



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIELA TORRES DE OLIVEIRA

**A (IM)POSSIBILIDADE DAS RENOVAÇÕES SUCESSIVAS DOS PEDIDOS DE
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: O EMBATE ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E
A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À VIDA PRIVADA**

Salvador

2023

GABRIELA TORRES DE OLIVEIRA

**A (IM)POSSIBILIDADE DAS RENOVAÇÕES SUCESSIVAS DOS PEDIDOS DE
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: O EMBATE ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E
A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À VIDA PRIVADA**

Trabalho apresentado à Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito.

Professor orientador: Roberto de Almeida Borges Gomes

Salvador

2023

GABRIELA TORRES DE OLIVEIRA

A (IM)POSSIBILIDADE DAS RENOVAÇÕES SUCESSIVAS DOS PEDIDOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: O EMBATE ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À VIDA PRIVADA

Trabalho apresentado à Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito.

Salvador, _____ de _____ de 2023

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Roberto de Almeida Borges Gomes

Professor convidado 1

Professor convidado 2

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP - Código Penal

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código Processual Penal

CR/88 - Constituição da República

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

HC - Habeas Corpus

DJe - Diário de Justiça eletrônico

PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

ONU - Organização das Nações Unidas

Rel - Relator

Min - Ministro

RESUMO

A presente pesquisa foi desenvolvida com o objetivo de apresentar a (im)possibilidade das renovações sucessivas para pedidos de interceptação telefônica numa incidência entre o interesse público e a proteção constitucional à vida privada. Como meio alternativo de análise da utilização dos pedidos que lhe caiba na doutrina, na legislação e na jurisprudência brasileira a luz da Lei de Interceptação telefônica e do direito a privacidade e dignidade humana, distinções jurisprudenciais no Supremo Tribunal Federal. Fator que contribui para a ocorrência sistemática de abusos e violações e assim, comprometer a plena eficácia da proteção do direito fundamental. Trata-se de uma revisão de literatura, que trará um levantamento aprofundado de diversos autores sobre a temática. Será demonstrada, ainda, a (im)possibilidade jurisprudencial da utilização renovações sucessiva, a interceptação telefônica solicitadas, e os benefícios advindos do seu uso, O estudo de todos esses elementos conjugados servirá para evidenciar que podem trazer resultados satisfatórios a todos. Considera-se este estudo, no esclarecimento dos impasses emergentes da problemática do tema, com cautela à Constituição e das relações de privacidade pública.

Palavras chave: Interceptação Telefônica, Direitos Fundamentais, Abusos Renovações Sucessivas.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1.2 Objetivo Geral	9
1.3 Objetivos Específicos	10
1.4 Justificativa	10
1.5 Questão Problema	10
1.6 Metodologia	11
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1 A Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais	12
2.2 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.3 RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
2.4 A Proteção à Intimidade, Privacidade, Sigilo Telefônico	20
2.5 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À VIDA PRIVADA	21
3. SISTEMAS PROCESSUAIS	29
3.1 Evolução Histórica dos Sistemas Processuais	30
3.2 SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL	33
3.3 O Papel do Magistrado no Processo	37
3.4 Teoria Geral das Provas no Sistema Processual Penal Brasileiro	42
3.5 Função da Prova	42
3.6 Princípios Gerais da Prova Relacionados à Interceptação Telefônica	47
3.6.1 Devido Processo Legal	47
3.6.2 Proporcionalidade	48
3.6.3 Contraditório e Ampla Defesa	50
3.6.4 Razoabilidade	52
3.6.5 Não Auto-incriminação	52
3.6.6 Presunção de Inocência	53
3.6.7 Publicidade	54

3.6.8 Veracidade	56
3.6.8 Primazia do Interesse Público.....	57
3.7 Limites à Produção, Licitude e Inadmissibilidade da Prova	57
4.6.1 ESPÉCIES DE PROVA.....	61
5. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	64
5.1 Conceitos Introdutórios	65
5.2 A Regulamentação da Interceptação Telefônica no Brasil	68
5.3 Críticas à Regulamentação e as Causas de Inadmissibilidade	Erro! Indicador não definido.
5.4 Renovações Sucessivas	Erro! Indicador não definido.
6 ANÁLISE E DISCUSSÃO	Erro! Indicador não definido.
7. CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS.....	89

1 INTRODUÇÃO

Conceitualmente, a interceptação telefônica incide em um procedimento realizado com autorização judicial, pelo qual se interrompe o curso natural da chamada telefônica, desviando o sinal para um terceiro interlocutor, a fim de que este consiga captar, nas conversas interceptadas, elementos que serão utilizados como provas processuais.

