
- IV – a indicação dos titulares dos referidos números;
- V – a expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão;
- VI – os nomes das autoridades policiais responsáveis pela investigação e que terão acesso às informações;
- VII – os nomes dos funcionários do cartório ou secretaria responsáveis pela tramitação da medida e expedição dos respectivos ofícios, podendo reportar-se à portaria do juízo que discipline a rotina cartorária.

Resolução nº 217/2016

- I – a autoridade requerente
- II – o relatório circunstanciado da autoridade requerente;
- III – os indícios razoáveis da autoria ou participação em infração criminal apenada com reclusão;
- IV – as diligências preparatórias realizadas, com destaque para os trabalhos mínimos de campo, com exceção de casos urgentes, devidamente justificados, em que as medidas iniciais de investigação sejam inviáveis;
- V – os motivos pelos quais não seria possível obter a prova por outros meios disponíveis;
- VI – os números dos telefones ou o nome de usuário, e-mail ou outro identificador no caso de interceptação de dados;
- VII – o prazo da interceptação, consoante o disposto no art. 5º da Lei 9.296/1996;
- VIII – a imediata indicação dos titulares dos referidos números ou, excepcionalmente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas;**
- IX – a expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão;
- X – os nomes de autoridades policiais e de membros do Ministério Público responsáveis pela investigação, que terão acesso às informações;**
- XI – os nomes dos servidores do cartório ou da secretaria, bem assim, se for o caso, de peritos, tradutores e demais técnicos responsáveis pela tramitação da medida e expedição dos respectivos ofícios, no Poder Judiciário, na Polícia Judiciária e no Ministério Público, podendo reportar-se à portaria do juízo que discipline a rotina cartorária. (grifamos)

Outra alteração que demonstra preocupação nítida é em relação aos vazamentos dos áudios ou cópia das conversas obtidas por meio das interceptações telefônicas na mídia. Agora, esses episódios darão ensejo obrigatoriamente a investigações, sob pena de responsabilização, é o que estabelece o art. 17 da Resolução supracitada, *in verbis*:

Art. 17. Não será permitido ao Magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos sigilosos contidos em processos ou inquéritos regulamentados por esta Resolução, ou que tramitem em segredo de Justiça, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente. (Redação dada pela Resolução 217, de 16.02.16)
 § 1º No caso de violação de sigilo de que trata o caput deste artigo, por integrantes do Poder Judiciário ou por membros de outras instituições,

dentre as quais a polícia, o Ministério Público e a advocacia, o Magistrado responsável pelo deferimento da medida requisitará a imediata apuração dos fatos pelas autoridades competentes, sob pena de responsabilização. (Incluído pela Resolução 217, de 16.02.16)

Por último, não menos importante, cabe destacar o art. 19 que assim passou a dispor:

Art. 19. A Corregedoria Nacional de Justiça exercerá o acompanhamento administrativo do cumprimento da presente Resolução e adotará as medidas necessárias para coibir quaisquer infrações aos seus dispositivos e resguardar o sigilo nela previsto, podendo, para tanto, firmar convênios ou acordos de cooperação com as Corregedorias dos Tribunais, da Polícia Judiciária e do Ministério Público, sem prejuízo da adoção de medidas, de ofício, para o seu cabal cumprimento. (Redação dada pela Resolução 217, de 16.02.16)

Parágrafo único. Caberá à Corregedoria Nacional de Justiça fixar a data de início da remessa das informações por parte das Corregedorias dos Tribunais. (Revogado pela Resolução nº 84, de 06.07.09)

Observa-se que aqui ficou a recomendação da criação de convênios ou acordos de cooperação entre os diferentes órgãos, com o objetivo de melhorar a apuração de infrações e garantir o sigilo dos dados.

3. DA NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO ENTRE A LEI Nº 9.296/96 E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Traçados os devidos apontamentos acerca das interceptações das comunicações telefônicas, considerando seus antecedentes históricos, sua previsão constitucional, a legislação vigente e os entendimentos jurisprudenciais, a partir de agora passa-se a um estudo mais aprofundado do instituto e suas implicações práticas, em consonância com os direitos e garantias fundamentais. Sobre a temática, Lenio Luiz Streck aduz que a utilização da interceptação telefônica para angariar elementos de prova em uma persecução penal deve respeitar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e somente deve ser permitida quando se mostrar indispensável à investigação, considerando a invasão à esfera individual do investigado ou acusado. (STRECK, 2016, p. 116)

O autor explana que existem 2 (duas) teorias que tratam do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, quais sejam, a teoria absoluta e a teoria relativa. A primeira corrente, defendida por Canotilho e Vieira De Andrade, sustenta que tal conteúdo “deve ser delimitado abstratamente, não podendo ser ultrapassados em hipótese alguma, nem mesmo quando a invasão possa ser justificada pela proteção de outros direitos fundamentais que tem a mesma hierarquia”. Já a segunda corrente, amparada por Rbert Alexy e Peter haberle, preconiza “o núcleo fundamental somente pode ser delineado de acordo com o exame do caso sub análise, através da ponderação dos direitos em jogo, que deve ser feita a luz do princípio da proporcionalidade”. (STRECK, 2016, p. 116)

