

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NA
INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL E O AVILTAMENTO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Fábio Augusto da Silva Mothé

**RIO DE JANEIRO
2018 / 1º SEMESTRE**

Fábio Augusto da Silva Mothé

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NA
INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL E O AVILTAMENTO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

**RIO DE JANEIRO
2018 / 1º SEMESTRE**

FICHA CATALOGRÁFICA

Fábio Augusto da Silva Mothé

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NA
INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL E O AVILTAMENTO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Data da Aprovação: ___ / ___ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2018 / 1º SEMESTRE**

Dedico este trabalho, aos meus pais Fábio e Adriana, meus pilares, simplesmente por tudo.

Aos meus irmãos Fabiana e Felipe, pelo amparo e companheirismo.

Aos meus avós, Estrella Garcia, Alicio Mothé e José Marcos (*in memoriam*), que olham por mim doutro plano.

Amo-os infinitamente.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pela educação provida, pelo amor incondicional, pelo amparo incessante e por jamais desacreditarem da minha capacidade.

Ao meu orientador, Antonio Eduardo Ramires Santoro, pelo suporte e paciência durante o período de elaboração da presente pesquisa.

A Faculdade Nacional de Direito, seu corpo docente, direção e funcionários em geral, que contribuíram diretamente na minha formação e conseqüentemente me oportunizaram a ser o indivíduo que sou hoje. Decerto, esta Casa, é responsável pela construção do saber, valores e anseios que hoje me habitam.

Aos demais familiares e amigos que direta ou indiretamente fizeram parte da presente etapa, devesas decisiva, em minha vida.

“... tenho para mim que o amor é o que há de mais importante no mundo. Analisar o mundo, explicá-lo, menosprezá-lo, talvez caiba aos grandes pensadores. Mas a mim me interessa exclusivamente que eu seja capaz de amar o mundo, de não sentir desprezo por ele, de não odiar nem a ele nem a mim mesmo, de contemplar a ele, a mim, a todas as criaturas com amor, admiração e reverência.”

(Hermann Hesse)

RESUMO

A presente pesquisa possui como escopo abordar a admissibilidade da interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no Direito Processual Penal pátrio, bem como a mitigação de direitos fundamentais decorrente da aplicação da supracitada medida na práxis forense. Neste estudo, foram analisados conceitos básicos acerca do instituto da prova na seara do Direito Processual Penal. Discorreu-se sobre os princípios constitucionais explícitos aplicáveis ao processo penal, sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para que, destarte, fosse possível adentrar com lucidez nos pormenores relativos à interceptação das comunicações telefônicas visando abordar seus requisitos legais e constitucionais, desdobramentos procedimentais e, por fim, sua acepção como meio de obtenção de prova. Nesse contexto, busca-se evidenciar uma interpretação e aplicação apropriada da Lei nº 9.296 de 1996, que regulamenta o artigo 5º, inciso XII, da CRFB/88, de forma que reste assegurada sua eficácia e efetividade sem se alijar da observância, deveras, imprescindível, dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna. É imperioso considerar que o processo penal não pode utilizar o meio de obtenção de prova com vistas a engendrar óbices à concretude dos direitos e garantias fundamentais, cuja implementação a sociedade busca a duras penas.

Palavras-chave: prova penal; interceptação telefônica; meio de obtenção de prova; direitos fundamentais.

ABSTRACTO

La presente investigación tiene como objetivo abordar la admisibilidad de la interceptación telefónica como medio de obtención de prueba en el Derecho Procesal Penal brasileño, así como la mitigación de derechos fundamentales derivada de la aplicación de la mencionada medida en la praxis forense. En este estudio, se analizaron conceptos básicos acerca del instituto de la prueba en el alcance del Derecho Procesal Penal. Se discutió sobre los principios constitucionales explícitos aplicables al proceso penal, bajo la égida de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988. Para que, de este modo, fuera posible adentrarse con lucidez en los detalles relativos a la interceptación de las comunicaciones telefónicas para abordar sus requisitos legales y constitucionales, desdoblamientos procedimentales y, por fin, su acepción como medio de obtención de prueba. En este contexto, se busca evidenciar una interpretación y aplicación apropiada de la Ley n° 9.296 de 1996, que regula el artículo 5°, inciso XII, de la CRFB/88, de forma que se quede asegurada su eficacia y efectividad sin alejarse de la observancia, imprescindible, de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Carta Magna. Es imperativo considerar que, el proceso penal no puede utilizar el medio de obtención de prueba con miras a engendrar obstáculos a la concreción de los derechos y garantías fundamentales, cuya implementación la sociedad busca a duras penas.

Palabras-clave: prueba penal; interceptación telefónica; medio de obtención de prueba; derechos fundamentales.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ag Rg	Agravo Regimental;
AREsp	Agravo no Recurso Especial;
Art.	Artigo;
CNJ	Conselho Nacional de Justiça;
CPP	Código de Processo Penal;
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;
HC	Habeas Corpus;
MC	Medida Cautelar;
P. ex.	Por exemplo;
STF	Supremo Tribunal Federal;
STJ	Superior Tribunal de Justiça;
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I - DA PROVA NO PROCESSO PENAL.....	14
1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	14
1.1.1 Conceito e sentido.....	15
1.1.2 Finalidade e objeto.....	16
1.2 MEIOS DE PROVA E MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA.....	18
1.3 PROVAS ILEGAIS	19
1.3.1 Provas ilegítimas	19
1.3.2 Provas ilícitas	21
1.3.3 Provas ilícitas por derivação	21
CAPÍTULO II - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL.....	23
2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	23
2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	25
2.3 JUIZ NATURAL	27
2.4 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	28
2.5 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	30
2.6 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	32
2.6.1 Inadmissibilidade das provas ilícitas e das ilícitas por derivação	33
2.6.1.1 Admissibilidade pro reo em nome do princípio da proporcionalidade	36
CAPÍTULO III - INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS	40
3.1 CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	40
3.1.1 Interceptação telefônica <i>stricto sensu</i>	41
3.1.2 Escuta telefônica	41
3.1.3 Gravação telefônica clandestina.....	42
3.2 ASPECTOS DA LEI Nº 9.296 DE 24 DE JUNHO DE 1996.....	44
3.2.1 Âmbito de aplicação da Lei n.º 9.296/96	45
3.2.2 Natureza jurídica das interceptações telefônicas.....	48
3.2.3 Competência para apreciação da medida	49
3.2.4 Requisitos para deferimento.....	51
3.2.5 Procedimento	55
3.3 INTERCEPTAÇÃO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA.....	60
3.4 CONHECIMENTOS FORTUITOS.....	62
3.4.1 Teoria da serendipidade	62
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) tornou-se um marco no que concerne à inserção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão neste país, primando pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sob o viés do neoconstitucionalismo, esta se encontra no epicentro do ordenamento jurídico. Em verdade, a Carta Magna, atua como um filtro axiológico e regula de forma precisa todas as ações do Estado, bem como as ações entre seus particulares. De fato, a Constituição pátria baseada no Estado Democrático de Direito, consagrado em seu artigo (art.) 1º, nos pilares da democracia e velando pela observância dos direitos fundamentais, dissemina eficácia, conteúdo axiológico e finalidade a todas as demais normas infraconstitucionais.

Nada obstante, é possível asseverar que previsões garantistas foram excepcionadas pelo próprio texto constitucional, não raras vezes. Consoante o disposto na redação do art. 5º, inciso XII, da CRFB/88, o sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e, por fim, das comunicações telefônicas é inviolável, via de regra. No que tange a última hipótese supramencionada, restou estabelecida uma ressalva pelo constituinte, determinando a quebra do sigilo, por ordem judicial, nas hipóteses em que a lei estabelecer, das comunicações telefônicas, exclusivamente para fins de investigação criminal e instrução processual penal. Decerto, visou-se evitar que a proteção ao direito à intimidade sirva de supedâneo para a prática de atividades consideradas ilícitas.

De toda sorte, a relativização de direitos, sobretudo de natureza fundamental dispostos na Constituição, deve ser feita de maneira cautelosa e a interpretação de suas regras deve se dar em observância ao princípio da proporcionalidade. Portanto, o ato que afasta o direito à inviolabilidade das comunicações deve respeitar a intimidade e a privacidade no que não foi objeto específico de decisão judicial.

Nesse contexto, a presente pesquisa tem como objeto de estudo a análise e debate de aspectos referentes à admissibilidade da interceptação das comunicações telefônicas como

meio de obtenção de prova na instrução processual penal e o perene aviltamento de direitos fundamentais decorrente de sua aplicação.

Imperioso salientar que, a mera edição da Lei n.º 9.296 de 1996 não afastou os conflitos do instituto da interceptação das comunicações telefônicas em face aos valores constitucionais, sob a égide da CRFB/88. A mencionada lei, em seu artigo 2º, com o intuito de legitimar o aviltamento de direitos fundamentais insculpidos no artigo 5º, da CRFB/88, regulamenta as condições para a concessão de autorização judicial que determina a interceptação de comunicações telefônicas.

Mediante análise do supramencionado regime legal, é salutar apontar que a interceptação telefônica deve existir somente para apreciar fato determinado, e não para vasculhar a vida de um cidadão, o que desnaturaria a medida como meio de obtenção de prova e a tornaria uma vigilância constante. Haja vista, é possível aduzir que a exceção à proteção da intimidade somente deve ocorrer em casos de absoluta necessidade.

Embora a regulamentação do art. 5º, inciso XII, CRFB/88 tenha ocorrido com a Lei 9.296 de 1996, decorridos 12 (doze) anos, o tema ainda gera controvérsias uma vez que trata do sopesamento de direitos coletivos, direitos e garantias individuais, e equilíbrio de normas constitucionais. Por conseguinte, este é um impasse que requer profundo estudo, uma vez que é de suma importância para a sociedade como um todo. Tal assertiva possui fulcro no fato de que, hodiernamente, cada vez mais é necessário o implemento de tal medida que assume notável posição na seara da investigação criminal, bem como na instrução do processo penal no Brasil e no mundo.

O instituto da interceptação de comunicações telefônicas, é demasiadamente eficaz quando aplicado de maneira escoreita, logo não pode ser negligenciado a ponto de se deixar que sua aplicação caia no delírio persecutório da massa popular que, não raro como resultado de uma manipulação, ora ideológica, ora na busca do aumento da audiência de programas televisivos, ora para saciar seus anseios primitivos e violentos, exige do Poder Público uma imediata punição para quem ‘evidentemente’ cometeu um crime, provocando

indubitavelmente o aviltamento de direitos fundamentais dos cidadãos. O direito a persecução penal, indubitavelmente, deve respeito aos anseios democráticos e garantistas prezando pelo princípio da dignidade da pessoa humana. De fato, resta justificado a escolha do tema da presente pesquisa.

As problematizações centrais que permeiam esta monografia, dentre outras, que aqui serão elucidadas têm por base as seguintes indagações: “em que medida o Estado pode relativizar, aviltar, direitos fundamentais concernentes aos cidadãos tais como intimidade, privacidade, contraditório e ampla defesa, dando azo a persecução desenfreada de uma imediata punição a quem “claramente” cometeu um crime?”. Em outro plano: “quais são as *conditio sine qua non* de validade que o instituto da interceptação de comunicações telefônicas deve obedecer para que seja admitida como meio de obtenção de prova na instrução do processo penal?”.

Deveras, a presente pesquisa tem como objetivo institucional a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Por sua vez, o objetivo geral é, através da investigação, analisar cientificamente o instituto da interceptação telefônica. Por fim, como objetivo específico tem-se o estudo sobre a admissibilidade da interceptação das comunicações telefônicas como meio de obtenção de prova na instrução processual penal e o perene aviltamento de direitos fundamentais decorrente de sua aplicação.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, o presente estudo resta caracterizado como pesquisa científica de cunho qualitativo. Portanto, para a consecução de seu fim, será imprescindível o emprego de pesquisa documental e bibliográfica baseada em uma leitura crítica e analítica. Serão utilizados textos legais (normas), jurisprudência, artigos jurídicos de autores atuais e web sites. Considerando a função do referido instituto, e a partir de um método dialético de abordagem será empreendida uma análise jurisprudencial, legislativa e doutrinária sob o viés clássico, bem como, contemporâneo, objetivando o avanço nos estudos acerca do instituto tratado, para que seja otimizada sua aplicação na instrução do processo penal em nosso ordenamento jurídico.

CAPÍTULO I

DA PROVA NO PROCESSO PENAL

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O processo penal é um caminho necessário para alcançar-se, de forma legítima, a pena. Em verdade, é concebido como um conjunto de práticas sociais, que estabelece a maneira pelo qual o castigo é distribuído no Brasil. Indubitavelmente, a instrumentalidade do processo penal condiciona o poder de penar estatal à observância de regras e garantias constitucionalmente asseguradas. Em suma, este deve ser visto como um eficiente instrumento de concretização do Direito Penal, bem como garantidor do indivíduo que a ele está submetido, conseqüentemente configurando como limitador do poder de punir.

Destarte, o doutrinador AURY LOPES JR.¹, preleciona que “o processo penal é um instrumento de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico”. Deveras, são as provas os meios através dos quais se fará tal reconstrução do fato passado. Pode-se aduzir que, através destas, são criadas condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva em relação ao fato histórico narrado na peça acusatória. Haja vista, o processo penal e as provas nele admitida integram o *modo de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder jurisdicional.