O emprego da interceptação telefônica no Brasil, como prova processual, foi regulado pela Lei nº 9.296/1996, Brasil (1996) a qual se admitiu a produção e uso ao inquérito legal ou instrução processual penal. Outrossim, a doutrina compreende a interceptação telefônica como uma operação técnica, ou de “procedimento de natureza cautelar” Távora (2019, p. 793), autorizado por um juiz, destinado a produzir provas para uso em um processo criminal (GRECO, 2005, p. 45).

O autor Greco (2005), resume a três formas de interceptação telefônica: como desvio de uma comunicação por terceiro, sem conhecimento e autorização dos interlocutores. Já a escuta telefônica consiste no desvio do sinal por terceiro, com o conhecimento dos interlocutores; e a gravação clandestina (unilateral), um diálogo feito por um dos interlocutores, sem que o outro tenha ciência.

Partindo dessa concepção, percebe-se que, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.296/1996, Brasil (1996), o ordenamento brasileiro determina que seja possível “a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal”. Assim, a priori, pode-se imaginar que o ordenamento permite a livre realização de interceptações das comunicações.

Contudo, verifica-se que esse instrumento está condicionado à observância de outros dispositivos da Lei nº 9.296, Brasil (1996), bem como aos limites estabelecidos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, além da ordem do juiz competente da ação principal. Todavia o artigo 2º, da Lei nº 9.296 Brasil (1996), dispõe expressamente que o procedimento não será autorizado quando inexisterem “indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal”, bem como quando for possível a comprovação obtida por outras espécies de prova, ou quando a sanção do delito cometido for detenção. Ainda sim é previsto na lei que o procedimento de interceptação deve ocorrer apartado, aos autos do inquérito policial ou do processo criminal ao que está relacionado, garantindo o sigilo

das diligências, gravações e transcrições das interceptações telefônicas realizadas.

Logo, é evidente que a interceptação telefônica deve ser usada em último caso e somente quando houver elementos suficientes para justificá-la. Além disso, a lei prevê o atendimento de pressupostos formais para o pedido e concessão da autorização da interceptação telefônica (GRECO, 1943).

Ao garantir o sigilo do conteúdo obtido mediante a interceptação, é incontestado que o legislador buscou resguardar, de forma mínima, o direito à privacidade e à intimidade do acusado, ou do investigado, uma vez que afastou a divulgação e a publicização do conteúdo, mantendo os autos apartados em segredo de justiça.

Em outro sentido, a Lei nº 9.296/1996, Brasil (1996) em seu artigo 8-A, passa a dispor sobre a “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos”. Permitindo a realização desse procedimento nas situações em que não for possível a produção de outras provas e quando verificada a existência de outras provas razoáveis da autoria e participação em crimes cujas penas máximas sejam superiores há quatro anos.

Quanto ao conceito, à captação ambiental, é diferentemente da interceptação telefônica, pelo qual a autoridade policial utiliza equipamentos para atrair o sinal da comunicação entre interlocutores que estão situados em um local específico, seja ele público ou privado (PACELLI, 2017, p. 353).

Apesar do uso das interceptações telefônicas no processo penal ter sido regulado há mais de duas décadas pela Lei nº 9.296/96, conforme visto anteriormente, ainda existem controvérsias sobre o tema, uma vez que a prática é uma grave transgressão às garantias do sigilo telefônico, da liberdade de comunicação, da privacidade e da intimidade, sendo o instituto classificado por uma parte da doutrina como uma forma de “coação processual real física” (TÁVORA, 2019, p. 793).

Pondera-se sobre a aceitação da jurisprudência, que firmou entendimentos tanto pela inadmissibilidade como pela admissibilidade das provas obtidas mediante interceptação telefônica quando verificada a observância e a inobservância dos limites impostos pela Lei nº 9.296/96, mesmo quando verificados excessos, ou até mesmo sem existir previsão expressa proibindo certas práticas.

1.2 Objetivo Geral

Analisar as implicações da inobservância do limite temporal imposto pela Lei de Interceptação Lei nº 9296/96, no que tange à proteção à vida privada.