É certo que não há direito ou garantia de caráter absoluto, motivo pelo qual a previsão do art. 5º, inciso XII da Constituição Federal, mitiga direitos como a intimidade e a privacidade dos indivíduos, ao permitir que, por ordem judicial, seja violado o sigilo das comunicações telefônicas. Nesse sentido, como se extrai da obra de Dirley da Cunha Junior e Marcelo Novelino, já se manifestou o Pretório Excelso, no RHC 115.983-RJ, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, declarando que:

O princípio da inviolabilidade das comunicações não é absoluto, podendo o interesse público, em situações excepcionais, sobrepor-se aos direitos individuais para evitar que os direitos e garantias fundamentais sejam utilizados para acobertar condutas criminosas. (CUNHA JUNIOR, 2016, p. 65-66)

Para Lenio Streck, “somente se justifica a invasão da esfera dos direitos

fundamentais do indivíduo para o combate dos crimes que representem ameaça aos valores constitucionais, erigidos como metas pelo Estado Democrático de Direito.” (STRECK, 2016, p. 52) Assim, havendo colisão entre o interesse público e os direitos fundamentais, deve ocorrer uma ponderação criteriosa, pois a intimidade é um direito individual inerente ao ser humano, e por isso, sua relativização deve ser muito bem fundamentada e absolutamente necessária à persecução penal, caso contrário, restará impossibilitada a obtenção da prova, pois se tornará ilícita.

A problemática é maior do que se imagina, haja vista que diversos operadores do Direito têm contato com a prova, seja no âmbito policial, ministerial ou judiciário, restando a intimidade e a privacidade do indivíduo investigado ou processado conhecida por várias pessoas, como expõe Oscar Marcelo Silveira de Silveira. Ademais, outros indivíduos também podem ter sua esfera individual invadida, apenas por conversar com os suspeitos, ou seja, “o simples fato do saber constituiria a invasão da intimidade do cidadão não suspeito ou não investigado e essa privacidade tem que ser respeitada e parece-nos que está fora do direito de intervenção estatal”.

Neste capítulo, far-se-á, inicialmente uma análise da constitucionalidade (ou não) do disposto no art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/96, expondo os argumentos doutrinários que impugnam o referido dispositivo, bastante criticado no meio jurídico. Em um segundo momento, aferir-se-á a punição para a interceptação telefônica e as provas ilícitas. Posteriormente, destacar-se-á acerca da relevância desse meio de prova excepcional para o desfecho das investigações criminais, além das demais questões processuais penais ligadas ao tema.

3.1. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2, INCISO III, DA LEI Nº 9.296/96

Muito se discute na doutrina acerca do art. 2º. Inciso III da Lei nº 9.296/96. O referido dispositivo prescreve que

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
[...]
III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Desde a edição da lei, a regra é duramente criticada por grande parte da doutrina, sob o argumento de violação aos princípios da legalidade e proporcionalidade, uma vez que crimes punidos com pena de reclusão, por essa

simples razão, podem ser investigados mediante interceptação telefônica, possibilidade que não é conferida aos crimes puníveis com detenção, prisão simples ou multa.

Guilherme de Souza Nucci critica essa incongruência, afirmando que “a doutrina brasileira, em várias situações, critica tal cerceamento, inclusive apontando um dos delitos em que a utilização do telefone é bastante comum, sendo apenado com detenção, que é a ameaça”. (NUCCI, 2014, p. 485) Corroborando esta afirmação, Renato Brasileiro de Lima assevera que o legislador deixou “de fora do âmbito de incidência da Lei nº 9.296/96 infrações penais em relação às quais a interceptação telefônica poderia funcionar como importante meio de obtenção de provas”, tais como a contravenção penal do jogo do bicho e o delito de ameaça cometido pela via telefônica. (LIMA, 2015, p. 155)

Para Nelson Nery Junior, citado por Lenio Luiz Streck, por um lado, “o legislador foi além, elegendo os crimes apenados com reclusão como autorizadores da escuta telefônica por ordem judicial”, e por outro, “foi aquém, quando deixou de contemplar os crimes de ameaça e contra a honra, quando cometidas por meio telefônico, ou as contravenções penais mais fortemente recriminadas pela sociedade, como é o caso do jogo do bicho.” (NERY JUNIOR, 2011, p. 56) Convém citar ainda Eduardo Luiz Santos Cabette, quando aduz que o legislador deveria ter previsto um rol taxativo das situações as quais seriam admissíveis a interceptação telefônica, tomando como base a Constituição Federal e os crimes mais graves, como é o caso dos crimes hediondos, equiparados, “tidos como mais destacados em sua danosidade social e, por isso, merecedores de uma repressão mais dura pelo Estado”.(CABETTE, 2015, p. 93)

Assim, alguns doutrinadores entendem pela inconstitucionalidade do inciso III do art. 2º da Lei de Interceptação Telefônica. Quem melhor explana esse raciocínio é Lenio Streck, pugnando por uma maior afinidade entre os critérios utilizados pelo Poder Legislativo e a Constituição Federal, haja vista que o enquadramento em sentido amplo dos crimes apenados com reclusão no referido dispositivo legal fere o princípio da proporcionalidade. (STRECK, 2011, p. 59) O autor defende que se proceda à inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, diante da flagrante desproporcionalidade,

toda vez que for utilizada a via da “escuta” para a investigação de determinados delitos que, à evidência, não estavam na previsão/reserva

constitucional que, no sopesamento entre fins e meios, mereceria o sacrifício da violação do direito à intimidade. Isto porque o Direito Penal sustenta-se justamente na diversidade dos bens jurídicos que os tipos penais “protegem”. Assim, torna-se quase que descipiendo [...] registrar que não pode uma lei equiparar ou isonomizar delitos como o contrabando, a sonegação de impostos, o tráfico de entorpecentes, a remessa ilegal de divisas, crimes cometidos por Prefeitos (Decreto 201), a lavagem de dinheiro e o meio ambiente, com delitos como o furto, estelionato e a apropriação indébita, os primeiros nitidamente crimes mais graves, que violam e causam múltiplas lesões a bens jurídicos difusos e coletivos, e os segundos, restritos que são ao patrimônio (meramente) individual. (STRECK, 2011, p. 60-61)