Vale ressaltar que, a legitimação política do poder jurisdicional se dá porque os juízes e tribunais decidem as causas e definem os resultados a partir de um convencimento fundado em suas perspectivas da verdade sobre os fatos. Idealmente os juízes não deveriam condenar ou absolver de maneira arbitrária e caprichosa. O ideal, o arbitrário, o capricho, a sorte, não entram no sistema de arbitramento de responsabilidade. Por conseguinte, a pergunta que se faz é: “como chegar a tal verdade?”.

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**: Aury Lopes Jr. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Imperioso distinguir, ainda que brevemente, realidade e verdade. A realidade é nossa experiência de vida, sendo esta passada ou futura, é inacessível. Por sua vez, em regra, a verdade como um problema é o passado para o direito processual, excepcionalmente pode ser o futuro (medidas cautelares). Conforme preleciona, BADARÓ², “a ‘verdade’ atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram”. Logo, jamais se terá uma verdade absoluta.

A prova, portanto, é o instrumento não de acesso a realidade, porém instrumento que busca resolver a questão da verdade por meio da formação de juízos, por meio da formação de um determinado convencimento sobre como os fatos em tese ocorreram, ou sobre a probabilidade de ocorrer no futuro, vide nos casos de medidas cautelares. Esta, em resumo, confirma ou refuta um juízo acerca de uma hipótese.

Nesse sentido, conclui-se acertada a ideia de CARNELUTTI³ de que o tema da prova é o centro nervoso do próprio processo.

1.1.1 Conceito e sentido

Em seu sentido etimológico, a palavra *prova*, conforme NUCCI⁴, é originária do latim *probatio*, tem por significado verificação, ensaio, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação. Derivando dela o verbo *probare*, que significa provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar.

² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

³ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Ebook. Campinas: Russel, 2013.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: Guilherme de Souza Nucci. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Para CAPEZ⁵, “trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação”.

O conceito de prova, nas lições de AVENA⁶, “é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias”.

É nesse sentido também o entendimento de NESTOR TÁVORA e ROSMAR RODRIGUES⁷, acerca do conceito de prova: “a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio”.

Com efeito, seguindo o raciocínio dos doutrinadores, pode-se aduzir que é por intermédio das provas o modo pelo qual se demonstra a existência ou veracidade daquilo que foi narrado no processo, contribuindo para o modo de construção do convencimento do magistrado.

Destarte, conceituada a prova em seu sentido etimológico, bem como doutrinário é imperioso partir para verificação de sua finalidade e objeto.

1.1.2 Finalidade e objeto

Deveras, intrínseco no conceito encontra-se a finalidade, que se destina à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa. De fato, seu

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**: Fernando Capez. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: Norberto Avena. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

⁷ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2018.

objetivo é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo o mesmo.

AVENA⁸ assevera que,

no processo penal, a produção da prova, objetiva auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo. Não se destina, portanto, às partes que a produzem ou requerem, mas ao magistrado, possibilitando, destarte, o julgamento de procedência ou improcedência da ação pena.

No tocante ao objeto da prova, NUCCI⁹ aduz que, “são primordialmente os fatos que as partes pretendem demonstrar. Excepcionalmente, a parte deve fazer prova quanto à existência e ao conteúdo de um preceito legal”.

Na mesma toada, tem-se precisa concepção de CAPEZ¹⁰, o qual afirma que,

objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo

Portanto, se excetuando os fatos que não carecem de prova, o objeto da prova é o fato relevante que deve ser provado através de elementos convincentes, que levem à certeza, não podendo ensejar a insegurança da dúvida em nenhuma hipótese.

Para alcançar tal tarefa, são disponibilizados diversos meios de prova, bem como meios de obtenção de provas, com os quais se busca chegar o mais próximo possível da reconstrução dos fatos históricos para que o magistrado exerça sua atividade recognitiva.

⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: Norberto Avena. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: Guilherme de Souza Nucci. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**: Fernando Capez. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

1.2 MEIOS DE PROVA E MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

Consoante doutrina mais moderna, é imprescindível breve conceituação bem como apontamento da diferença entre tais instrumentos.

No que tange os meios de prova, AURY LOPES JR¹¹. assevera que, “é o meio através do qual se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão”. No mesmo sentido, BADARÓ¹² aduz que “são os instrumentos pelos quais se leva ao processo um elemento de prova apto a revelar ao juiz a verdade de um fato”.

Portanto, conclui-se que os meios de prova são instrumentos aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática. Prestam-se, de fato, ao convencimento direto do julgador, por exemplo (p. ex.): prova testemunhal, documentos, perícias, entre outros.

Por outro lado, cingindo-se aos meios de obtenção de provas, estes são, em verdade, instrumentos que permitem chegar-se à prova. Não são por si só fontes de conhecimento, porém caminhos para alcançar à prova. BADARÓ, de forma precisa, afirma que “são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário – documento – encontrado em uma busca e apreensão domiciliar; interceptações telefônicas, interceptação ambiental)”¹³.

Em suma, os meios de obtenção de prova são aptos a servir somente indiretamente ao convencimento do julgador, e dependendo de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**: Aury Lopes Jr. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.366.

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p.270.

¹³ Ibidem, p. 272.

Vale ressaltar que, tais instrumentos não estão dispostos de forma taxativa no Código de Processo Penal (CPP). No entanto, devem obedecer algumas restrições. Nesse sentido, se encontram as provas ilegais que serão tratadas a seguir.

1.3 PROVAS ILEGAIS

A busca pela verdade processual, ou seja, a verdade possível ou atingível¹⁴, e a amplitude da produção probatória utilizando-se dos meios de prova, bem como dos meios de obtenção de provas dispostos no CPP ou não, encontram limites.

Revela dizer que a prova ‘ilegal’, ‘proibida’ ou ‘vedada’ é assim classificada toda vez que sua produção implique violação de lei ou de princípios de direito material ou processual. É caracterizada como gênero, do qual são espécies a prova ilegítima, bem como a prova ilícita.

De modo geral, tanto a prova produzida ilegitimamente, como a prova obtida ilicitamente, não poderão ser valoradas pelo juiz¹⁵.

1.3.1 Provas ilegítimas

Na esfera das provas ilegais, a prova ilegítima não pode ser confundida com a prova ilícita, posto que a primeira é produzida mediante afronta a norma eminentemente processual penal e a princípios constitucionais da mesma espécie. *In casu*, o vício se dá na dimensão processual no momento da sua produção ou ingresso em juízo, no processo.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: Guilherme de Souza Nucci. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 316.

¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p.286.

São exemplos de provas ilegítimas: o depoimento prestado com violação a regra proibitiva do art. 207, CPP (sigilo profissional); juntada fora do prazo; prova unilateralmente produzida (declarações escritas e sem contraditório); confissão feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando a infração tiver deixado vestígios (art. 158, CPP); laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (art. 159, §1º, CPP) entre outras proibições que infringem o sistema processual.

Quando uma prova ilegítima venha a ser produzida, esta terá uma sanção cominada na própria lei processual, seja de forma explícita ou implícita. É nesse sentido a lição de AVÓLIO¹⁶:

assim, veremos que alguns dispositivos da lei processual penal possuem regras de exclusão de determinadas provas, como por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207, CPP). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo que se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade

É possível ainda que duas espécies de provas ilegais coexistam no mesmo ato. Uma vez que, na prática, as linhas que demarcam as distinções entre provas ilegítimas e provas ilícitas se mostram inseguras. BADARÓ¹⁷ aduz que “há violações de dispositivos constitucionais ou legais que teriam um aspecto bifronte, podendo ser lidos, de um lado, como uma garantia constitucional de proteção das liberdades públicas, e, de outro, como um regramento processual delimitando os mecanismos para realização de um meio de prova ou de obtenção de prova”.

Doravante, será abordada espécie de prova ilegal distinta da ora tratada. No caso, as provas ilícitas e suas particularidades.

¹⁶ AVÓLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal / Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. (Universitária, 1). p. 288.

1.3.2 Provas ilícitas

Em um contexto geral, são consideradas ilícitas as provas obtidas mediante a violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais, cuja transgressão se verifica no instante em que a prova é colhida, ou seja, no momento de sua obtenção.

São exemplos de provas ilícitas: uma apreensão de documento realizada mediante violação do domicílio (art. 5º, XI, CRFB/88), ou das comunicações telefônicas ou postais (art. 5º, XII, CRFB/88), as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CRFB/88), as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CRFB/88), entre outros casos.

Sobre o tema, assevera CAPEZ¹⁸:

quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal.

(...)

pode ocorrer, outrossim, que a prova não seja obtida por meio da realização de infração penal, mas considere-se ilícita por afronta a princípio constitucional, como é o caso da gravação de conversa telefônica que exponha o interlocutor a vexame insuportável, colidindo com o resguardo da imagem, da intimidade e da vida privada das pessoas (CRFB, art. 5º, X).

1.3.3 Provas ilícitas por derivação

TOURINHO FILHO¹⁹, em seus ensinamentos, aduz que “diz-se a prova ilícita por derivação quando, embora recolhida legalmente, a autoridade, para descobri-la, fez emprego de meios ilícitos”.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**: Fernando Capez. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 364.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. 1928. **Processo penal, volume 1**: Fernando da Costa Tourinho Filho. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2010

BADARÓ²⁰, por sua vez, afirma que “a prova ilícita por derivação é uma prova que, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida”.

De fato, podem ser citadas como exemplo de provas ilícitas por derivação: quando mediante escuta telefônica clandestina se obtém informação do lugar em que se encontra determinada quantidade de substância entorpecente; quando mediante tortura se chega ao local onde está o objeto furtado, dentre outros.

Ademais, mister se faz ressaltar, que a temática da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e das provas ilícitas por derivação, bem como suas exceções – casos em que tais provas são admitidas – será abordada em momento oportuno no capítulo seguinte.

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 289.

CAPÍTULO II

PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana, em sua acepção, tem origem religiosa: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com a centralidade do homem advinda dos ideais do Iluminismo, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Durante o século XX, a dignidade da pessoa humana se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Posteriormente, com o fim da 2ª Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana desloca-se de forma gradual para o mundo jurídico. Portanto, é imperioso ressaltar, com tais transições a “dignidade da pessoa humana” sem deixar de ser um valor moral-político fundamental, ligada a ideia de ‘bom’, ‘justo’, ganha também o enquadramento de “princípio jurídico”.

Destarte, ao ser convertida em um conceito jurídico, resta grande dificuldade em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil na prática de nosso ordenamento jurídico. Trata-se de um valor fundamental dos Estados Democráticos em geral que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa, seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. De fato, sua identificação como tal produz consequências importantes no tocante à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional.

Não cabem aqui aprofundamentos no que concerne a distinção entre normas e princípios. Porém, são imprescindíveis breves apontamentos quanto aos últimos.

Conforme DWORKIN²¹, os princípios não desencadeiam automaticamente as consequências jurídicas previstas no texto normativo pela só ocorrência da situação de fato que o texto descreve. Estes podem interferir uns nos outros e nesse caso o conflito deve ser resolvido levando-se em consideração o peso de cada um. Tal ponderação se faz segundo a indagação sobre o quão importante é determinado princípio numa dada situação. Por fim, consoante delineado pelo ilustre autor, é possível aduzir que os princípios captam os valores morais da comunidade e os tornam elementos próprios do discurso jurídico.

ALEXY²², brilhante doutrinador, aduz que são normas princípios, na sua visão “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. Assevera que estes são por isso mesmo, comandos de otimização que concitam a que sejam aplicados e satisfeitos no mais intenso grau possível. Também defende a ponderação quando ocorrer contraposição de princípios em casos concretos.

Realizadas as explicações necessárias, hei de cingir-me aos conteúdos mínimos da dignidade da pessoa humana que consistem no valor intrínseco da pessoa humana, autonomia da vontade e valor comunitário. BARROSO²³ os traz a lume de maneira escorreita consoante seguinte lição:

O *valor intrínseco* é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros. A inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que servem de justificação para essa condição singular. Do valor intrínseco decorrem direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica.

²¹ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1978. p. 24. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2014.

²² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1933. p. 81. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2014.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

A *autonomia da vontade* é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. Ínsita na autonomia está a capacidade de fazer valorações morais e de cada um pautar sua conduta por normas que possam ser universalizadas. A autonomia tem uma dimensão privada, subjacente aos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, sobre a qual se apoiam os direitos políticos, isto é, o direito de participar do processo eleitoral e do debate público. Condição do exercício adequado da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas.

O *valor comunitário* é o elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo. Nesta acepção, ela está ligada a valores compartilhados pela comunidade, assim como às responsabilidades e deveres de cada um. Vale dizer: a dignidade como valor comunitário funciona como um limite às escolhas individuais

Indubitavelmente, a identificação da dignidade como um princípio jurídico e a determinação de seus conteúdos mínimos serve para unificar a utilização da expressão no âmbito nacional atribuindo, a mesma, utilidade na prática de nosso ordenamento jurídico. Pois, seu emprego se torna facilitado mediante convenção terminológica, das ideias abrigadas na noção de dignidade humana.

Assumindo o enfoque apresentado, a eleição da dignidade da pessoa humana como fundamento da nossa República assegura que o indivíduo não seja concebido como mera engrenagem do processo penal, decorrendo de sua dignidade uma série de direitos e garantias que devem ser rigorosamente observados. Haja vista, conduz à proibição de provas ilícitas, a proteção à privacidade e o direito ao sigilo, o respeito ao devido processo legal e seus corolários tratados doravante.