1.3 Objetivos Específicos

- Verificar com base na Lei nº 9296/96 as permissividades e renovações sucessivas desta lei e acessórias.
- Discutir noções elementares do direito processual penal, princípios da prova e proteção à vida privada;
- Exemplificar analiticamente os processos cujas sentenças põem em xeque a proteção à vida privada perante a inobservância do limite temporal imposto pela Lei de Interceptação (Lei nº 9296/96).

1.4 Justificativa

Os recentes acontecimentos nacionais, dados especialmente pelos desdobramentos de diversas operações e Inquéritos Policiais, a exemplo da Operação Lava Jato, onde ocorreram a (im)possibilidade das renovações sucessivas dos pedidos de interceptação telefônica causaram um embate entre o interesse público e a proteção constitucional à vida privada. Faz-se necessário, reavaliar toda à jurisprudência e leis que caucionem de forma prudente, o embasamento legal, evadindo e ladeando a tão somente procura e auto-incriminação de provas (*Fishing Expedition*). Assim, é necessário encontrar uma solução para a problemática do embate entre o interesse público e a proteção constitucional à vida privada, estabelecendo um limite temporal que se demonstre razoável para concretizar, ao máximo, ambos os direitos, sob pena de não atender a nenhum.

1.5 Questão Problema

No entanto, o prazo máximo de 30 (trinta) dias, previsto no art. 5º da Lei n. 9.296 (BRASIL, 1996), nem sempre é suficiente para o resultado desejado, o que acaba justificando sucessivas renovações telefônicas. Diante do exposto, a pergunta que norteia este estudo, a partir da problemática que ora se desdobra, é: A prorrogação da quebra do sigilo telefônico teria realmente por objetivo concretizar o

interesse público na produção de provas, uma vez que é pressuposto para a autorização indispensabilidade do meio de prova, onde o esclarecimento dos detalhes de um crime, tanto para investigação como à instrução processual?

1.6 Metodologia

Com base nos objetivos deste estudo e a partir do referencial teórico de Gil (2008, p. 41), esta é uma pesquisa exploratória, uma vez que busca “[...] proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses [...]”, buscando, ainda “[...] o aprimoramento de idéias ou a descoberta de intuições”.

Com planejamento bastante flexível, segundo o autor, esse tipo de metodologia pode envolver “(a) levantamento bibliográfico; (b) entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema pesquisado; e (c) análise de exemplos que estimulem a compreensão” (SELLTIZ et al., 1967, p. 63 *apud* GIL, 2008, p. 41).

Fazem parte do levantamento bibliográfico deste estudo processos judiciais cujas decisões lançam mão de argumentos relacionados à dicotomia entre a interceptação telefônica e os limites impostos pela Lei de Interceptação - Lei nº 9.296.1996. Portanto, com base no procedimento técnico utilizado, pode-se classificar esta pesquisa como documental, constituída por material diversificado ao que está disponível nas bibliotecas e que compõem a tradicional pesquisa bibliográfica (GIL, 2008).

Gil (2008, p. 46) enumera algumas vantagens provenientes da pesquisa documental, “[...] primeiramente, os documentos constituem fonte rica e estável de dados. Como os documentos subsistem ao longo do tempo, tornam-se a mais importante fonte de dados em qualquer pesquisa de natureza histórica”. Outra vantagem apresentada pelo autor é com relação baixo custo, tendo em vista que exige do pesquisador apenas disponibilidade de tempo, tornando o custo da pesquisa “[...]. Todavia, a importância de que o pesquisador considere que “algumas pesquisas elaboradas com base em documentos, são importantes não porque respondem definitivamente a um problema, mas porque proporcionam melhor visão desse problema ou, então, hipóteses que conduzem a sua verificação por outros meios” Gil (2008, p. 46). Sendo assim, não se pretende neste texto elaborar

conclusões definitivas, mas ampliar a visão crítica que se tem sobre o objeto de estudo em questão.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais

Ao longo da história, a concepção de direitos de essenciais ao homem passou por diversas transformações.

O Código de Hamurabi, uma das primeiras codificações conhecidas, por exemplo, assegurava aos povos de múltiplas etnias que viviam na região da Mesopotâmia, séc. XVIII a.C., uma série de garantias invioláveis, como igualdade dos homens perante a lei, o direito a um julgamento justo e a proporcionalidade das penas que, nos moldes da Lei de Talião, garantia à vítima o direito de retribuir em igual forma e medida o mal que lhe foi causado.