Neste diapasão, inclusive, o Partido Trabalhista Brasileiro, no ano de 2008, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, autuada sob o nº 4.112, impugnando diversos dispositivos da Lei nº 9.296/96, dentre os quais o artigo em comento, requerendo a aludida inconstitucionalidade sem redução do texto, para os crimes punidos com reclusão, genericamente, não sejam tidos como infrações de maior potencial ofensivo. Desse modo, “o critério genérico adotado pela norma não atende o princípio da proporcionalidade [...]. O legislador, de forma irrazoável, não indicou expressamente casos em que a interceptação poderia ser possível”. Atualmente, o processo tramita no Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Desse modo, interpretando-se o dispositivo consoante a Constituição, e aplicando-se a técnica de nulidade sem redução do texto, o Pretório Excelso poderia invalidar o dispositivo.

Portanto, a lacuna deixada pelo legislador, ao não elencar taxativamente os crimes nos quais seria permitida a obtenção de prova mediante interceptação das comunicações telefônicas, viola o princípio da reserva legal, considerando o conceito vago gerado pela omissão legislativa. Além disso, diante do exposto, resta violado também o princípio da proporcionalidade, uma vez que diversos crimes que teriam a interceptação telefônica como principal meio de se conseguir a prova não permitem a sua incidência, motivo pelo qual deve ser declarada a inconstitucionalidade do aludido artigo 2º, inciso III da Lei nº 9.296/96.

3.2. A PUNIÇÃO PARA A INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA E AS PROVAS ILÍCITAS

Outro ponto relevante que se põe em discussão é a interceptação telefônica realizada indevidamente, ou seja, desrespeitando os requisitos constitucionais e legais. Tal conduta está capitulado como crime, no art. 10 da Lei nº 9.296/96.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Renato Brasileiro nos ensina que a tipificação do dispositivo engloba 3 (três) condutas, quais sejam, interceptação sem autorização judicial, com objetivos não autorizados em lei e que viole segredo de justiça. A primeira delas “consoma-se no exato momento em que o agente toma conhecimento da comunicação alheia, pouco importando o conteúdo das conversas e o fato de ter havido (ou não) a gravação das comunicações interceptadas”. (LIMA, 2015, p. 172) A segunda consiste na interceptação com autorização judicial, mas realizada com desvio de finalidade, buscando objetivos estranhos à legislação e à Constituição Federal. Já a terceira se trata da transgressão do sigilo das diligências atinentes à investigação ou ao processo, consumando-se:

No momento exato em que o agente revela a terceiros a existência de uma interceptação telefônica, violando o segredo externo e a publicidade restrita a que se refere o art. 8º da Lei nº 9. 296/96, ou quando revela o conteúdo das gravações e transcrições realizadas. (LIMA, 2015, p. 173)

As duas primeiras condutas podem ser praticadas por qualquer pessoa, cuidando-se, portanto, de crime comum, enquanto a terceira é crime próprio, pois só pode ser cometida por quem tenha tomado ciência da interceptação em virtude do exercício de sua função, o que engloba não só os funcionários públicos, como promotores, juízes, delegados, mas também os auxiliares da justiça, tais como advogados, peritos, dentre outros. (LIMA, 2015, p. 172-173) O crime é apenado com pena de reclusão, de 2 (dois) e 4 (quatro) anos, além de multa. Mostra-se razoável a incriminação destas condutas, haja vista que se trata de uma discussão acerca de direitos fundamentais, em que há colisão entre o interesse público e a intimidade e vida privada. Como bem observa Streck, “a interceptação das comunicações é uma invasão na esfera dos direitos fundamentais do cidadão, devendo ser deferida somente por exceção, é evidente que àquele que realizar interceptações sem a autorização da justiça deve ser punido com rigor”. (STRECK, 2011, p. 107)

Desse modo, conclui-se que as provas obtidas mediante interceptação telefônica sem observância desses requisitos são consideradas ilícitas, devendo ser desentranhadas dos autos do inquérito ou processo à que forem anexadas. Guilherme de Souza Nucci alega que “a principal fonte de ilicitude advém de interceptações realizadas sem ordem judicial. Devem ser consideradas ilícitas e

imprestáveis para a formação do conjunto probatório”. (NUCCI, 2014, p. 483) Paulo Rangel preconiza que “a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar”. (RANGEL, 2014, p. 471)

Os doutrinadores dividem as provas inválidas em ilícitas e ilegítimas, consistindo estas na obtenção de elementos probatórios com violação às normas de direito processual, enquanto aquelas foram obtidas mediante afronta às normas de direito material, conforme ensina Fernando Capez. (CAPEZ, 2012, p. 587) Ocorre que, após a edição da Lei nº 11.690/08, que alterou o art. 157 do Código de Processo Penal, tal distinção perdeu sua aplicabilidade prática, uma vez que tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas passaram a receber o mesmo tratamento. (CAPEZ, 2012, p. 588)