Desta maneira, depreende-se que a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, todavia não se confunde com qualquer deles. Tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais. Justamente o contrário, ela é parâmetro da ponderação, em caso de contraposição de direitos fundamentais.

2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Trata-se de um princípio constitucional explícito, que consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens sem a garantia de um processo

desenvolvido na forma que a lei estabelece, consoante o disposto no artigo 5º, inciso LIV da Carta Magna. O princípio do *due process of law* – expressão originária direito anglo-americano – configura uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional.

Tal dogma constitucional deve ser analisado em duas perspectivas. A primeira, processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meio do devido procedimento (*procedural due process*). Decerto, em seu aspecto processual é um princípio síntese²⁴ que abrange os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente. Quanto à segunda perspectiva, material, reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (*substantive due process of law*). Esta última convém ressaltar, erigiu-se em um requisito de ‘razoabilidade’ e ‘racionalidade’ dos atos estatais.

BADARÓ²⁵, em acertada síntese, assevera:

em suma, o modelo constitucional do devido processo legal no sistema brasileiro é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. Sem isso, não haverá *due process* ou um processo *équ*o

Deveras, o processo, deve ser instrumento de garantia contra arbitrariedades, excessos, devaneios do Estado, visto como ferramenta de implementação dos valores apregoados em nossa Constituição Federal, como garantia suprema do *jus libertatis*²⁶. Por conseguinte, resta evidente que a garantia do devido processo legal é o ápice de todos os princípios. Pois, toda acusação de conduta criminosa será vinculada a um procedimento legal (e devido), resguardado por equilíbrio e imparcialidade, com o objetivo de garantir limites à atuação do

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 42.

²⁵ Ibidem.

²⁶ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 88.

Estado no exercício de seu *jus puniendi*, impondo procedimento que justifique eventual punição.

2.3 JUIZ NATURAL

A garantia do juiz natural foi expressamente consagrada na Constituição de 1988. Cumpre destacar seu duplo aspecto, adotado no ordenamento pátrio: de forma positiva, assegura o direito de ser julgado pela autoridade competente previamente definida pela lei e pelas normas constitucionais, consoante artigo 5º, inciso LIII, CRFB/88. Por outro lado, sob o viés negativo, veda a criação de tribunais de exceção conforme o disposto no artigo 5º, inciso XXXVII, CRFB/88. Por conseguinte, depreende-se, quanto ao último, que resta vedado a criação casuística e exclusiva de tribunais *ex post factum*, para apreciar determinado caso.

A finalidade almejada pela garantia do juiz natural é, portanto, de assegurar o direito de todo e qualquer acusado ser julgado por um juiz previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investido de garantias – artigo 93, CRFB/88 – que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade. Deveras, sendo a neutralidade do juiz apenas um mito, a predeterminação do juiz competente, enquanto órgão julgador e enquanto pessoa física que irá julgar, torna-se ainda mais relevante.

Em suma, nas palavras de BADARÓ²⁷: “haverá uma presunção absoluta de parcialidade de qualquer juiz constituído sem respeitar o disposto no art. 5º, LIII, da Constituição”.

Por fim, insta salientar que é aceita a possibilidade de criação de justiças especializadas, que não são incompatíveis com a vedação de instituir tribunais extraordinários ou de exceção. Tais juízos especiais são criados antes da prática dos fatos que irão julgar, bem como têm competência determinada por regras gerais e abstratas, com base em critérios objetivos, e não

²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

para um caso particular ou individualmente considerado, escolhido segundo critérios discriminatórios, configurando meras divisões da atividade jurisdicional.

2.4 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

A Constituição de 1988 ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Tal assertiva encontra supedâneo no artigo 5º, inciso LV da Magna Carta.

O princípio do contraditório no processo penal, decorre do brocardo romano *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida – e esta arraigado nos fundamentos do sistema acusatório. Trata-se de um princípio protetivo a ambas as partes, caracterizado pelo binômio ciência e participação. Frise-se, é um dos princípios mais caros ao processo penal uma vez que sua não observância é passível de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado. Por conseguinte, o juiz, na atividade que lhe incumbe o Estado, equidistante das partes, somente dirá que o direito preexistente foi aplicado de forma escoreita ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dado à outra manifestar-se em seguida²⁸. Certo é que, procura garantir que não haja imputação ou manifestação que não seja contraposta, assegurando equilíbrio da relação processual.

Todavia, há muito a doutrina constitucional vem dando ênfase ao fato de que tal princípio não se resume a um simples direito de manifestação no processo²⁹. Pois, as partes têm o direito de praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz, não apenas de produzir suas provas e sustentar suas razões, mas também de vê-las seriamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional. Nesta toada, voltando os olhos ao Direito Comparado, a Corte Constitucional, no direito alemão, assevera que tal garantia não envolve

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**: Fernando Capez. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 451

só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido a julgar.

Atualmente, é inegável que a mudança de concepção do princípio da isonomia refletiu-se também no princípio do contraditório. Portanto, busca-se uma igualdade não somente formal, mas substancial. Quanto a este tema, BADARÓ³⁰ aduz que “quanto ao seu objeto, deixou de ser o contraditório uma mera possibilidade de participação de desiguais, passando a se estimular a participação dos sujeitos em igualdade de condições”. Trata-se, deveras, da busca por um contraditório efetivo em que haja real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo assegurando sua efetividade e plenitude.

Por sua vez, a garantia da ampla defesa, também consubstanciada no artigo 5º, inciso LV, CRFB/88, conforme afirma CAPEZ³¹, implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal, seja técnica, bem como o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV, CRFB/88). É preciso dizer que se trata de uma garantia que possui destinatário definido: o acusado.

Deveras, o relevante princípio da ampla defesa pode ser subdividido em: (i) direito à defesa técnica; (ii) direito à autodefesa. A defesa técnica é obrigatória, exercida por profissional habilitado, com capacidade postulatória e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre a acusação e a defesa. Por outro lado, a autodefesa esta no âmbito de conveniência, é exercida pessoalmente pelo acusado, que poderá diretamente influenciar o convencimento do juiz ou invocar inclusive o silêncio. Em suma, visa-se garantir vasta possibilidade do acusado se defender, propor e questionar provas, participar e intervir em todos os atos judiciais.

O contraditório, por conseguinte, juntamente com o princípio da ampla defesa, instituem-se como pilares fundamentais de todo processo e, de forma particular, do processo

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 18.

³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**: Fernando Capez. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 65.

penal. Indubitável é, pois, como cláusulas de garantias instituídas para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, permeiam as entranhas do interesse público objetivando a realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal³².

2.5 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Presunção de inocência, estado de inocência ou presunção de não culpabilidade, na atual ordem constitucional, são denominações que não admitem distinções e devem ser tratadas como sinônimas. Trata-se de um corolário do princípio do devido processo legal, consagrado de forma explícita no direito positivo constitucional como um dos mais importantes alicerces do Estado Democrático de Direito. Almejando à tutela da liberdade pessoal, decorre do texto disposto no artigo 5º, inciso LVII da CRFB/88, que assegura que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença penal condenatória, com trânsito em julgado.

Partindo da análise constitucional e também do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que assevera: *“Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.”*, é possível distinguir três principais significados quanto ao conteúdo do princípio ora em comento: (i) regra de tratamento; (ii) regra probatória; e (iii) princípio fundante, conforme preleciona AURY LOPES JR³³.

A primeira assegura que o imputado não seja equiparado ao culpado. Tem relação ao tratamento dado ao acusado, pois se deve partir da ideia de que este é inocente para que sejam reduzidas ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo, bem como na fase pré-processual. Via de exemplo, é manifestação evidente de tal regra a vedação de

³² PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**: Eugênio Pacelli. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

³³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**: Aury Lopes Jr. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 94.

prisões processuais automáticas ou obrigatórias, assim como a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da pena³⁴.

Convém ressaltar que tal princípio não veda toda e qualquer prisão no curso do processo. Todavia, esta deverá ter natureza cautelar, com supedâneo em um juízo concreto de sua necessidade, pois conforme as lições de TOURINHO FILHO³⁵: “a prisão provisória só se justifica se for necessária. E ela o será apenas em duas hipóteses: para preservar a instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal”. Logo, vedadas estão aquelas baseadas em meras presunções abstratas e arbitrárias de fuga e periculosidade.

Quanto à regra probatória, há uma vinculação à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é carga da acusação – e não do imputado de mostrar sua inocência. Impondo-se a absolvição do imputado caso a culpabilidade não restar suficientemente demonstrada. Neste ponto, o estado de inocência confunde-se com o princípio do *in dubio pro reo*.

Por fim, em sua acepção como princípio fundante³⁶, resta configurado que se trata de um princípio em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal. Deveras, é fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.

³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p.24.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. 1928. **Processo penal, volume 1**: Fernando da Costa Tourinho Filho. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 89.

³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**: Aury Lopes Jr. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 96.

TOURINHO FILHO³⁷, em preciosa lição, traz a lume a importância de tal princípio, uma vez que ignorá-lo equivale a um caminhar de encontro com ideais totalitários, segue:

nos períodos de exceção, todos criticam a política autoritária e ficam, aos quatro ventos, clamando por liberdade, por democracia. Mas, quando cessa o período ditatorial, e o País se reencontra com a democracia e a liberdade, e os nossos constituintes elaboram leis que vêm ao encontro dos anseios libertários, proclamando plena publicidade do processo, paridade absoluta dos direitos e poderes da Acusação e Defesa, infranqueabilidade do domicílio (a não ser em casos excepcionais de perigo ou mediante ordem judicial), a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, o *due process of law*, a presunção de inocência, é de todo injustificável e inadmissível venha a Justiça — e logo a Justiça — a caminhar para o lado oposto, no sentido de retorno à época das construções político-ditatoriais, pondo o processo, que é instrumento de defesa das liberdades individuais, a serviço de propósitos políticos autoritários

Em suma, é bem verdade que, antes do marco do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, todos os indivíduos são presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório de demonstrar o contrário. Ademais, o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, indubitavelmente, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.

2.6 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Visto como um corolário do devido processo legal, o princípio da motivação das decisões judiciais resta consagrado no artigo 93, inciso IX, CRFB/88, asseverando que o juiz é livre para decidir, desde que o faça de forma motivada, sob pena de nulidade insanável.

Deveras, é autêntica garantia fundamental, uma vez que serve de alicerce necessário para a segurança jurídica do caso submetido ao poder judiciário. Tal garantia possui, de fato, uma dupla finalidade: (i) endoprocessual; e outra (ii) extraprocessual³⁸.

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. 1928. **Processo penal, volume 1**: Fernando da Costa Tourinho Filho. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 93.

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. (Universitária, 1). p. 28.

Quanto à primeira, é voltada para as partes, pois permite o conhecimento da *ratio decidendi* – razão de decidir – possibilitando a impugnação da decisão e de seus fundamentos via recursal. No que concerne a segunda finalidade, já sob o enfoque da sociedade, a motivação permite o controle social – generalizado e difuso – sobre a atividade jurisdicional. Por conseguinte, qualquer cidadão poderá controlar a legalidade da decisão, a imparcialidade do juiz, enfim, a justiça do julgamento.

De certo, a motivação é uma garantia de controle democrático sobre a administração da justiça.

Não se pode olvidar que existe direta correspondência da garantia da motivação das decisões judiciais com o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e o livre convencimento do juiz. Uma vez que, serão as provas lícitas e legítimas – produzidas perante o contraditório judicial, ressaltando-se desta exigência as provas cautelares – que contribuirão para demonstrar a existência ou veracidade daquilo que foi narrado no processo, conseqüentemente para a construção do convencimento e motivação da decisão do magistrado.

Portanto, doravante, será abordado o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas e das ilícitas por derivação, bem como suas exceções.

2.6.1 Inadmissibilidade das provas ilícitas e das ilícitas por derivação

De início, oportuno torna-se dizer que não será feita neste ponto uma abordagem conceitual acerca dos institutos da prova ilícita, bem como da prova ilícita por derivação, uma vez que tal tema já foi devidamente tratado anteriormente (Capítulo I – DA PROVA NO PROCESSO PENAL). Feita a oportuna observação, segue a presente pesquisa.

Deveras, é impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, que tenha supedâneo nos pensamentos de Niccolò Machiavelli (século XVI) para o qual os fins

justificam os meios³⁹, inclusive na admissão de provas ilícitas. É imperioso mencionar que a CRFB/88, em seu artigo 5º, inciso LVI consagra o princípio da inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Trata-se de um princípio que surge como limitador do direito à prova, que visa afetar legalidade e constitucionalidade ao processo. No entanto, como via de exceção, tal vedação absoluta deve, em determinados casos, ser relativizada como se verá.

Em suma, é indispensável ao Estado Democrático de Direito que “as regras do jogo de produção de provas sejam observadas, pelo que não aceita nosso sistema que, em nome da justiça ou de valores sociais, o acusado seja punido de toda maneira sem o acatamento do devido processo legal”⁴⁰.

É verdade que, no âmbito da legislação infraconstitucional a Lei nº 11.690 de 2008 na disciplina legal do regramento constitucional que proíbe a prova ilícita (art. 5º, inciso LVI, CRFB/88), modificou o conteúdo do artigo 157, CPP, e fixou importantes balizas quanto à avaliação das mesmas.