Por sua vez, a Magna Carta das Liberdades, assinada na Inglaterra, em 1.215 d.C, pelo Rei João-Sem-Terra, inaugurou diversos direitos e garantias protegendo os indivíduos das arbitrariedades do Estado. Além de assegurar o direito à liberdade e a propriedade, o diploma garantiu aos súditos o direito ao julgamento por seus pares e proibiu que fossem expropriados das suas terras sem o pagamento de uma compensação e sem que houvesse um procedimento prévio. Ademais, introduziu a legalidade como pressuposta para a atuação dos governantes, visto que proibiu aplicação de multas e punições que não estivessem previamente previstas nas leis (MARMELSTEIN, 2011, p. 32).

Com efeito, durante o período absolutista, séc. XVI-XIX, todos os direitos e garantias que protegiam o indivíduo das arbitrariedades do Estado foram tolhidos e os poderes concentrados nas mãos do rei, a quem competia não só governar, mas ampliar o seu domínio, com a apropriação de terras, bens e quaisquer outros recursos, instituir o medo e ainda aniquilar qualquer um que se opusesse à sua autoridade.

Desse modo, o fortalecimento do Estado tornou as pessoas incapazes de resistir e de proteger a si mesmas e o seu patrimônio em face das ações do monarca, além de que retirou a liberdade e autonomia dos indivíduos, impossibilitando-os de expressar seus pensamentos e ideias e de praticar suas crenças e atividades econômicas.

Conseqüentemente, as crises decorrentes da insatisfação das classes menos favorecidas, acentuado com a situação de miserabilidade, os abusos dos governantes e ainda a propagação de doenças tiveram como resultado os movimentos revolucionários do séc. XVIII, dos quais se destaca a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos

Neste viés, tem-se que estes movimentos foram os responsáveis por instituir o Estado de Direito, fundado em um novo sistema de garantias que tem como características principais a separação dos poderes e a supervalorização da liberdade, que determina a observância da legalidade como pressuposto para intervenção do Estado

Ademais, também foram responsáveis pela proclamação da “Declaração de Direitos da Virgínia”, 1771, nos Estados Unidos e da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, 1789, na França, diplomas que estabeleceram como universais e absolutas, portanto, oponíveis *erga omnis*, as garantias à vida, propriedade, igualdade e liberdade, segurança jurídica e o direito ao devido processo legal, bem como o direito à participação na política e, por conseguinte, impactaram o direito ocidental.

Logo, com a ascensão dos ideais iluministas, a partir do século XVIII, essas garantias passaram a ser vistas como inerentes à própria condição humana, independentemente de concessão governamental. Em outras palavras, os direitos do homem deixaram de ser vistos como um favor concedido pelo Estado e passaram a ser considerados como uma obrigação que o Estado tinha em relação a seus cidadãos.

Não obstante tais garantias representarem um avanço significativo, após domar o monstruoso leviatã e transformá-lo em um mero espectador, o homem retornou ao seu papel de lobo do homem, evidenciando que o direito à igualdade não passava de uma ilusão diante do “cenário de desigualdade econômica e social, no qual a liberdade dos mais fracos acabava inteiramente engolida pela liberdade dos mais fortes” (SCHREIBER, 2014 p. 3 e 4).

Nesse diapasão, verifica-se que a revolução industrial e as transformações sociais ocorridas nos séculos XIX e XX exigiram que o Estado abandonasse o idealismo do modelo liberal-burguês, que determinava a postura de absoluta abstenção, para seguir o modelo político do *Welfare State* que, sem abrir mão do pressuposto da legalidade, possibilitava a intervenção do Estado de forma moderada

nas relações privadas, a fim de garantir que todos os cidadãos tivessem acesso a condições de vida mínimas e de bem-estar social

De mais a mais, no Estado de Bem-Estar a intervenção na vida privada não só protegeu o indivíduo em face dos seus semelhantes como também da própria autonomia, haja vista a falta de limites à liberdade permitia a renúncia dos direitos mais essenciais. A problemática, agravada pela situação de extrema pobreza e precariedade de conhecimentos, insurgiu a necessidade de ampliar as garantias individuais, para que se tornassem indisponíveis e inalienáveis (SCHEREIBER, 2014, p.5).