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO)

As provas derivadas das ilícitas também devem ser inadmitidas no processo penal, de acordo com a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, salvo se por outro meio independente e legal fosse capaz de obter a referida prova, conforme aduz Cabette, como “uma maneira de agir coerente com o desejo de banir do processo moderno todo e qualquer reflexo de provas ilicitamente conseguidas, extirpando qualquer espécie de incentivo à sua produção”. (CABETTE, 2015, p. 67) Tal posicionamento é defendido pelo Supremo Tribunal Federal. Brilhantemente, Paulo Rangel aduz que “no Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor. Do contrário, estaríamos em um Estado opressor [...]”. (RANGEL, 2014, p. 473)

Enquanto uns entendem pela absoluta vedação de interceptação telefônica como meio de provam, caso do Ministro Celso de Mello, outras relativizam a

questão, como Nelson Nery Junior. No entanto, a posição majoritária sustenta que estas provas podem ser utilizadas por parte do réu, ou seja, em benefício da defesa, a fim de garantir sua absolvição no processo penal. Assim entendem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Eduardo Cabette e Luiz Flavio Gomes, por exemplo, em virtude da aplicação do princípio *in dubio pro réu*, a fim de se garantir a paridade de armas e a Ampla Defesa. Portanto,

nenhuma gravação ilícita pode ser utilizada [...] para incriminar alguém, mas somente para defender, considerando a proporcionalidade que determina a preponderância do interesse em não infligir penalidades a pessoas injustamente acusadas, ainda que para a comprovação de sua inocência tenham-se visto obrigadas a lançar mão de meios ilícitos. (CABETTE, 2015, p. 71)

Assim, aplicam-se as disposições gerais acerca das provas ilícitas, inadmissíveis no processo penal, salvo para beneficiar o réu, quando constituir o único meio de prova existente.

A doutrina diverge quanto à aceitação da mera gravação telefônica clandestina como meio de prova, o que também gera posicionamentos controversos na jurisprudência. Lembrando que a gravação clandestina se dá quando um dos interlocutores grava o diálogo, sem a ciência da outra parte. Autores como Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho e Ada Pellegrini Grivoner entendem que a gravação telefônica efetuada por um dos interlocutores não se enquadra no art. 5º, XII da CRFB/88, restando descaracterizada a conduta como interceptação telefônica ilegal. (STRECK, 2011, p. 107-108) No entanto, “a divulgação da conversa pode caracterizar outra afronta à intimidade, qual seja, a violação de segredo”. (STRECK, 2011, p. 108) Atualmente, esse é o entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal, como se extrai do voto do então Ministro Cezar Peluso, no julgamento do Recurso Extraordinário 402.717-8/PR, realizado em 02 de dezembro de 2008:

[...] não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova.

O pleno do Tribunal também já se manifestou, ratificando o entendimento, ao reconhecer Repercussão Geral sobre o tema no Recurso Extraordinário 583937 QO-RG/RJ, cuja ementa segue abaixo

AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

Em sentido contrário, Lenio Streck menciona Luis Flávio Gomes, o qual entende que as gravações, clandestinas ou ambientais,

configuram violação do direito à privacidade (CF, 5º, X), não podendo jamais ser admitidas como provas, quer no processo penal, quer no processo civil. Isso em nome do princípio da legalidade, em decorrência do qual nenhum direito fundamental pode ser restringido ou limitado. Ou seja, a falta de previsão desse meio de prova inviabilizaria a sua utilização no processo. (STRECK, 2011, p. 113)

Não obstante à evidente controvérsia, Lenio Streck afirma que cada caso deve ser analisado individualmente, devendo a imprescindibilidade do uso da gravação telefônica como meio de prova ser demonstrada na situação concreta, não sendo possível estabelecer uma posição pacífica, pois “como se sabe, hermenêutica jurídica é sempre aplicação e [...] do caso concreto, que deve exsurgir a solução da controvérsia. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade deverá reger o processo de interpretação da lei e da Constituição”. (STRECK, 2011, p. 113) Prossegue o autor afirmando que, tanto nas hipóteses de gravação clandestina, quanto nas gravações ambientais, “o Estado somente pode se imiscuir na vida privada do indivíduo na medida em que isso for absolutamente necessário à liberdade e à segurança da sociedade”. (STRECK, 2011, p. 115)

Desse modo, “é razoável sustentar que a (i)lícitude da prova colhida de forma clandestina ou ambiental, assim como a autorização da interceptação das comunicações telefônicas deve sempre passar pelo crivo da ponderação de bens”, pois somente a partir daí o intérprete poderá atribuir uma resolução para a questão. (STRECK, 2011, p. 117)

3.3. A IMPORTÂNCIA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA O ÊXITO DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

Noutro giro, feitas as considerações críticas à Lei de Interceptação Telefônica, busca-se nesta etapa demonstrar a sua importância para o desfecho das investigações ou para obtenção da verdade na instrução processual. O direito, de um modo geral, deve acompanhar as evoluções históricas, e no contexto atual, a tecnologia vem sendo cada vez mais adotada pela sociedade. Os grupos criminosos

também vêm utilizando a tecnologia a seu favor, o que reforça a importância desse acompanhamento por parte do Direito. Nessa esteira, a Constituição Federal, em 1988, estabeleceu modernos mecanismos a serem utilizados em favor do direito, como é o caso da previsão da possibilidade de interceptações das comunicações telefônicas no âmbito processual penal, sendo que, em 1996, o instituto foi regulamentado pela Lei nº 9.296. Na visão de João Santa Terra Junior,