Nesse sentido, preceitua o supracitado artigo: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

Quanto às aludidas normas, acertadamente PACELLI⁴¹ aduz,

mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o

³⁹ MACHIAVELLI, Niccolò, 1469-1527. **O príncipe**: comentários de Napoleão I e Cristina da Suécia / Nicolau Maquiavel. Tradução: Fulvio Lubisco. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

⁴⁰ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 628.

⁴¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**: Eugênio Pacelli. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.

Conforme já visto, a regra geral é a vedação do uso das provas ilícitas. No entanto, apesar da Carta Magna ter vedado a admissão da prova ilícita, não se manifestou sobre a prova obtida licitamente através daquela colhida com infringência ao direito material.

Doravante, tratar-se-á da prova ilícita por derivação. Com a reforma de 2008, derivada da Lei nº 11.690 do citado ano, o CPP passou a ter disciplina expressa sobre a prova ilícita por derivação. A vedação a esta espécie de prova está prevista no artigo 157, §1º, que prevê: “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”. Imperioso ressaltar que, até este momento a vedação da prova ilícita por derivação era defendida apenas em sede doutrinária e jurisprudencial.

Resta claro, a adoção expressa da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), cuja origem é atribuída à jurisprudência norte americana, pelo ordenamento jurídico pátrio. Tal teoria é uma consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Tais afirmativas encontram supedâneo nas lições de PACELLI⁴², que acertadamente, assevera,

se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da

⁴² PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**: Eugênio Pacelli. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 191.

primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente

Destarte, a posição, ora majoritária, dos pensadores que entendem que a ilicitude da obtenção da prova se transmite às provas derivadas, que, igualmente, devem ser consideradas inadmissíveis no processo, é indubitavelmente a posição mais razoável, pois garante respeito às formalidades legais, visando coibir produção de provas com desatenção a atos e garantias individuais.

Contudo, a teoria dos frutos da árvore envenenada, em verdade, não é absoluta. Com objetivo de incorporar as exceções em sede legislativa a Lei nº 11.690/2008 tratou da questão em seus §§1º e 2º do art. 157, CPP. A partir de tais parágrafos, é possível aduzir que o Código de Processo Penal vincula que a prova adotada como contaminada deva ter decorrência direta ou indireta de uma anterior, que de fato seja manifestamente viciada pela ilicitude.

Isto se dá, pois, em via de exceção, quando restar configurada a quebra do nexo causal entre a prova originária ilícita e a prova dela derivada (em si lícita), o que pode ocorrer nos casos de fonte independente ou de uma descoberta inevitável⁴³, a prova considerada ilícita por derivação deverá ser admitida no processo, pois não ocorrerá a contaminação.

2.6.1.1 Admissibilidade pro reo em nome do princípio da proporcionalidade

Ab initio, não se pode olvidar que “direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição”⁴⁴, em outras palavras, direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, devendo ser analisados conforme o caso concreto.

⁴³ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal:** Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 291.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional:** Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

O princípio da proporcionalidade, disciplinado na jurisprudência e doutrina alemã, adaptado ao direito judicial estadunidense como teoria da proporcionalidade, tem como finalidade o equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses da sociedade. Em verdade, é utilizado como parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos ou judiciais, funcionando como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação de interesses envolvidos no caso concreto, bem como por meio da observância de seus subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Realizada sucinta introdução ao princípio da proporcionalidade, se depreende que este é aplicado, no exercício do direito de defesa, como regra de exclusão à inadmissibilidade das provas ilícitas. Por conseguinte, é possível afirmar que por via de exceção, as provas ilícitas, bem como as delas derivadas, poderão ser admitidas e valoradas no processo quando se revelem a favor do réu. Deveras, trata-se da proporcionalidade *pro reo*. Nesse sentido, não há discrepância doutrinária ou jurisprudencial de que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado, em sua essência, para preservar os direitos do imputado.

Por sua vez, salienta NESTOR TAVORA e ROSMAR RODRIGUES⁴⁵,

o conflito entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento leva o intérprete a dar prevalência àquele bem de maior relevância. Nesta linha, se de um lado está o *jus puniendi* estatal e a legalidade na produção probatória, e o do outro o *status libertatis* do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício

Segundo AURY LOPES JR.⁴⁶, “a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)”. Nessa toada, TOURINHO FILHO⁴⁷ assevera “nos pratos afilados da balança

⁴⁵ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 637.

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**: Aury Lopes Jr. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 411

⁴⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. 1928. **Processo penal, volume 1**: Fernando da Costa Tourinho Filho. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 87.

estão dois interesses em jogo: a liberdade e o direito de terceiro sacrificado, e entre os dois, obviamente, deve pesar o bem maior, no caso a liberdade”.

Dessa maneira, a prova ilícita pode ser excepcionalmente admitida para que seja utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização de prova que, mesmo produzida ao arripio da lei, cumpra o papel de inibir condenação descabida. Deve-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova.

Imperioso recordar que o réu estaria, quando da obtenção ilícita da prova, acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, e tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e da própria prova, legitimando seu uso no processo.

Ademais, é necessário observar que a prova ilícita utilizada, excepcionalmente, em prol do réu para demonstrar sua inocência não a torna lícita, pelo contrário continua revestida de ilicitude. Uma vez que se essa prova usada em favor do réu perdesse essa natureza, tornando-se lícita, poderia ser utilizada como fundamento de instauração de outro processo criminal. Logo, depreende-se que os efeitos são limitados à obtenção da inocência, não cabendo a utilização desta prova – ainda que admitida no processo - para demonstrar a culpa de outrem, ou prejudicar terceiros no mesmo ou em outro processo, pois seria verdadeira proporcionalidade às avessas.

Por fim, é possível concluir que as provas ilícitas, bem como as que delas derivam somente podem ser admitidas *pro reo* e nunca como ferramenta de acusação. Haja vista que o princípio da vedação das provas ilícitas, por tratar-se de garantia constitucional que objetiva a proteção de direitos fundamentais contra arbítrios do Estado, somente admite exceções quando em confronto com outro direito fundamental do acusado.

Nesse sentido, MENDES⁴⁸, em precisa passagem aduz que a admissibilidade das provas ilícitas se dá em razão do princípio do devido processo legal, em seu viés referente à ampla defesa, conforme o exposto:

a garantia da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita, como corolário do devido processo legal, é direcionada, em princípio à acusação (Estado), que detém o ônus da prova. Quando a prova obtida ilicitamente for indispensável para o exercício do direito fundamental à ampla defesa pelo acusado, de modo a provar a sua inocência, não há por que se negar a sua produção no processo

(...)

em alguns casos, a prova ilícita poderá ser produzida pelo próprio interessado, como único meio de sustentar sua inocência, configurando, dessa forma, o estado de necessidade, que exclui a ilicitude do ato

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 547

CAPÍTULO III

INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

3.1 CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Neste capítulo, tem-se início a abordagem do ponto nevrálgico da presente pesquisa. Consoante noção cedida acerca da prova no processo penal, bem como dos princípios constitucionais explícitos do processo penal pátrio torna-se possível iniciar, com o devido embasamento necessário, o estudo acerca das interceptações telefônicas, sua aceitação como meio de obtenção de provas e o aviltamento dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação do citado instituto.

O termo “interceptação” provém de interceptar, que significa intervir, interromper no transcurso, interferir, alcançando a conduta de terceiro que, estranho à conversa mantida por duas ou mais pessoas, se intromete com a finalidade de tomar conhecimento do assunto tratado e colher informações.

De pronto, é imprescindível realizar a diferenciação da comunicação que acontece por via telefônica da conversa entre presentes. Pois, vale ressaltar, as modalidades de captação no próprio ambiente da conversa entre presentes, que são: interceptação ambiental; escuta ambiental; gravação ambiental e comunicação ambiental não serão objetos de análise da presente pesquisa.

A doutrina classifica as modalidades de captação por via telefônica da prova em: (i) interceptação telefônica *stricto sensu*; (ii) escuta telefônica; (iii) gravação telefônica clandestina. Deveras, nota-se que a interceptação telefônica – *lato sensu* – corresponde a um gênero que se subdivide nas três espécies distintas supramencionadas. Doravante, cumpre comentar e diferenciar cada uma das espécies para que se identifique o alcance da tutela constitucional, bem como quais institutos são abarcados pela Lei n.º 9.296/96.

3.1.1 Intercepção telefônica *stricto sensu*

A interceptação telefônica *stricto sensu* é a hipótese em que a comunicação telefônica entre duas ou mais pessoas sofre interferência de um terceiro, alheio, que registra ou não os diálogos mantidos, sem que nenhum dos interlocutores tenha o conhecimento da presença do agente violador⁴⁹.

Por conseguinte, é evidente que a intromissão conduzida por terceiro possui o fito de colheita de informes oriundos da conversa telefônica alheia. Há pelo menos dois interlocutores não cientes da interceptação, e um terceiro que capta (ou apenas ouve) a conversa telefônica, violando o direito à intimidade e privacidade dos primeiros.

3.1.2 Escuta telefônica

É uma situação na qual um terceiro viola conversa telefônica mantida entre duas ou mais pessoas. Todavia, há a ciência de um ou alguns dos interlocutores de que os diálogos estão sendo captados⁵⁰.

Destarte, verifica-se que a escuta telefônica se assemelha e difere-se da interceptação telefônica *stricto sensu*, pois ainda que três pessoas estejam envolvidas, a primeira é caracterizada pela captação telefônica com consentimento de um dos interlocutores para com o terceiro, interceptador. *In casu*, é também evidente a violação à intimidade e privacidade do outro interlocutor.

A temática da inviolabilidade do sigilo das comunicações é tratada no artigo 5º, inciso XII, da CRFB/88. A partir da leitura de tal dispositivo, é possível aduzir que é vedada a interferência de terceiros estranhos aos interlocutores em suas comunicações telefônicas. São,

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 348.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. v. 1 e 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

de fato, invioláveis as comunicações telefônicas, em regra. No entanto, em via de exceção, mediante ordem judicial, admite-se a violação às comunicações telefônicas, conforme pode se depreender a partir de uma interpretação a *contrario sensu* do supramencionado artigo de nossa Lei Maior.

Adotando o posicionamento da doutrina majoritária, é possível asseverar que são tuteladas pela inviolabilidade do artigo 5º, XII, CRFB/88, somente as interceptações telefônicas *stricto sensu* e as escutas telefônicas. Isto se dá, pois, para que se tenha uma comunicação telefônica, é imprescindível a presença, no mínimo, de dois interlocutores. Por outro lado, para que haja violação dessa comunicação, é necessária a presença de terceiro invadindo o diálogo mantido. O que não se vê na hipótese de gravação telefônica clandestina, que será abordada adiante.

AVENA⁵¹ corrobora tal entendimento,

o art. 5.º, XII, da CF alcança, tão somente, as duas primeiras formas de interceptação *lato sensu*, quais sejam a interceptação *stricto sensu* e a escuta telefônica, não tutelando a gravação. Isso ocorre porque somente nos dois primeiros casos tem-se a figura de terceiro violando a conversa telefônica de dois ou mais interlocutores, não se podendo considerar como violação a atitude de um dos interlocutores quando ele próprio grava o diálogo que mantém com o outro

Não se enquadra, por conseguinte, na garantia de inviolabilidade a última das espécies de interceptação telefônica *lato sensu*, que será analisada a seguir.

3.1.3 Gravação telefônica clandestina

Considerada, também, espécie de interceptação telefônica (*lato sensu*), a gravação telefônica clandestina é a comunicação telefônica gravada por um dos interlocutores, sem a ciência da outra parte⁵². Imperioso ressaltar, aqui não há a figura de terceiro.

⁵¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: Norberto Avena. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 335.

De fato, não há propriamente uma violação de conversa telefônica, uma vez que o registro é realizado pelo próprio interlocutor que mantém o diálogo. A diferenciação da gravação clandestina para as demais modalidades de interceptação, portanto, jaz na ausência de tal terceiro interceptador.

Haja vista, a gravação clandestina de uma conversa realizada por um dos interlocutores, não se enquadra na garantia constitucional do sigilo das comunicações, consagrada no artigo 5º, inciso XII, CRFB/88.

Ademais, GRECO FILHO⁵³, com a clareza e objetividade que lhe são peculiares, atesta:

inexiste tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os seus titulares — o remetente e o destinatário — são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação. O seu aproveitamento como prova, porém, dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida, ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a gravação

Portanto, tal modalidade de captação telefônica não configura nenhum ilícito, mesmo que um dos interlocutores não tenha conhecimento da gravação. No entanto, sua divulgação não pode caracterizar afronta à intimidade de outrem, bem como violação de segredo.

Em regra, vige a admissibilidade irrestrita das provas obtidas por meio de gravação telefônica clandestina. Pois, mesmo que realizadas sem ordem judicial prévia, conforme consolidada doutrina e jurisprudência do ordenamento pátrio, são consideradas lícitas. No entanto, se obtidas com traição de confiança; tratar de segredo profissional; realizadas sem a observância das garantias constitucionais, serão tidas como ilícitas por afrontar o artigo 5º, inciso X da CRFB/88.