Ainda rompendo com os paradigmas do *laissez-faire*, as manifestações da classe operária e dos grupos sociais mais carentes em reação às jornadas excessiva e as más condições de trabalho e de vida, conquistaram uma série de direitos trabalhistas, como férias, limite de jornadas e salário-mínimo, além de direitos econômicos, sociais e culturais, impondo ao Estado obrigações como prestar assistência e fornecer acesso à saúde e educação.

Diante da imprescindibilidade desses direitos para o alcance de uma vida digna, a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em 1948, após a segunda-guerra mundial, universalizou o sistema de garantias do *Welfare State*, criando, para os países signatários, o compromisso de respeitar e de empenhar de esforços para a concretização dos direitos individuais e dos direitos sociais, mediante a proteção das leis e tratados internacionais.

Desde então, os direitos essenciais ao homem passaram a ser vistos como um padrão mínimo que todos os países devem seguir, incentivando a sua inserção no bojo das constituições federais. As violações desses direitos, em qualquer parte do mundo, são passíveis de críticas e mesmo de sanções internacionais (PIOVESAN, 2020).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consolidou uma série de direitos fundamentais, que incluem a liberdade de expressão, o direito à educação, saúde, moradia e trabalho, bem como a garantia de igualdade e de não-discriminação, ainda sim conforme Didier, et al., (2018) o Art. 139, IV do Código de Processo Civil (CPC) elevou as medidas, coercitivas, mandamentais, indutivas ou sub-rogatórias imprescindíveis para assegurar a execução de ordem judicial sobre *status* de direito fundamental humano, exigindo uma atuação positiva do poder público e da coletividade no sentido de preservar este direito fundamental para as presentes e

futuras gerações. Trata-se de direito difuso de natureza transgeracional, cuja essência traduz-se no dever de solidariedade com o futuro.

Como se pode ver, a concepção histórica dos direitos essenciais ao homem se transformou significativamente ao longo do tempo, passando a assumir a forma de direitos fundamentais, previstos em sede constitucional, adquirindo uma dimensão global, o que significa que os governos de todo mundo devem seguir essas normas mínimas de proteção aos direitos humanos (SARLET, 2018).

Cumprido esclarecer que os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade possuem o mesmo objeto: a proteção dos atributos da personalidade humana. No entanto, as diferentes denominações não se confundem, porque se manifestam em planos diferentes. Enquanto os direitos humanos é a expressão usada no plano internacional, independentemente, direitos fundamentais é a expressão usada no âmbito interno de cada Estado e os direitos da personalidade é expressão usada no âmbito das relações privadas. Posto isso, passa-se ao estudo do conceito e características dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988, inspirada pela Declaração Universal de Direitos Humanos, estabeleceu expressamente uma série de garantias essenciais aos indivíduos, intitulando-as de direitos fundamentais. Em que pese não haver dúvidas de que as referidas garantias previstas no Título II do texto constitucional, são normas de direitos fundamentais, é certo que a positividade por si só não é suficiente para definir essa categoria jurídica (MARMELSTEIN, 2011, p. 21).

Nesse diapasão, observa-se que sob a ótica positivista, uma série de garantias deixariam de ser consideradas normas de direitos fundamentais por não estarem enunciados expressamente no texto constitucional, enquanto outras normas seriam consideradas direitos fundamentais apenas por atenderem os pressupostos formalistas (FERREIRA FILHO, 2005, p. 2). Endossando esse entendimento, Robert Alexy defende o seguinte:

“Uma definição segundo a qual somente normas que outorguem direitos subjetivos podem ser consideradas como normas de direitos fundamentais poderia ter como conseqüência a existência de normas que, ainda que estabelecidas por enunciado, contidos no catálogo de direitos fundamentais, não poderiam ser chamadas de "normas de direitos fundamentais" (ALEXY, 2004, p.51).

Em vista do problema de reconhecimento das garantias fundamentais ante a interpretação literal das normas, a própria Carta Magna (BRASIL, 1988) admite a existência de direitos fundamentais implícitos, consoante se observa no dispositivo abaixo:

Art. 5º [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte

Posto isso, tem-se que as normas de direito fundamental podem ser definidas a partir da associação dos elementos substancial e formal (ALEXY, 2004, p.67). Logo, as normas fundamentais devem ser analisadas a partir das suas duas dimensões.