Não obstante, é fácil constatar que a evolução tecnológica contribuiu para o incremento da criminalidade moderna e o Estado ainda não se aparelhou materialmente para esta nova realidade infracional. Os aparelhos necessários à operacionalização da interceptação telefônica são de elevado custo para aquisição pelo Estado e as técnicas de interceptações telemáticas estão disponíveis apenas para uma ínfima parcela das autoridades responsáveis pelo combate à criminalidade. Por outro lado, existem hipóteses nas quais o órgão estatal possui o equipamento necessário ao desenvolvimento das interceptações telefônicas e telemáticas, no entanto, falta material humano para manejá-lo. (TERRA JUNIOR, 2001, p. 51-52)

Assim, a interceptação das comunicações telefônicas é considerada uma meio excepcional e subsidiário de obtenção de prova, com o fito de auxiliar o conjunto probatório colhido pela acusação ou pela defesa, não se aplicando, conforme já afirmado, indistintamente a quaisquer delitos capitulados no Ordenamento Jurídico.

Desde que demonstrados no curso da persecução penal os pressupostos autorizadores das interceptações, consistentes no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, representados, respectivamente, pelos incisos I e II do art. 2ª da Lei nº 9.296/96, poderá o mecanismo ser utilizado para que se obtenha determinado elemento de informação, como informa Lênio Streck. (STRECK, 2001, p. 51-52) O art. 4ª da legislação correlata impõe que “o pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados”, ratificando a afirmação do doutrinador.

Streck esclarece ainda que quando a lei fala em “outros meios disponíveis”, seu alcance deve se restringir aos meios legais-processuais, sob pena de violação do devido processo legal e de implicação de cerceamento de defesa, não se justificando por alegações inócuas, como a falta de peritos, por exemplo. (STRECK, 2011, p. 53) Portanto, “o deferimento de interceptação é remédio (amargo) que deve ser administrado, contra o indivíduo e a favor da sociedade, de forma (muito excepcional)”. (STRECK, 2011, p. 53)

Mais uma vez, deve-se reportar à excepcionalidade da medida, que só deve

ser adotada quando o interesse público prevalecer sobre a intimidade e a vida privada. Nas precisas lições de Ricardo Antonio Andreucci, por se tratar de uma afronta a um direito constitucional, “não será permitida quando outros meios de prova se mostrarem idôneos para o esclarecimento do fato. A medida busca provar que certa pessoa praticou uma infração penal e que não ha outros meios para realizar tal comprovação”. (ANDREUCCI, 2010, p. 401)

Comprovados os requisitos que ensejam a decretação da interceptação das comunicações telefônicas, isto é, sendo tal mecanismo indispensável ao caso concreto, e havendo indícios suficientes de autoria ou participação do sujeito, inegável a importância do instituto para a investigação criminal, sobretudo para dismantelar organizações criminosas, investigar crimes que deixam poucos vestígios, e também demonstrar a inocência de quem esteja sendo investigado ou acusado injustamente.

Portanto, a importância da interceptação das comunicações telefônicas é de igual valor, em termos processuais, tanto para a acusação, quanto para a defesa. Para Alexandre de Moraes, defendendo a supremacia do interesse público em detrimento dos direitos individuais,

os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados com um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). (MORAES, 2003, p. 169)

Nessa esteira, João Santa Terra Junior refuta teses defensivas opostas ao uso das interceptações telefônicas em investigação criminal, sob alegação de que tal pensamento seja capaz de impedir o combate à criminalidade atual, argumentando que

Não se deseja afirmar que princípios norteadores da dignidade humana devem ser suprimidos em face da intervenção estatal voltada ao combate dos delitos. Porém, o garantismo desarrazoado e sem fundamentação lógica, embasado na já repisada alegação de inabaláveis direitos do investigado [...], acarreta ofensa flagrante e direta a um dos alicerces dos direitos fundamentais da sociedade previsto no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal, o esquecido **princípio da segurança**, [...] direito à preservação da dignidade do modo de vida em sociedade, o direito que os indivíduos formadores do pacto social têm de não ver seu convívio abalado pela minoria que opta por realizar condutas ofensivas aos bens jurídicos mais importantes individual e coletivamente. (TERRA JUNIOR, 2001, p. 51-52)

Em benefício da defesa, conforme explanado no item anterior, a maioria da

doutrina aceita a interceptação telefônica até mesmo realizada de forma ilícita, caso seja apta a garantir a absolvição de um inocente. Do mesmo modo, deverá ser aceita, obviamente, quando realizada legalmente, respeitando os requisitos previstos em lei, a fim de provar a inocência de alguém, em consonância com o Estado Democrático de Direito, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório.