Quanto a tal confiança, elucidada AVENA⁵⁴:

⁵² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**: Vicente Greco Filho. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵³ *Ibidem*.

essa confiança, cuja violação acarreta a ilicitude da gravação, pode decorrer não apenas das relações intersubjetivas entre o sujeito que grava e o que tem sua conversa gravada (v.g., esposa que registra os diálogos telefônicos que mantém com o marido, em que este lhe relata determinado delito cometido), como também do vínculo profissional quando se trata de profissões que pressupõem confiança (v.g., psiquiatra que grava a narrativa do paciente, realizada por telefone, quanto a delito pelo mesmo praticado)

Portanto, consoante noção cedida, verifica-se que a tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações pretende tornar intangível a manifestação de pensamento que se dirige a um indivíduo ou determinadas pessoas. Pois, conforme leciona MENDES⁵⁵, “a quebra da confidencialidade da comunicação significa frustrar o direito do emissor de escolher o destinatário do conteúdo da sua comunicação”. Em suma, tal garantia proíbe o conhecimento ilícito do conteúdo das correspondências e comunicações em geral por parte de terceiros.

3.2 ASPECTOS DA LEI Nº 9.296 DE 24 DE JUNHO DE 1996

A princípio, antes de realizar uma análise do âmbito de aplicação da Lei nº 9.296/96, deve-se observar cuidadosamente o que dispõe o artigo 5º, inciso XII, CRFB/88:

Art. 5º (...)

XII - 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;

Da leitura do supracitado dispositivo constitucional, percebe-se que a inviolabilidade ao sigilo das comunicações telefônicas, que tal artigo assegura, é excepcionada, por ordem judicial, na forma da lei, para fins de investigação criminal ou investigação processual penal.

⁵⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: Norberto Avena. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 336.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 9. ed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 293.

A Constituição Federal de 1988 é o fundamento de validade da Lei n.º 9.296/1996. Tal lei, por sua vez, regulamentou e deu aplicabilidade a norma constitucional acima descrita que é de eficácia limitada. Dentre seus objetivos, indubitavelmente, está o de preservar a intimidade do cidadão, pois mesmo sendo prevista a possibilidade de interceptação, a regra continua sendo da inviolabilidade, ou seja, da vedação a quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

Portanto, a Lei 9.296/96 se origina como necessidade de disciplinar um instituto considerado, hodiernamente, como um meio de obtenção de prova que serve como instrumento para reconstrução da história dos fatos, colheita de elementos ou fontes de provas, utilizado somente em casos determinados que exijam absoluta necessidade para auxiliar no convencimento do julgador, e proporcionar, destarte, eficaz, bem como efetiva persecução penal por parte do Estado. De fato, tal instituto quando aplicado de maneira escorreita – observando as garantias individuais do imputado – é demasiadamente útil.

3.2.1 Âmbito de aplicação da Lei n.º 9.296/96

Conforme as premissas conceituais fixadas anteriormente, resta evidente que o artigo art. 5º, inciso XII, parte final da CRFB/88 e conseqüentemente a Lei n.º 9.296/96 que regula tal norma constitucional, tutelam tão somente as interceptações telefônicas *stricto sensu* e as escutas telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Imperioso ressaltar que, não se contemplam aqui os institutos ambientais – nos quais não existe comunicação telefônica, de fato – nem a gravação telefônica clandestina feita por um interlocutor sem o conhecimento de outro – na qual não há a figura de terceiro interceptador – muitas vezes realizada com propósito de autodefesa em face de situações como sequestro de familiares, extorsão ou outras práticas criminosas, por exemplo. Uma vez que, não há propriamente uma violação de conversa telefônica, já que o registro é realizado pelo próprio interlocutor que mantém o diálogo. Tal conduta, portanto, se situa no âmbito de proteção do art. 5º, inciso X, CRFB/88 que dispõe sobre a proteção da intimidade e da vida privada.

É de ver que o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) atualmente, adotam a expressão ‘interceptação telefônica’ em sentido amplo, de forma a abranger tanto a interceptação telefônica em sentido estrito, quanto à escuta telefônica - ambas exigindo autorização judicial.

Nesse sentido, aduz BADARÓ⁵⁶:

o inciso XII do art. 5º da Constituição tutela a liberdade de comunicação, sem a interferência de terceiros estranhos aos dois interlocutores. Assim, salvo a exceção da parte final do dispositivo, fica vedada a realização de interceptação telefônica, por terceira pessoa, sem o consentimento dos interlocutores (**interceptação telefônica**), ou com o consentimento de apenas um dos interlocutores (**escuta telefônica**)

Frise-se que, esta é a posição adotada na presente pesquisa, bem como pela doutrina majoritária⁵⁷ e pela jurisprudência do ordenamento pátrio, como foi demonstrado.

No entanto, oportuno dizer, há uma corrente divergente, formada por renomados autores, tais como: Luiz Francisco Torquato Avólio; Paulo Rangel; Vicente Greco Filho; que consideram que o artigo 5º, inciso XII, CRFB/88, não abrange a escuta telefônica, mas tão somente a interceptação das comunicações telefônicas propriamente dita (*stricto sensu*).

É de se concluir, destarte, que as interceptações telefônicas em sentido estrito e a escutas telefônicas dependem de autorização judicial e somente podem ser determinadas no âmbito criminal, submetendo-se ao regime ditado pela Lei n.º 9.296/96. Por outro lado, os demais institutos não observam a cláusula de reserva de jurisdição e servem de prova para qualquer tipo de processo, desde que observado o princípio da proporcionalidade no caso concreto, da inadmissibilidade das provas ilícitas e as garantias individuais das partes.

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

⁵⁷ Além de Gustavo Badaró, corroboram o presente entendimento os seguintes autores: Lenio Luiz Streck; Fernando Capez; entre outros.

Doravante, adentraremos noutro ponto - polêmico - relativo ao teor do artigo 1º da Lei n.º 9.296/96.

O artigo 1º da mencionada lei dispõe que, será esta aplicada à “interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza”. Por certo, como já explicitado no presente estudo, a Lei n.º 9.296/96 não abrange as gravações telefônicas clandestinas, nem as gravações ambientais.

Quanto ao parágrafo único do mesmo art. 1º, este dispõe que a referida lei “aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”. Apesar da previsão expressa, neste ponto reside divergência doutrinária.

De fato, o legislador, atento aos avanços tecnológicos dos sistemas de comunicação, buscou ser mais abrangente, com uma interpretação atualizadora, progressiva, do art. 5º, inciso XII, CRFB/88, uma vez que nossa Carta Magna data do ano de 1988. Necessário, pois, adequar o ordenamento às demandas atuais. Nesse sentido, vale trazer à baila, precisa observação de NESTOR TAVORA e ROSMAR RODRIGUES⁵⁸, que em obra conjunta, asseveram que tal previsão:

tem a virtude de encampar todas as formas de comunicação telefônica, não se restringindo aos sistemas convencionais.

(...)

o regramento exposto acima é aplicável à interceptação do fluxo de comunicações que envolvam tanto o sistema telefônico tradicional, quanto o que se vale de recursos de informática, digital e telemática. Em outras palavras, o sigilo é protegido de forma ampla toda vez que se trate de comunicação à distância, requerendo, para que haja interceptação (participação de um terceiro protagonista captado r), de autorização judicial.

Na mesma toada, PACELLI⁵⁹ afirma:

⁵⁸ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 763.

⁵⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**: Eugênio Pacelli. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 187.

a possibilidade de autorização judicial também para a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática telemática, como ali previsto, é perfeitamente constitucional, e vem completar o rol de proteção do inc. XII do art. 5º da CF, estabelecendo que, em todas as hipóteses ali mencionadas, a quebra do sigilo exigirá autorização judicial fundamentada

Na presente pesquisa, compartilhamos de tal entendimento, defendendo, portanto, a constitucionalidade do parágrafo único, artigo 1º da Lei 9.296/96.

Todavia, convém lembrar, que o presente assunto trata-se de limitação de direito fundamental do ser humano, tarefa à qual se deve ter total cuidado, a fim de que as preocupações com problemas sociais, clamor da mídia pela punição exacerbada, não se tornem justificativas para dar total liberdade ao Estado de aviltar, arbitrariamente, os direitos humanos fundamentais.

Por conseguinte, conclui-se, que além da interceptação telefônica *stricto sensu* e escuta telefônica, a lei abrange a interceptação informática (e-mail) e a telemática (reúne recursos de telecomunicações com informática).

3.2.2 Natureza jurídica das interceptações telefônicas

Hodiernamente, a interceptação das comunicações telefônicas é considerada um meio de obtenção de prova, e não um meio de prova, como era classificada outrora. Pois, em verdade, não se trata aqui de provar um fato alegado⁶⁰.

Interceptar a conversa, não demonstra ao juiz fato juridicamente relevante para o processo. Os dados apreendidos (conteúdo da conversa), estes sim, quando levados ao processo, poderão constituir prova. Por meio da interceptação telefônica são obtidos elementos de prova.

⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

É inquestionável a qualificação do provimento que autoriza a interceptação como cautelar. Consoante delineado no artigo 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, tem-se a exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal. Logo, resta clara a necessidade do *fumus boni iuris* como primeiro pressuposto da medida, cumulado com a inexistência de outros meios de prova disponíveis para a obtenção das informações necessárias, representando, assim, o *periculum in mora*⁶¹. Neste último caso, evidencia-se a necessidade e a urgência da medida, pois existe o perigo de perda da prova sem a interceptação.

Em suma, tal medida cautelar poderá ser deferida para colheita de informações necessárias a viabilizar a propositura da ação penal, assim será denominada de medida cautelar preparatória, conforme art. 3º, inciso I da lei em comento. Por outro lado, pode ser deferida no curso da instrução criminal, tratando-se de medida cautelar incidental, consoante art. 3º, inciso II, da mesma lei, porém em ambos os casos, *inaudita altera pars*.

3.2.3 Competência para apreciação da medida

A interceptação das comunicações telefônicas é um meio de obtenção de prova, que vulnera o direito fundamental ao sigilo das comunicações e, por isso, o constituinte ao relativizá-lo exige a prévia autorização judicial, conforme disposto no art. 5º, inciso XII da CRFB/88.

Por sua vez, a Lei nº. 9.296/96, que regulamenta a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, prevê no seu art. 1º, *caput*⁶², que a interceptação telefônica “dependerá de ordem do juiz competente da ação principal”.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 561.

⁶² Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19296.htm>. Acesso em 25. jun. 2018.

Destarte, excetuando-se as hipóteses de Estado de defesa e de sítio, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário autorizar a interceptação telefônica, como uma medida de controle judicial prévio da legalidade. Em outras palavras, resta evidente a cláusula de reserva jurisdicional para aplicação da medida.

De certo, não se verifica nenhuma dificuldade na delimitação do juízo competente da interceptação telefônica quando tal medida se der no curso do processo (incidental), pois mostra-se de forma inequívoca, nos textos dos dispositivos supramencionados, que compete ao juiz que o preside dizer acerca do pleito formulado.

Por outro lado, ao contrário da certeza que se tem sobre a competência, nos casos de determinação incidental da interceptação, o mesmo não se pode asseverar quando a aplicação de tal instituto se dá no caráter de medida cautelar preparatória, ou seja, na fase pré-processual, das investigações, na qual se pressupõe determinado delito.

Conforme aduz BADARÓ⁶³,

trata-se de regra de competência funcional, “pelas fases do processo”, ou melhor, no caso, pelas “fases da persecução penal”. No processo de concretização da competência, para a definição da “Justiça” competente (p. ex.: Justiça Estadual ou Justiça Federal), os critérios devem ser buscados na Constituição

Assim sendo, quando na fase pré-processual, deve-se projetar qual será a justiça competente para uma futura ação penal para que o pedido de interceptação telefônica seja formulado perante um de seus órgãos.

Quanto à competência territorial, deverá ser obedecida a regra do art. 70, *caput*, CPP, ou seja, será competente o juiz do lugar em que ocorreu o crime.

⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p.358.

Depois de verificada a “justiça competente”, bem como a devida comarca ou subseção judiciária, se esta possuir mais de uma vara criminal, observando o disposto no art. 75, *caput*, CPP combinado com o art. 2º da Resolução n.º 59 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ⁶⁴, o pedido de interceptação telefônica, será encaminhado, inicialmente para a distribuição com o fito de se definir a competência de juízo.

Por fim, se tornará preventivo (prevenção positiva) para julgar a ação principal o juízo que determinar a quebra de sigilo. Será, portanto, o competente para julgar a ação principal, vide a disposição do art. 83, CPP.

Nesse ponto, é categórica a crítica formulada por parte da doutrina, uma vez que é impossível afirmar que o juiz que defere a medida de interceptação telefônica, valorando as informações ali contidas para formar seu convencimento e fundamentar sua decisão, se mantém imparcial. Logo, é possível asseverar que a imparcialidade é violada pelo sistema brasileiro de fixação da competência por prevenção positiva. Pois, ao determinar a competência para decidir sobre o pleito da interceptação telefônica como o mesmo juiz que é competente para processar e julgar a ação principal estar-se-á, de fato, diante de um caso de parcialidade do ora julgador.

3.2.4 Requisitos para deferimento

Ab initio, o presente ponto requer a retomada do texto de nossa Carta Magna. Consoante o art. 5º, inciso XII condiciona-se a aplicação da interceptação das comunicações telefônicas à prévia autorização judicial fundamentada; desde que para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.

No que tange os requisitos enumerados pelo legislador ordinário, consideram-se os artigos 1º e 2º da Lei n.º 9.296/96. Vale lembrar, que a lei citada adota requisitos negativos, ou seja, é necessária uma interpretação a *contrario sensu* de seu artigo 2º. Deveras, não é a melhor forma de disciplinar um mecanismo que restringe direitos fundamentais, pois, desta

⁶⁴ Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2602>>. Acesso em 25. jun. 2018.

forma se permite que, fora o campo de exclusão, em todas as demais hipóteses seja cabível a interceptação, com evidente aumento da abrangência da exceção permitida constitucionalmente.