No tocante a dimensão substancial, cumpre observar que as normas de direitos fundamentais são “pretensões que em cada momento histórico se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana” (MENDES, 2014 p. 271). Isso porque essa categoria jurídica incorpora, no texto constitucional, prerrogativas essenciais à pessoa humana, convalidando valores histórico-culturais de cada sociedade que legitimam todo o ordenamento jurídico (SOARES, 2022, p. 46).

Com isso, observa-se que os elementos materiais dos direitos fundamentais são os valores éticos, associados à ideia de dignidade da pessoa humana, que impõe limites ao Estado, a sociedade e ao próprio homem, assegurando o atendimento às necessidades mínimas, sem as quais a pessoa humana não se realiza, permitindo a coexistência harmônica (MARMELESTEIN, 2011, p.25).

Noutro giro, a dimensão formalista exige que as normas de direitos fundamentais decorram do texto constitucional, ainda que se apresentem de diferentes formas, isto é, como princípios ou regras.

Em linhas gerais, as regras consistem em preceitos normativos fechados, com baixo grau de generalidade e cuja aplicabilidade é direta e imediata, uma vez que atuam como proposições disjuntivas, isto é, excluindo umas as outras. Por sua vez, os princípios são normas abertas, cuja aplicabilidade depende da interpretação dos operadores do direito, servindo como “ponto de partida”, para descoberta do direito radicado nas exigências de justiça (MENDES, 2014, p. 56).

Acerca das diferenças estruturais, Robert Alexy leciona que:

"O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fálicas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fálicas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fálica e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio." (ALEXY, 2004, p. 91 e 92)

Assim sendo, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais podem ser definidos como normas jurídicas previstas na constituição, que assumem diferentes formas, e que tem por objeto a proteção do indivíduo, em face do Estado, da sociedade e do próprio homem (MARMELESTEIN, 2011, p.18).

Em vista dessa definição, cumpre salientar que os direitos fundamentais se distinguem de outras categorias jurídicas em razão das características que lhes são peculiares.

A partir da análise do texto constitucional, depreende-se que as principais características dos direitos fundamentais são a universalidade, a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade e a interdependência. Explicando as características, Silva (2014, p. 182) aduz o seguinte:

(1) Historicidade. São históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos

tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;

(2) Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;

(3) Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que são individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;

(4) Irrenunciabilidade. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercido, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados (Silva, 2014, p. 182)

Diante disso, observa-se que à sombra da concepção jusnaturalista, uma parte da doutrina apresenta os direitos fundamentais como inatos, absolutos, imprescritíveis, intangíveis e invioláveis, induzindo a ideia de que as normas fundamentais são imutáveis e que não podem sofrer limitações.

Ocorre, todavia, que a própria constituição federal nega o caráter absoluto das normas fundamentais, uma vez que admite a possibilidade de alterações e de restrições, isto é, do afastamento, excepcional e temporário, de algumas garantias essenciais ao homem.

Diante disso, é imperioso esclarecer o conceito, a finalidade e as espécies de restrições aos direitos fundamentais, bem como o método de interpretação desses limites, o que é feito no item subsequente.

2.3 RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, é preciso esclarecer que a existência de restrições aos direitos fundamentais pelo poder público não ofende as garantias essenciais ao homem, uma vez que "nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de forma ilimitada" (SARLET, p. 396).

Com efeito, verifica-se que as restrições aos direitos fundamentais podem ser explicadas a partir da teoria interna, segundo a qual os direitos fundamentais possuem limites implícitos e, portanto as normas compreendem além do direito fundamental a sua restrição (FARIAS, 1996, p. 68), ou a partir da teoria externa de que os direitos fundamentais seriam, a priori, limitados e que mediante a imposição de eventuais restrições, estes se tornam limitados, dessa maneira, o objeto das normas fundamentais subdivide-se em dois: "o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições" (SILVA, 2014, p.20).

Apesar da divergência, a doutrina reconhece que existem três espécies de limitações: restrições constitucionais diretas ou imediatas, as restrições constitucionais indiretas ou mediatas e as restrições implícitas ou iminentes

Restrições constitucionais diretas ou imediatas: São limitações expressamente estabelecidas na Constituição, por meio de dispositivos claros e específicos. Essas restrições são diretamente aplicáveis e vinculantes, não exigindo a atuação de órgãos interpretativos ou regulamentadores para sua aplicação, onde o sopesamento, se faz necessário, por considerar a importância e o alcance de cada direito fundamental envolvido. Um exemplo de restrição constitucional direta seria a proibição de tortura ou tratamento cruel ou degradante, prevista em muitas constituições ao redor do mundo. A técnica de sopesamento é equilibrada num mecanismo para encontrar uma solução aceitável e proporcional em uma situação em que os direitos fundamentais colidem, e não se hesita em dizer que também funciona em certos casos em que há conflito de regras, quando as regras da lógica clássica. E a antinomia não é suficiente para resolver um determinado problema.