De uma maneira geral, a aplicação da interceptação deve se dar para garantir o êxito da persecução penal, conciliando o interesse público e as garantias do réu ou indiciado. Cabette aduz que, embora a legislação seja falha, ocupa “um espaço há muito vazio no ordenamento jurídico brasileiro, espaço esse propiciador de insegurança e campo fértil à intromissão arbitrária na vida privada”. (CABETTE, 2015, p. 173)

3.4. QUESTÕES PROCESSUAIS PENAIS ACERCA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Importante neste momento da pesquisa mencionar acerca de questões processuais penais ligadas ao instituto da interceptação telefônica. O primeiro ponto a ser mencionado diz respeito ao encontro fortuito de provas relacionados a outros fatos delituosos, conhecido como serendipidade, quando, por exemplo, uma interceptação é decretada para investigar o delito de tráfico de drogas praticado por uma pessoa, mas apura-se a ocorrência de um homicídio, praticado por outrem. (LIMA, 2015, p. 158)

Renato Brasileiro relata a questão é polêmica, dividindo posicionamentos na doutrina e na jurisprudência. O autor expõe que os Tribunais têm aplicado a “teoria do encontro casual de provas”,

a qual é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Fala-se em encontro fortuito de provas, portanto, quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, a prova não deve ser considerada válida; se não houve desvio de finalidade, a prova é válida. (LIMA, 2015, p. 158)

Para Luiz Flávio Gomes, objetiva-se congruência “entre o fato e o sujeito passivo indicados na decisão e o fato e o sujeito passivo efetivamente investigados [...]”. “Caso isto não se configure, ou seja, havendo discordância “impõe-se a

imediate comunicação de tudo ao juiz (princípio do controle judicial), para que se delibere a respeito”. (GOMES, 2009)

Algumas considerações devem ser feitas. Quando uma interceptação enseja a descoberta de um fato diverso, mas ligado ao fato originalmente investigado, entende-se que estes são conexos, sendo aplicadas as regras da conexão. Além disso, quando a interceptação acarreta na descoberta do envolvimento de outro indivíduo naquele crime, aplicam-se as regras da continência. (LIMA, 2015, p. 159)

Desse modo, a revelação de uma nova infração ligada ao delito objeto de investigação, e do envolvimento de uma nova pessoa neste crime, serão consideradas provas válidas e legítimas para a persecução penal, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça e de Renato Brasileiro, o qual assevera que, “na visão do STJ, é lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação”. (LIMA, 2015, p. 159) O doutrinador prossegue proferindo a seguinte ressalva:

[...] se a interceptação telefônica conduzir a descoberta de fatos sem que haja a qualquer hipótese de conexão ou continência, os elementos aí obtidos não podem ser valorados como prova pelo magistrado, o que não impede, todavia, sua utilização como *notitia criminis* para deflagrar novas investigações. (LIMA, 2015, p. 159)

Desse modo, cuida-se de prova nula, mas não ilícita. Não poderá tal elemento descoberto fortuitamente ser utilizado na investigação ou no processo em curso, mas somente para fins de instauração de nova persecução penal. De maneira semelhante, Luiz Flávio Gomes aduz que

[...] se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, não vale a prova. Cuida-se de prova nula. Mas isso não significa que a descoberta não tenha nenhum valor: vale como fonte de prova, é dizer, a partir dela pode-se desenvolver nova investigação. Vale, em suma, como uma *notitia criminis*. Nada impede a abertura de uma nova investigação, até mesmo nova interceptação, mas independente. (GOMES, 2009)

A jurisprudência vai além, preconizando que a revelação de um crime apenado com detenção durante uma interceptação telefônica para investigar crime punido com reclusão é válida, podendo a nova prova “[...] ser usada não só como *notitia criminis*, mas também como legítimo meio probatório para fundamentar um decreto condenatório.” (LIMA, 2015, p. 159)

Adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a interpretação é lógica, pois do contrário, seria impossível investigar delitos punidos com reclusão conexos àqueles apenados com detenção. (LIMA, 2015, p. 159) Nesse aspecto, a jurisprudência

relativiza a previsão do contestado art. 2º, III da Lei nº 9296/92, permitindo o mecanismo nos crimes que sejam punidos com detenção.

Ademais, preconiza Nucci a possibilidade da competência para a nova infração ser determinada pela prevenção, ao afirmar que “o juiz, que, durante a fase de investigação policial, determinar a interceptação telefônica, torna-se preventivo para o conhecimento de eventual futura ação penal”, o que encontra fundamento em precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. (NUCCI, 2014, p. 489)

Outro ponto a ser enfrentado é questão da utilização da interceptação das comunicações telefônicas como prova emprestada. Embora a interceptação não possa ocorrer em processos cíveis ou administrativos, a prova colhida mediante interceptação pode ser emprestada para os processos de natureza diversa do criminal, conforme o entendimento majoritário.

Ademais, há precedentes no sentido de que, “desde que evidenciada a prática de crime, é possível que a interceptação telefônica seja determinada inclusive em processo cível”, como se afere do HC 203.405/MS, julgado pela 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça. Ada Pellegrini Grinover e Renato Brasileiro entendem que não há impedimento quanto a utilização desses elementos probatórios em outro processo.

Como destaca a doutrina, tendo em conta que o valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade, rompida esta, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional.

A jurisprudência entende que dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova. (LIMA, 2015, p. 147)

Eduardo Cabette também acena positivamente para a licitude e a “possibilidade da prova emprestada sempre que as partes envolvidas no processo civil e penal forem as mesmas, pois que nestes casos não se poderá falar em violação ao contraditório”, alertando também para uma objeção ao tema, que concebe como um mal necessário, consistente no conhecimento do material por outros funcionários e auxiliares da justiça, “expondo inevitavelmente a um número

maior de pessoas a intimidade dos envolvidos”, devendo, assim, prevalecer o interesse público. (CABETTE, 2015, p. 61-65)

Por fim, há que se mencionar a problemática envolvendo o prazo previsto para a duração da diligência acerca da interceptação das comunicações telefônicas.