Nesse rumo, haja vista as considerações iniciais, elencam-se os seguintes pressupostos: (i) ordem judicial fundamentada e escrita da autoridade competente desde que para fins de investigação criminal ou instrução processual; (ii) indícios de autoria ou participação em infração penal; (iii) incabível qualquer outro meio probatório menos gravoso para obtenção das informações que se pretende – subsidiariedade; (iv) que o fato investigado seja punido com pena de reclusão; (v) delimitação da situação objeto da investigação e do sujeito passivo da interceptação.

No que concerne à cláusula de reserva de jurisdição, que incide em sua plenitude, remeto o ora leitor ao subcapítulo: “3.2.3 Competência para apreciação da medida”; no qual foi feita a devida análise acerca do requisito da ordem judicial de autoridade competente para deferimento da medida de interceptação das comunicações telefônicas. Forçoso reconhecer que, a necessidade de fundamentação de tal decisão advém do artigo 93, IX, CRFB/88 que consagra o princípio da motivação das decisões judiciais, corolário do devido processo legal.

Ademais, cabe, no momento, trazer à baila a observação de que ambas fontes normativas – Constituição, bem como legislação ordinária – mencionam ‘investigação criminal’, ou seja, o inquérito policial não é pressuposto para o deferimento da medida. Pois, como é sabido este não é a única forma de investigação criminal existente.

A partir da leitura do art. 2º, inciso I da Lei 9.296/96 infere-se que para o deferimento da medida de interceptação são necessários “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”. A expressão “indícios razoáveis” indica que deve haver um grau de probabilidade, saliente-se que tal expressão não equivale a “certeza”, ficando de fora também o que se entende como “meras suspeitas”, relativo à autoria delitiva. Tem-se, em verdade, aqui a necessidade de demonstração do *fumus comissi delicti*, uma vez que a interceptação das comunicações telefônicas, como já foi dito, é medida de natureza cautelar.

Nesse sentido, assevera AVENA⁶⁵,

a representação da autoridade policial e o requerimento do Ministério Público ao juiz visando à violação do sigilo telefônico não poderão estar lastreados em ilações ou conjecturas abstratas acerca da necessidade da providência, impondo-se que estejam instruídos com o mínimo de elementos, dentre os disponíveis no momento, para formação do convencimento do juiz quanto à probabilidade de envolvimento da pessoa investigada no crime sob apuração

Nessa toada, é possível concluir que resta vedada a possibilidade de determinar a interceptação das comunicações telefônicas com a finalidade de apurar se o indivíduo está ou não envolvido em práticas ilícitas – interceptações prospectivas. Pois, a interceptação destina-se a provar um delito que já está sendo investigado, não a comprovar se o agente está ou não delinquindo. Daí porque o requerimento da autoridade policial ou do representante do Ministério Público deve estar acompanhado de dados, elementos informativos ou de prova já produzidas – indícios razoáveis.

No inciso II do artigo 2º da lei ora em comento, tem-se outro requisito que vincula a decisão judicial de interceptação das comunicações telefônicas. Trata-se da impossibilidade de utilização de meios probatórios menos gravosos para obtenção das informações que se pretende. Pois bem, vislumbra-se o caráter subsidiário das interceptações, uma vez que este dispositivo deixa evidente que a medida de interceptação das comunicações telefônicas somente deve ser utilizada em *ultima ratio*. Em outras palavras, tal instituto só pode ter lugar quando não cabível qualquer outro meio para se apurar os fatos descritos no pedido de interceptação. Revela dizer, tal inciso deve ser lido em combinação com o artigo 4º, *caput*, da mesma lei, que dispõe que o pedido de interceptação “conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal”. Em suma, deve estar configurado o *periculum in mora* que se resume na necessidade de sua realização para a apuração da infração penal e impossibilidade de obtenção de prova que não seja através da interceptação das comunicações telefônicas.

⁶⁵AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: Norberto Avena. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 341.

Por sua vez, o inciso III do artigo 2º da Lei 9.296/96 consubstancia que a interceptação telefônica somente será cabível no caso de crimes punidos com reclusão. Logo, deduz-se inviável a aplicação da medida em contravenções penais e nos crimes punidos com detenção. De fato, tal inciso dá ensejo a muitas críticas por parte da doutrina, pois ignora crimes comumente praticados via telefone, ou com utilização frequente deste, como a ameaça ou calúnia, punível com detenção; o jogo do bicho, que é contravenção penal. Por outro lado, abrange crimes que em determinados casos, o desvalor da lesão ao bem penalmente tutelado e, conseqüentemente, a relevância da persecução penal não serão suficientemente elevados a ponto de autorizar a restrição à relevante liberdade constitucional de comunicação telefônica – caso de furto, punido com reclusão, por exemplo.

Por conseguinte, observa-se que ao referir-se genericamente às “infrações penais apenadas com reclusão”, o legislador alargou sobremaneira o rol dos delitos passíveis de serem investigados através da quebra do sigilo telefônico, e, figurando a violação das comunicações telefônicas como medida subsidiária, excepcional, deveria ter havido restrição desta aplicação, deferindo-a, apenas para a apuração de crimes mais graves.

Assinala GRECO FILHO⁶⁶, quanto a esta necessidade de restrição,

a possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida, porque é muito ampla. Há muitos crimes punidos com reclusão que, de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, considerando-se especialmente o “furor incriminatório” de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada. Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor

Deveras, deve atuar no caso o princípio da proporcionalidade quanto os bens jurídicos tutelados.

⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**: Vicente Greco Filho. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 349.

Referente ao último requisito, presente no parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.296/96, pode-se afirmar que este tem o objetivo de individualizar a ordem judicial, pois, estipula a exigência de que o magistrado mencione o objeto da investigação, delimitando a situação fática que se pretende provar. É de grande relevância tal determinação, pois, busca-se evitar a investigação de fatos indeterminados.

Por fim, imprescindíveis são os apontamentos de MENDES⁶⁷, para sintetizar o que foi abordado neste subcapítulo com enorme precisão e clareza,

não se pode negar que o art. 2º da Lei n.º 9.296/96 traduz a necessidade de que a admissibilidade da interceptação telefônica seja precedida do exame de proporcionalidade da medida, que deverá ser (1) adequada para os fins a que se propõe, devendo haver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal (inciso I); (2) necessária, de forma que a prova não possa ser realizada por outros meios disponíveis menos gravosos (inciso II); (3) sendo que o fato investigado deve constituir crime de especial gravidade, de modo que justifique, na devida proporção, a utilização da medida restritiva de direitos fundamentais do investigado, em prol da realização de outros valores constitucionais (inciso III)

3.2.5 Procedimento

Estabelece o artigo 3º da Lei n.º 9.296/96 os legitimados para requer a interceptação das comunicações telefônicas. Durante a investigação criminal, que geralmente se resume no inquérito policial, a medida poderá ser requerida pela autoridade policial. Outrossim, o Ministério Público também poderá requerer a diligência na fase de investigação criminal. Além de tal hipótese, vale lembrar, o requerimento do *parquet*, pode ocorrer ao longo do processo, ou seja, na instrução processual.

A lei também prevê a possibilidade de a medida ser decretada, de ofício, pelo juiz. Neste ponto, adotamos o entendimento doutrinário⁶⁸, de que o juiz poderá decretar a diligência de ofício, no curso do processo, mas não poderá fazê-lo durante o inquérito policial,

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 9. ed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 551.

⁶⁸ Nesse sentido: AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal / Norberto Avena**...p. 346; RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei n.º 9.296/96**...p. 149.

pois, restaria comprometida a imparcialidade do ora julgador configurando aviltamento ao sistema acusatório estabelecido pela Constituição Federal que atribui aos juízes a função única de processar e julgar, não lhe competindo adotar medidas de cunho investigatório.

Embora não previsto expressamente pela lei, é admitido, na ação penal privada, que o querelante realize o requerimento de interceptação das comunicações telefônicas. Vale lembrar, que no caso em tela, o querelante é o acusador, bem como o é o Ministério Público nas ações penais de iniciativa pública.

De certo, caso o imputado necessite de uma interceptação telefônica para provar sua inocência e sejam preenchidos todos os requisitos específicos – tratados em momento anterior na presente pesquisa – o juiz deverá deferir o pleito realizado pela defesa. Em outras palavras, entendemos que se deve admitir que a defesa também possa requerer a interceptação telefônica, pois, desta forma, estar-se-á assegurando uma persecução penal em conformidade aos ditames do princípio da isonomia, da paridade de armas e ampla defesa, respeitando o direito à prova. Não se pode olvidar que todos estes devem ser acessíveis a ambas as partes.

Quanto à forma do pedido de interceptação telefônica, consoante o artigo 4º da Lei 9.296/96, o pleito pelo deferimento da interceptação, em regra, deverá ser escrito. Porém, excepcionalmente, poderá ocorrer de modo oral, e a concessão da medida ficará condicionada a sua redução a termo. Deve restar demonstrado a sua necessidade, ou seja, seu caráter subsidiário, que se define por não ser cabível outro meio probatório menos gravoso para obtenção das informações que se pretende, bem como a indicação dos meios a serem empregados na interceptação.

O juiz decidirá sobre o pleito em 24 (vinte e quatro) horas. Obviamente, a decisão deverá ser fundamentada em observância ao princípio das motivações das decisões judiciais, indicando, concretamente, os elementos dos autos que demonstrem a não incidência das hipóteses negativas do artigo 2º da Lei ora em comento.

O artigo 5º da Lei 9.296/96 dispõe que a medida de interceptação “não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovado a indispensabilidade do

meio de prova”. Deveras, trata do prazo, bem como de sua prorrogação. Como se vê, de uma leitura rápida, conclui-se que a interceptação poderia durar 15 dias, renovável uma única vez por igual período. A adoção dessa postura é mais rígida. Não parece ser essa a melhor interpretação, tampouco é o que entende o STJ e o STF. Os tribunais superiores, ao menos de forma majoritária, se manifestaram pela possibilidade de prorrogação por quantas vezes ela se demonstrar necessária, vedando-se, todavia, a interceptação indeterminada. Isso significa que cada renovação será de 15 (quinze) dias e que cabe ao juiz verificar a necessidade no caso concreto. Portanto, não há um limite vinculativo, devendo-se considerar o princípio da proporcionalidade.

Impende ressaltar que, a decisão de prorrogação da medida *sub examine* não pode macular seus fundamentos e justificativas na expansão punitivista do sistema penal que se apresenta como discurso conservador para contenção e redução da criminalidade.

A título exemplificativo tem-se a seguinte posição jurisprudencial, retirada da MC HC 130729 BA⁶⁹, julgada pelo STF em 04 de novembro de 2015, pelo Ministro GILMAR MENDES:

1. Apesar do artigo 5º da Lei 9.296/1996 prever o prazo máximo de 15 (quinze) dias para a interceptação telefônica, renovável por mais 15 (quinze), não há qualquer restrição ao número de prorrogações possíveis, exigindo-se apenas que haja decisão fundamentando a dilatação do período. Doutrina. Precedentes. 2. Na hipótese em apreço, consoante os respectivos pronunciamentos judiciais, constata-se que a prorrogação das interceptações sempre foi devidamente fundamentada, justificando-se, essencialmente, nas informações coletadas pela autoridade policial em monitoramentos anteriores, indicativas da prática criminosa atribuída aos investigados, não se verificando a alegada ausência de motivação concreta a embasar a extensão da medida, tampouco a pretensa ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Outrossim, é a posição adotada pelo STJ. Vide o RHC 43270 SP⁷⁰, julgado pelo ora relator Ministro FELIX FISCHER, em 17 de março de 2016:

⁶⁹ Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310770674/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-130729-ba-bahia-0007193-5520151000000>> Acesso em 26. jun. 2018.

⁷⁰ Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339805324/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-43270-sp-2013-0400011-0>> Acesso em 26. jun. 2018

II - A jurisprudência dos Tribunais superiores é firme no sentido de que o prazo de duração da interceptação pode ser renovado indefinidamente, desde que comprovada a real indispensabilidade da medida e mediante decisão judicial devidamente fundamentada (precedentes)

Uma vez deferida a interceptação das comunicações telefônicas pelo poder judiciário, a execução da medida é atribuição da autoridade policial, no exercício das suas funções de polícia judiciária, frise-se, dentro dos limites fixados pelo juiz.

Nesse sentido, GRECO FILHO⁷¹, afirma,

quem conduz a diligência, dentro dos parâmetros fixados pelo juiz, é a autoridade policial (entenda-se autoridade da polícia judiciária, estadual ou federal, ou autoridade presidente de inquérito policial militar, se se tratar de crime da competência da Justiça Militar), dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização

Por conseguinte, o delegado de polícia diligenciará para cumprir os procedimentos necessários à interceptação, pelo que poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público, conforme o artigo 7º da lei em comento. De tudo, o Ministério Público deve ser cientificado para que, querendo, possa acompanhar a realização de todo o procedimento, afinal, é ele o *dominus litis* da futura ação penal ou da demanda penal em tramitação.

Passemos a análise dos §§1º e 2º do artigo 6º da Lei n.º 9.296/96. Conforme os dispositivos citados, a diligência pode ou não possibilitar a gravação das conversas. O entendimento aqui adotado é de que preferencialmente as conversas devem ser gravadas para que se possibilite o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa em relação ao seu conteúdo.