Prescreve o art. 5º da legislação correta que

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

O referido prazo se inicia a partir do dia em que a medida é efetivada, e não da decisão que a determina, podendo o período concedido ser menor do que 15 (quinze) dias, caso a autoridade entenda como suficiente e necessário para auxiliar nas investigações. A questão controvertida refere-se à renovação da medida, se deve ocorrer apenas uma vez ou se é possível sua reiteração quantas vezes for necessária à investigação. Eduardo Cabette, Luiz Francisco Torquato Avolio, Paulo Napoleão Quezado, Clarisier Cavalcante e Altamiro Lima Filho defendem a renovação por uma única vez, ensejando um prazo máximo de 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência. (LIMA, 2015, p. 165) (CABETTE, 2015, p. 133) Ocorre que tal posição não encontra respaldo jurisprudencial. Segundo Renato Brasileiro, há uma corrente no sentido de que o limite máximo seria de 60 (sessenta) dias, em decorrência de uma interpretação da Constituição:

[...] quando decretado o Estado de Defesa (CF, art. 136), o Presidente da República pode limitar o direito ao sigilo da comunicação telegráfica e telefônica. Esse estado não pode superar o prazo de 60 (sessenta) dias (CF, art. 136, §2º). Se durante o Estado de Defesa a limitação não pode durar mais de 60 (sessenta) dias, em estado de normalidade esse prazo também não pode ser maior. (LIMA, 2015, p. 165)

No entanto, a posição amplamente majoritária, sustentada por Damásio de Jesus, Luiz Flávio Gomes, Renato Brasileiro, Ada Pellegrini Grinover, Vicente Greco Filho, Guilherme de Souza Nucci dentre outros renomados juristas, defende a renovação inteterminada da medida, desde que imprescindível ao caso concreto, ou seja, dentro da proporcionalidade, princípio norteador da interceptação das comunicações telefônicas. (CABETTE, 2015, p. 132-135) Esta é posição dominante também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, reportando-se Renato Brasileiro, em sua obra, a diversos julgados desta última Corte.

Com a crescente criminalidade em nosso país, é ingênuo acreditar que uma interceptação pelo prazo de 30 (trinta) dias possa levar ao esclarecimento de

determinado fato delituoso. A depender da extensão, intensidade e complexidade das condutas delitivas investigadas, e desde que demonstrada a razoabilidade da medida, o prazo para a renovação da interceptação pode ser prorrogado indefinidamente enquanto persistir a necessidade da captação das comunicações telefônicas. (LIMA, 2015, p. 165)

Portanto, não é possível renovação injustificada, sob pena de ilegalidade da medida, mas desde que demonstrada à sua indispensabilidade paara o êxito das investigações. Para concluir, ressalta-se que o prazo é de natureza decadencial, contando-se na forma do art. 10 do Código Penal, uma vez que, “tratando-se de medida restritiva não há como não concluir pela não inclusão do dia do começo em benefício do investigado”. (CABETTE, 2015, p.136)

4. CONCLUSÃO

Analisamos no decorrer do presente trabalho monográfico a temática atinente à interceptação telefônica, com especial enfoque para o regramento trazido pela Lei 9.296/96, expondo as principais polêmicas e divergências acerca do referido diploma legislativo ante as prescrições da Constituição da República de 1988, grande fonte de direitos e garantias fundamentais, com a qual todos os atos normativos devem guardar conformidade e respeito.

Para tanto, no primeiro capítulo enfrentamos a forma pela qual a história constitucional brasileira resguardou o direito ao sigilo das comunicações, especialmente como esta importante prerrogativa pública foi internalizada pela Constituição da República de 1988, bem como fizemos breves apontamentos acerca de outras garantias processuais penais de notória importância, objetivando demonstrar que deve haver um juízo de conciliação entre o exercício da pretensão punitiva do Estado e o resguardo aos direitos e garantias fundamentais.

No segundo capítulo abordamos os principais aspectos da Lei de Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/96), sobretudo no que se refere aos aspectos procedimentais positivados na referida legislação, bem como fizemos um pequeno estudo acerca da quebra do sigilo das comunicações pelos Tribunais Superiores antes do advento da Lei 9.296/96, mormente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, também não nos omitimos em relatar as principais inovações trazidas pelas Resoluções 59/2008 e 217/2016 do Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, no derradeiro capítulo tratamos da imprescindível adequação entre a Lei 9.296/96, notadamente sua aplicação prática pelos juízos e tribunais de todo país, e os direitos e garantias fundamentais cartelizados na Constituição Federal de 1988, sobretudo pela superioridade hierárquica constitucional ante as normas infraconstitucionais. Nesse passo, acentuamos a notória importância da Lei 9.296/96 para o desfecho exitoso das investigações criminais, sobretudo pelo constante avanço das organizações criminosas, demandando que sejam implementados novos métodos investigativos. Por fim, analisamos as questões processuais penais envolvidas à interceptação telefônica.