⁷¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal / Vicente Greco Filho**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 360.

Para possibilitar a cognição às partes do processo, deverá ser determinada a transcrição da gravação da comunicação interceptada, nesse caso, não há condicionamento à verificação de pertinência e relevância da medida. “Não basta que os registros das gravações sejam ‘colocados à disposição da defesa’, pois muitas vezes há sobreposições de vozes, ruídos, chiados, o que impede a compreensão perfeita do diálogo”.⁷²

BADARÓ⁷³ ilustra,

a transcrição da gravação é condição de validade da prova (...) O resultado da interceptação telefônica será documentado por meio da transcrição. Em suma, é a transcrição da conversa registrada, que se consubstanciará em um laudo de degavação, que permitirá o exercício do contraditório, com a possibilidade de impugnar a prova obtida e produzir

Posteriormente, depois de cumprida a diligência, a autoridade policial, encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

Por sua vez, o § 3º do art. 6º da Lei no 9.296/1996 dispõe que, ao receber o auto circunstanciado da diligência, com o resumo das operações, o juiz deverá dar início ao incidente de apensamento previsto no art. 8º da mesma lei.

Portanto, visando proteger o direito constitucional da inviolabilidade das comunicações, o direito ao sigilo, cuja transgressão exige cautelas, o resultado da interceptação não é juntado aos autos principais. Conforme o artigo 8º da Lei 9.296/96 a introdução do resultado documentado da interceptação – degavação – ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal. Cumpre examinar que tal incidente deverá ser realizado em contraditório. Inegável, é de suma relevância respeitar o direito à prova, que inclui a possibilidade de produzir a contraprova pela parte contrária, bem como evitar surpresas que inviabilizem o contraditório. Assim sendo, as partes devem ser intimadas a se

⁷² Nesse sentido: RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a lei n.º 9.296/96...**, p. 150.

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 361.

manifestar tão logo o auto circunstanciado da interceptação telefônica seja juntado ao processo, em regime de segredo de justiça.

Por fim, o artigo 9º, traz a lume outro incidente. No entanto, este é o incidente de inutilização. O artigo em comento dispõe que, “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”. Em resumo, trata da inutilização da gravação que não interessar à prova, com sua destruição total ou parcial, uma vez que caso seja mantida desnecessariamente pode afetar direitos fundamentais de terceiros, como, por exemplo, o direito a intimidade. *In casu*, a parte interessada a que se refere o artigo pode ser o Ministério Público ou a defesa, ademais é evidente que tal incidente seja realizado também em observando o contraditório, uma vez que as gravações possuem graus de relevância distintos para cada uma das partes no processo.

3.3 INTERCEPTAÇÃO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA E O CONTRADITÓRIO DIFERIDO

Abordagem precisa quanto ao presente conceito foi realizada no ponto “1.2 MEIOS DE PROVA E MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS”. Conforme noção cedida, insta dizer que, a presente pesquisa adota o entendimento, em consonância com a doutrina majoritária e trata o instituto das interceptações como meio de obtenção de prova que possui caráter subsidiário, excepcional, não se pode olvidar.

Hodiernamente, a doutrina defende, acertadamente, que o instituto das interceptações das comunicações telefônicas se configura como meio de obtenção de prova. Por conseguinte, diz-se que tal medida será meio de obtenção de prova quando, através das informações obtidas, for possível chegar às provas que, diretamente, demonstram a materialidade de um delito, tal como, por exemplo, quando se descobre onde se encontram documentos ou instrumentos que podem constituir a prova propriamente dita do delito.

Deveras, “são instrumentos que permitem obter-se, chegar-se a prova. Não é propriamente ‘a prova’, senão meios de obtenção”⁷⁴.

É sabido que a interceptação das comunicações telefônicas no Brasil está regulada pela Lei n.º 9.296 de 1996, como já foi visto, e constitui um meio de investigação, de obtenção da prova, cuja aptidão para levar ao processo elementos probatórios deve ser analisada, sobretudo, à luz da observância concreta do princípio do contraditório.

Ocorre que a interceptação das comunicações telefônicas, como meio de obtenção de prova que é, tem boa parte do seu sucesso creditado à surpresa da medida, o que por sua vez elimina a participação defensiva durante a sua produção. Portanto, pela sua própria natureza, por tratar-se de um método oculto de obtenção de informações, mitiga o direito ao contraditório, na medida em que o conhecimento gerado pela medida não se terá submetido ao debate dialético durante sua produção.

Perceba-se que, em face da natureza da medida, é evidente que dela não poderá ter conhecimento prévio o investigado. Por isso, deverá a medida ser determinada pelo juiz inaudita altera parte, vale dizer, sem o exercício anterior do contraditório. Adota-se, enfim, o princípio do contraditório diferido ou retardado (art. 1.º, *in fine*), ou seja, assegurado apenas depois da obtenção do material probatório necessário à apuração do fato.

Tal contraditório diferido, *a posteriori*, lhe possibilitará discutir a prova em todos os seus aspectos: arguir a ilicitude da prova e requerer o seu desapensamento; discutir a idoneidade técnica da operação; contestar a autenticidade das gravações ou a fidelidade da degravação ao registro das conversas; negar que seja um dos interlocutores. Facultando, portanto, às, por ocasião do processo, o direito de impugnar a prova realizada sem as suas participações.

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**: Aury Lopes Jr. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 365.

3.4 CONHECIMENTOS FORTUITOS OBTIDOS NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

3.4.1 Teoria da serendipidade

Tema cada vez mais relevante no cenário processual penal, a validade dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas, ganhou espaço nos debates doutrinários nos últimos anos. Todavia, não se pode asseverar que o mesmo encontrou pacificação, sobretudo jurisprudencial.

Ab initio, é salutar esclarecer o que vem a ser “conhecimento fortuito”. O ato judicial que autoriza a realização de um monitoramento telefônico destina-se a investigação da ocorrência de um fato que é o objeto da interceptação. Frequentemente, durante o curso da medida, são escutadas conversas que não dizem respeito ao objeto da interceptação, mas desvelam fatos diversos que podem ter algum interesse criminal. Em outras palavras, é possível, durante a execução das interceptações telefônicas, a identificação de outros crimes praticados pelo investigado ou, ainda, a descoberta de outros criminosos, não abarcados pela ordem judicial que decretou a medida cautelar. Tal fenômeno, hoje, é chamado de serendipidade nas interceptações telefônicas.

O termo serendipidade significa "algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa. Vem do inglês *serendipity*, onde tem o sentido de descobrir coisas por acaso"⁷⁵.

Feitos tais esclarecimentos prévios, a questão que se põe é: a prova ou a fonte de prova revelada de forma fortuita é válida? Em outros termos, no caso da interceptação telefônica revelar crimes diversos daquele que fundamentou o seu deferimento ou de apontar outras pessoas envolvidas em infrações penais diversas daquela que é objeto da

⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 27. jun. 2018.

apuração, é possível que as transcrições sirvam de prova em outro processo penal? De forma mais simples: tal prova, encontrada acidentalmente, é lícita?

Em relação a tais indagações, ou seja, à admissibilidade de tais conhecimentos fortuitos, encontramos divergências.

DAMASIO E. JESUS⁷⁶ assevera ser inimaginável que o cidadão sofra, num Estado Democrático de Direito, um aviltamento exacerbado em sua vida íntima. A Lei nº 9.296/96 regulamenta as condições para autorização da interceptação telefônica, dentre elas está o objeto da investigação. Haja vista, não pode o Estado valer-se de estar violando um direito fundamental do cidadão, desviar o objetivo, a finalidade para a qual adotou tal medida e admitir conhecimentos fortuitos obtidos durante a aplicação da mesma. Em suma, o autor entende que o encontro fortuito não é válido como prova em nenhuma hipótese.

GRECO FILHO⁷⁷, noutra toada, aduz,

hipótese de surgirem fatos criminosos diferentes daquele que fundamentou a interceptação, como, por exemplo, se, investigando-se o tráfico de drogas, verificasse a participação em sequestro. Poderia a gravação feita ser utilizada como prova desses fatos? Entendemos que sim, desde que a infração possa ser ensejadora de interceptação, ou seja, não se encontre entre as proibições do art. 2º e desde que seja fato relacionado com o primeiro, ensejando concurso de crimes, continência ou conexão.

O que é objeto da investigação é um fato naturalístico que pode apresentar várias facetas e ramificações. (...) Assim, parece irrecusável a possibilidade de, por exemplo, na investigação de um homicídio, chegar-se à ocultação de cadáver. O que não se admite (inclusive o mesmo ocorre no direito estrangeiro) é a utilização da interceptação em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência. É certo que, no momento em que a interceptação foi autorizada, não se tinha o requisito dos indícios razoáveis da autoria da infração conexa ou em concurso, mas a interceptação incide sobre as pessoas, é uma exceção ao resguardo da intimidade, de modo que, uma vez legitimamente autorizada em face de alguém em virtude de fato criminoso, admite sua utilização em outros delitos (punidos com reclusão) relacionados com o primeiro. É fato notório que a atividade criminosa, especialmente a organizada, não se limita a uma especialidade, ramificando-se do tráfico de entorpecentes para o sequestro, o contrabando de armas

⁷⁶ JESUS, Damásio E. de. **Interceptação de Comunicações Telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais n.735. p. 458-473.

⁷⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**: Vicente Greco Filho. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

etc. E seria uma limitação excessiva não se permitir que, uma vez autorizada legitimamente a interceptação, não pudesse ela abranger toda a atividade criminosa dos interceptados no âmbito da continência ou conexão a partir do fato que a justificou.

Em posição semelhante, porém mais acertada, GOMES⁷⁸ afirma que:

em relação ao encontro fortuito de fatos conexos (ou quando haja continência) parece-nos acertado falar em serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau (ou em fato que está na mesma situação histórica de vida do delito investigado - *historischen Lebenssachverhalt*). Nesse caso a prova produzida tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz (como prova válida). Pode essa prova conduzir a uma condenação penal.

Quanto ao último, porém não menos brilhante doutrinador, depreende-se que as gravações que captam conhecimento fortuito de fatos criminosos diversos de seu objeto podem ter valor probatório, desde que o fato fortuito tenha *conexão* ou *continência* – exclui o concurso de crimes presente no posicionamento de Greco Filho – com o fato criminoso objeto da interceptação, que estejam no mesmo contexto fático. É possível perceber aqui uma posição mais restrita com supedâneo no princípio da razoabilidade. Ademais, compartilhamos deste entendimento no presente estudo.

Por outro lado, a prova obtida fortuitamente não será válida, mas servirá como fonte de prova, isto é, será considerada *notitia criminis* sendo motivo suficiente para deflagrar outra investigação preliminar com objeto distinto, se, tratando de serendipidade de segundo grau, revelar crime diverso do objeto da investigação que com ele não possua conexão; revelar pessoa que não esteja em conjunto com aquele investigado; o juiz verificar que o fato descoberto não guarda relação de desdobramento histórico com aquele que ensejou a determinação cautelar⁷⁹.

⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 27. jun. 2018.

⁷⁹ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 340.

GOMES⁸⁰, no mesmo sentido, traz a baila que:

quando se trata, ao contrário, de fatos não conexos (ou quando não haja continência), impõe-se falar em serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau (ou em fatos que não estão na mesma situação histórica de vida do delito investigado). A prova produzida, nesse caso, não pode ser valorada pelo juiz. Ela vale apenas como *notitia criminis*.

Sobre tal aspecto, AVENA⁸¹ afirma:

é preciso atentar, diante da serendipidade, se os elementos casualmente descobertos guardam ou não relação de conexidade em relação ao delito para a qual autorizada a violação do sigilo telefônico. Caso haja esta relação, não haverá qualquer irregularidade na sua utilização como meios de prova. Agora, senão houver tal vinculação, vale dizer, se os novos dados apresentarem absoluta autonomia e independência da apuração e mandamento, neste caso poderão eles ser utilizados apenas como *notitia criminis*, autorizando o desencadeamento da competente investigação para a respectiva elucidação e, até mesmo, facultando o deferimento de outras interceptações em relação às pessoas ou aos crimes fortuitamente descobertos.

Nesta condição, tais fatos servirão apenas para iniciar nova investigação destinada a coletar novos elementos de convicção.

Em suma, de acordo com o posicionamento doutrinário adotado no presente trabalho exige-se que o fato que fora descoberto quando da procura de provas de outro crime – conhecimento de fato fortuito –, tenha conexão ou continência com o objeto da investigação, bem como atenda às condições impostas pela Lei n.º 9.296/96, sob pena não ter valor probatório a gravação judicialmente autorizada.

No viés jurisprudencial, temos que a primeira turma do STF, ao julgar Ag.Reg. no HC 137438 AgR / SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, na data de 26/05/2017, asseverou:

2. Nas interceptações telefônicas validamente determinadas é passível a ocorrência da serendipidade, pela qual, de forma fortuita, são descobertos delitos que não eram

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 27. jun. 2018.

⁸¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: Norberto Avena. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 348.

objetos da investigação originária. Precedentes: HC 106.152, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 24/05/2016 e HC 128.102, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 23/06/2016. 3. In casu, o recorrente foi denunciado pela suposta prática dos crimes tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 e encontra-se preso preventivamente ⁸²

Outrossim, a relatora Ministra Rosa Weber, no julgamento do HC 106152 / MS, pelo STF na data de 29/03/2016, entendeu:

4. A validade da investigação não está condicionada ao resultado, mas à observância do devido processo legal. Se o emprego de método especial de investigação, como a interceptação telefônica, foi validamente autorizado, a descoberta fortuita, por ele propiciada, de outros crimes que não os inicialmente previstos não padece de vício, sendo as provas respectivas passíveis de ser consideradas e valoradas no processo penal ⁸³

No mesmo sentido, porém agora no âmbito do STJ, a quinta turma ao julgar AgRg no AREsp 981437 / SP, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, na data de 21/02/2017, entendeu que:

I. Configurada a hipótese de encontro fortuito de provas, decorrente de medida de interceptação telefônica judicialmente autorizada, não há irregularidade na investigação levada a efeito para identificar novas pessoas acidentalmente reveladas pela prova, notadamente quando se trata de investigação relacionada a membros de uma organização criminosa com várias ramificações, responsáveis pela prática de vários delitos em diversos setores ⁸⁴

Deveras, a questão da necessidade ou não da conexão para a validade da prova obtida fortuitamente na interceptação de comunicações telefônicas, na jurisprudência, ainda esta evoluindo.

⁸² **AG REG no HC 137438 SP** - São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 26. mai. 2018. DJe 19/06/2017. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 26. jun. 2018.

⁸³ **HC 106152 / MS** - Mato Grosso do Sul. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgado em: 29. mar. 2016. DJe 23/05/2016. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 27. jun. 2018.

⁸⁴ **AgRg no AREsp 981437 / SP** – São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 21. fev. 2017. DJe 24/02/2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 27. jun. 2018

CONCLUSÃO

Resta claro, o quão importante é o instituto das interceptações das comunicações telefônicas hodiernamente no âmbito da investigação criminal, bem como na instrução do processo penal no Brasil, e no mundo. Com o passar dos anos, acompanhando a evolução das tecnologias, como já acontece na atualidade, tal medida sofrerá adaptações, aperfeiçoamentos, pode-se afirmar que continuará esta sendo demasiadamente utilizada tendo em vista seu alto grau de utilidade quando aplicada de forma escoreita, observados os requisitos estipulados pela Carta Magna, bem como pelo legislador ordinário.

A presente pesquisa teve por escopo, analisar, baseando-se na doutrina, legislação, e jurisprudência, o instituto das interceptações das comunicações telefônicas, sua admissibilidade como meio de obtenção de provas, bem como os aviltamentos aos direitos e garantias fundamentais do imputado quando tal medida não observa os ditames legais.

Ab initio, no primeiro capítulo da presente obra, foi necessário abordar noções basilares acerca da prova no processo penal. Restaram estabelecidas considerações gerais referentes ao instituto da prova. Em seguida, foi feita uma abordagem voltada ao seu conceito e finalidade, para que por fim fosse exposto os diferentes tipos de provas existentes – ilícitas e ilegítimas – já estabelecendo uma ligação desde então com o tema central da pesquisa uma vez que tais ideias circundam a todo momento o instituto das interceptações telefônicas. Podemos, por fim, concluir a partir de tal capítulo que as provas não servem como instrumento de acesso a realidade, mas buscam resolver a questão da verdade por meio da formação de juízos, convencimentos sobre como os fatos ocorreram ou vão ocorrer. Destarte, o direito a prova deve ser fielmente resguardado, pois tal instituto faz parte da construção do modo de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder jurisdicional.

Ato contínuo, no capítulo segundo do presente estudo, abordou-se a questão dos princípios constitucionais explícitos no processo penal. Data vênica, àqueles que divergem da opinião que aqui será exposta, deveras, a leitura de todo ordenamento jurídico –

independentemente da seara do direito que venha a ser abordada - a luz da Constituição da República de 1988 é imprescindível para a sustentação do arcabouço do Estado Democrático de Direito. Pois, este, em pleno século XXI, ainda sim tem seus pilares fragilizados por indivíduos que se amparam em discursos autoritários, visando restringir direitos e garantias do homem numa busca ilusória e maquiavélica pela “paz e bem estar social” (melhor seria dizer ‘individual’). Pois bem, urge-se, que tais princípios constitucionais sejam estudados em profundidade para que possamos aplicá-los, da melhor maneira, ao processo penal, uma vez que este é o caminho necessário para alcançar-se de forma legítima, a pena. Por conseguinte, o processo penal deve ser visto como um instrumento que condiciona o poder de penar estatal à observância de regras e garantias constitucionalmente asseguradas em prol dos indivíduos.

É cristalino dizer que, tal capítulo, em suma, voltou-se a análise de tais princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal, que consequentemente norteiam o instituto das interceptações das comunicações telefônicas. Mister se faz ressaltar a importância que se tem o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas – e suas exceções -, tema muito em voga ao tratarmos de interceptações, bem como o princípio da proporcionalidade que nos demonstra que nenhum dos direitos fundamentais podem ser lidos como absolutos. De toda sorte, a relativização de direitos, sobretudo de natureza fundamental dispostos na Constituição, deve ser feita de maneira cautelosa.

Finalmente, o terceiro capítulo foi dedicado ao ponto nevrálgico da presente obra. Tratou-se da interceptação das comunicações telefônicas, objeto de estudo específico deste trabalho.

Nos pontos consecutivos restou conceituada a interceptação telefônica *lato sensu*, deixando claro que esta é gênero e dela derivam suas espécies, que são: interceptação telefônica *stricto sensu*; escuta telefônica; e gravação telefônica clandestina.

A partir deste ponto, todas as noções basilares já haviam sido demonstradas. Logo, no ponto que se seguiu, iniciou-se a abordagem da Lei das Interceptações das Comunicações Telefônicas (Lei n.º 9.296/96). Conforme, assevera a doutrina majoritário e a jurisprudência

do ordenamento pátrio a Lei ora em comento abrange somente as interceptações telefônicas em sentido estrito e a escuta telefônica. Portanto, não são abarcadas as gravações telefônicas clandestinas, bem como os institutos ambientais, vale ressaltar.

É imperioso salientar que as interceptações telefônicas são exceções. Pois trata-se de medida restritiva de direitos e garantias fundamentais assegurados à todos os cidadãos em nossa Carta Magna, tais como: o direito da inviolabilidade das comunicações (art. 5º, XII, CRFB/88), bem como ao direito à intimidade e vida privada (art. 5º, X, CRFB/88).

Ainda no ponto relativo aos aspectos da Lei n.º 9.296 de 1996, foram examinados a natureza jurídica, competência, requisitos para deferimento e por fim seu procedimento, ou seja, a forma como é executada.

Depreende-se, desta análise que para que se determine uma medida de interceptação das comunicações telefônicas, a esta deve preceder ordem judicial fundamentada e escrita da autoridade competente desde que para fins de investigação criminal ou instrução processual. Bem como, indícios de autoria ou participação em infração penal, frise-se, que deve ser incabível qualquer outro meio probatório menos gravoso para obtenção das informações que se pretende – o que caracteriza seu caráter subsidiariedade, excepcional. Ainda, o fato investigado deve ser punido com pena de reclusão. Por fim, é necessária delimitação da situação objeto da investigação e do sujeito passivo da interceptação.

De forma derradeira, foi abordado o instituto da interceptação das comunicações telefônicas como meio de obtenção de prova, ou seja, quando, através das informações obtidas com a aplicação da medida, for possível chegar às provas que, diretamente, demonstram a materialidade de um delito. Não olvidando-se do contraditório diferido, postergado, ulterior, que é característico pela própria natureza da medida. Encerrando o presente trabalho, foi tratado do conhecimento fortuito de provas por meio das interceptações. Registre-se que não exista conexão com o crime que originou a medida, pensamos que o melhor posicionamento é de que descoberta sirva para intentar nova *persecutio criminis*.

Por conseguinte, concluída a pesquisa, restou confirmada a hipótese que quando legalmente disciplinadas e rigorosamente efetuada dentro dos padrões estabelecidos pelo ordenamento jurídico, ainda que seja meio de obtenção de prova excepcional que viola frontalmente o sigilo das comunicações, assegurado em nossa Carta Magna, as interceptações telefônicas serão lícitas e seus resultados admitidos no processo. Configurando, portanto, medida demasiadamente útil no que tange a persecução penal. Aquelas consideradas ilícitas somente serão admitidas *pro reo*, com o fito de evitar condenações injustas.

Assim, destacou-se nesse trabalho, que nosso ordenamento é marcado pelo primado da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias individuais do cidadão, onde a Constituição figura em seu epicentro. Revela-se inaceitável, contudo, fechar os olhos à violação irretorquível do direito e da paz social. A solução, portanto, é realizar uma interpretação progressiva das normas, no intuito de adequar estas à realidade social. Convém ressaltar que o processo penal, não concede ao juiz, ao Ministério Público ou à autoridade policial o poder absoluto de punir, pelo contrário, uma vez que deve ser garantidor do indivíduo.

Dessa premissa, deflui que o uso inadequado ou abusivo dos meios de obtenção de prova, no caso as interceptações das comunicações telefônicas, poderá eivar a prova de nulidade, colocando em dúvida o poder punitivo do Estado. Deveras, não se ignora o peso das questões penais, contudo, a busca desenfreada pela verdade não se justifica à luz dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e dos demais ditames constitucionais. Superado, já foi o princípio da verdade real, por tratar-se de verdadeira falácia. Por conseguinte, vale dizer que não é dada ao Estado a faculdade de invocar métodos violadores de direito e admitir em um processo criminal que se destina à apuração de um ilícito penal uma prova que transgrida a ordem jurídica. Urge-se, portanto, que o detentor do *ius puniendi* não se deixe levar pela sanha punitivista intrínseca a sua origem e utilize-se dos métodos probatórios – bem como os métodos de obtenção de prova, leia-se “interceptações das comunicações telefônicas” sem aviltar direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1933 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 9. ed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2014.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: Norberto Avena. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

AVÓLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**: Anne Joyce Angher, organização. 25. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**: Anne Joyce Angher, organização. 25. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.931 de 11 de dezembro de 1941. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**: Anne Joyce Angher, organização. 25. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. Resolução n.º 59 de 09 de setembro de 2008 do CNJ. **NET**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 27. jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no *Habeas Corpus*. **MC HC 130729 / BA** - Bahia 0007193-55.2015.1.00. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 04. nov. 2015.

DJe 09/11/2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 26. jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal e Processo Penal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus*. **AG REG no HC 137438 / SP** - São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 26. mai. 2018. DJe 19/06/2017. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 26. jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas Corpus*. **HC 106152 / MS** - Mato Grosso do Sul. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgado em: 29. mar. 2016. DJe 23/05/2016. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 26. jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Recurso em *Habeas Corpus*. **RHC 43270 / SP** – São Paulo (2013/0400011-0). Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em: 17. mar. 2016. DJe 04/04/2016. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 26. jun. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. **AgRg no AREsp 981437 / SP** – São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 21. fev. 2017. DJe 24/02/2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 26. jun. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**: Fernando Capez. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Ebook. Campinas: Russel, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Como não se faz um trabalho de conclusão**. 3. ed. SP: Saraiva, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1978 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 9. ed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 27. jun. 2018.

GRECO FIHO, Vicente. **Manual de processo penal**: Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal** *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. (Universitária, 1).

JESUS, Damásio E. de. **Interceptação de Comunicações Telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais n.735.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**: Aury Lopes JR. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHIAVELLI, Niccolò, 1469-1527. **O príncipe**: comentários de Napoleão I e Cristina da Suécia / Nicolau Maquiavel. Tradução: Fulvio Lubisco. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco**. - 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Soraia da Rosa .LONGO, Ana Carolina F. **Segurança Pública**. Autores: Antonio Eduardo Ramires Santoro et al. Brasília : IDP, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: Guilherme de Souza Nucci. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. v. 1 e 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**: Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PINHEIRO, R.H.A.; TEIXEIRA, G.H. **Interceptação telefônica como meio secundário de investigação**. NET, Rio de Janeiro, jan. 2012. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. SP: Lumen Juris, 2012.

QUEIROZ, Rodrigo Maffei. **Técnicas de formatação de monografia no word**. 1. ed. SP: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei n.º 9.296/96: interceptação telefônica**. Disponível em <<https://jus.com.br>>. Acesso em: 27. jun. 2018.

SANTORO, Antônio E. R.; MADURO, Flávio M.. **Interceptação telefônica aos 20 anos da Lei n.º 9.296/96**. 1. ed. MG: DPlácido, 2016.

SANTORO, Antonio E. R.; SANTOS, Rodolfo. **A validade dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas**. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 06 nov. 2017.

SANTORO, Antonio E. R. **A perene inconstitucionalidade da interceptação telefônica**. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 06. nov. 2017.

_____. **Controle Epistêmico sobre a interceptação das comunicações telefônicas: uma inversão dos papéis dos atores do sistema penal**. In: I Encontro de Internacionalização do CONPEDI. Barcelona. Disponível em:<<https://www.academia.edu>> Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. O prazo máximo de duração da medida de interceptação das comunicações Uma visada constitucional. **Direito Penal e política criminal**. Porto Alegre: set. 2015. p. 425-451. Disponível em < www.pucrs.br/edipucrs>. Acesso em: 13. mai. 2018.

_____. **A inconstitucional utilização dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas como prova emprestada**. In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. UFSC. NET, mai. 2014. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: *Jus Podivm*, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. 1928. **Processo penal, volume 1** / Fernando da Costa Tourinho Filho. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2010