Desse modo, a conclusão deste trabalho monográfico foi no sentido de que deve haver uma ponderação entre os interesses persecutórios do Estado e o devido

respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, especialmente o sigilo de suas comunicações, tendo em vista que, como foi amplamente divulgado no decorrer do trabalho, a quebra do sigilo deve ser medida excepcional, utilizada como *ultima ratio* investigativa, devendo ser manejada quando os outros meios investigativos se mostrarem inúteis e infrutíferos.

Noutro giro, a utilização da Lei 9.296/96 deve ser realizada de forma responsável pelos agentes de investigação, sob a cuidadosa supervisão do juízo competente para apreciação do pedido de quebra do sigilo das comunicações, porquanto o magistrado, enquanto garantidor dos direitos e garantias fundamentais, não pode ser conivente com práticas atípicas que conduzam à ilegalidade das provas colhidas por intermédio das interceptações telefônicas. Outrossim, a Lei de Interceptações Telefônicas deve ser manejada de forma mais racional pelas autoridades responsáveis pela condução da investigação, devendo o procedimento investigatório criminal correr em estrita observância ao ordenamento jurídico vigente, acarretando que a prova colhida de forma dissonante ao previsto em lei deva ser considerada ilícita e imprestável ao processo penal, bem como que os agentes responsáveis pela ilegalidade respondam nos limites da lei.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial** – 7ª edição – São Paulo: Saraiva, 2010.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1891**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília/DF, de 24/03/1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 13/06/2016.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1934**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília/DF, de 16/07/1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 13/06/2016.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1937**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília/DF, de 10/11/1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 13/06/2016.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1946**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília/DF, de 18/09/1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 13/06/2016.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília/DF, de 18/09/1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 13/06/2016.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1969**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília/DF, de 17/10/69. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao69.htm> Acesso em: 13/06/2016.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília/DF, de 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18/06/2016.

_____. **LEI Nº 4.117, DE 27 DE AGOSTO DE 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm> Acesso em: 19/06/2016.

_____. **LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm> Acesso em: 18/06/2016.

_____. **RESOLUÇÃO Nº 58, DE 09 DE SETEMBRO DE 2008**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_59_09092008_04032016200708.pdf> Acesso em: 19/06/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL 225.450/RJ**. Relator: Ministro Felix Fischer, j. em 08/03/2000, p. 145. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/121856/TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 19/06/2016. p. 17

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1753-DF**. Relator: Sepúlveda Pertence, Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14698872/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1753-df>> Acesso em: 18/06/2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 73.351**. Relator: Ministro Ilmar Galvão, jul. 09/05/1996, DJ 10/03/1999. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744091/habeas-corporus-hc-73351-sp>> Acesso em: 19/06/2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 74.678**. Relator: Ministro Moreira Alves, 1ª Turma, jul. 10/06/1997, DJ 15/08/1997. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/95577446/trt-20-judiciario-10-07-2015-pg-51>> Acesso em: 18/06/2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 80.949**. 1ª Turma, Relator: Ministro Sepúlveda Perter, jul. 30/10/2001, DJ 14/12/2001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14749970/habeas-corporus-hc-80949-rj>> Acesso em: 18/06/2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 96.238 SP**. Relator: Cezar Peluso, Paciente: Fabiano Alves de Souza, Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8552841/habeas-corporus-hc-96328-sp>>. Acesso em: 19/06/2016

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 103.425**. Relatora: Ministra Rosa Weber, Paciente: Efrain Santos da Costa, Autoridade Coatora: Superior Tribunal Militar. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2541738>> Acesso em: 18/06/2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MANDADO DE SEGURANÇA 28.712 MC-DF**. Relator: Celso de Mello, Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo587.htm#transcricao1>> Acesso em: 19/06/2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 402.717-8-PR**. Relator: Cezar Peluso. Recorrente: Ministério Público Federal, Recorrido: Davi Makarasky. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/re-402717-stf.pdf>> Acesso em: 12/06/2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.937**- QO-RG/RJ. Relator: Cezar Peluso. Recorrente: Fernando Correa de Oliveira, Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>> Acesso em: 12/06/2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para Concursos** – 7ª edição – Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LEQUES, Rossana Brum. Interceptações telefônicas e a Resolução nº 217/2016 do CNJ. In: **Jusbrasil**. São Paulo, abril/2016. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/306720575/interceptacoes-telefonicas-e-a-resolucao-n-217-2016-do-cnj>> Acesso em: 19/06/2016

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Legislação Criminal Especial Comentada: Volume Único**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol. 1 – 8ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22ª edição – São Paulo: Atlas, 2014.

ROCHA, Ana Brasil. MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães; _____(Coords.). **Crime organizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SANTOS, Allan Diego Andrade. Interceptação telefônica - garantia constitucional - problemática procedimental sob a égide da Lei nº 9.296/96. In: **Conteúdo Jurídico**. Sergipe, 07/03/2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,interceptacao-telefonica-garantia-constitucional-problematica-procedimental-sob-a-egide-da-lei-929696,47272.html>> Acesso em: 19/06/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVEIRA, Oscar Marcelo Silveira de. Interceptação telefônica face aos direitos individuais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8811> Acesso em: 16/06/2016.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei nº 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Comentários ao art. 5º, inciso XII. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

TERRA JUNIOR, João Santa. **A Utilização Da Interceptação Telefônica No Combate À Criminalidade Atual**. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/INTERCEPTA%C3%87%C3%83O.doc> Acesso em: 16/06/2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal – Volume 1**. 35ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.