Assim, uma técnica de sopesamento é usada para implementar o princípio da proporcionalidade, porque o contraditório existe, e deve ser resolvido para "equilibrar interesses opostos". O objetivo desse balanceamento é determinar qual dos benefícios - que estão abstratamente no mesmo nível - é mais ponderado em um determinado caso

A liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais de primeira dimensão mais conhecidos e defendidos atualmente Brasil, CF (1988). Esta garante que todos os indivíduos possam expressar suas opiniões livremente, sem medo de represálias do Estado ou de terceiros. Essa liberdade, no entanto, também enfrenta

limitações em alguns casos, como quando a expressão de uma opinião viola os direitos de outras pessoas.

A liberdade de associação e a liberdade de reunião pacífica permitem que os indivíduos se juntem em grupos para defender seus interesses ou para expressar suas opiniões de forma coletiva. Esses direitos são fundamentais para o fortalecimento da democracia e para o funcionamento da sociedade civil. De modo que, estes direitos também podem ser restringidos em alguns casos para garantir a segurança pública (FERRARESI, 2012).

Em suma, os direitos fundamentais de primeira dimensão são essenciais para a proteção da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana. São garantidos pela legislação nacional e internacional de direitos humanos e sabidamente defendidos por organizações e movimentos sociais em todo o mundo. É fundamental que esses direitos sejam respeitados e protegidos para que todas as pessoas possam viver com liberdade e igualdade.

2.4 A Proteção à Intimidade, Privacidade, Sigilo Telefônico

Além das leis, a proteção à intimidade, privacidade e sigilo telefônico tem sido objeto de discussão em organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), que reconhece a importância desses direitos para a garantia dos direitos humanos (UNIÃO EUROPEIA. 2021).

A privacidade e intimidade, compreendidos dentro da 'vida privada', são espécies dos direitos da personalidade, os quais são intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis, em decorrência da própria natureza e cujo objeto é guardar a própria dignidade da pessoa humana (FREGADOLLI, 1998, p. 38).

Ocorre, contudo, que a proteção à vida privada é relativamente recente (FERRAZ, 2020, p. 440), tendo sido impulsionada pela necessidade de proteger os indivíduos do autoritarismo estatal, da padronização imposta pela cultura de massas, da tirania do individualismo e ainda dos adventos tecnológicos que forneceram ao Estado aparatos para a depreciação dos "espaços privados mais íntimos das pessoas" (MIRANDA, 1996, p.50).

No contexto do direito processual penal, a proteção à vida privada, refletida nas normas e princípios que conduzem e regulamentam o procedimento, impõe

limites à atuação do Estado, protegendo o homem dos traços inquisitoriais remanescentes no sistema adotado no Brasil. A proteção à intimidade, privacidade e sigilo telefônico é um direito fundamental previsto na Brasil, CF (1988), significa que todo cidadão tem o direito de ter sua intimidade e privacidade respeitados, não podendo ser invadidos sem justificativa legal e autorização judicial.

O sigilo telefônico, por sua vez, é o direito de ter suas comunicações telefônicas protegidas. Ou seja, ninguém pode ter acesso às suas conversas sem autorização judicial, inclusive as empresas de telefonia.

A preocupação em proteger a intimidade e o sigilo telefônico tem se intensificado nas últimas décadas, com o avanço das tecnologias de comunicação e a facilidade de acesso à informação. O uso indevido dessas informações pode resultar em prejuízos materiais e morais, além de abalar a confiança na segurança das comunicações.

2.5 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À VIDA PRIVADA

No Brasil, desde a primeira constituição (1824) até a mais recente (1988), sempre existiram disposições protegendo diferentes aspectos da vida privada. Ocorre, no entanto, que essa proteção sofreu sensíveis alterações ao longo da história, refletindo as várias transformações sociais, políticas e tecnológicas que aconteceram no mundo.

Com efeito, depreende-se que a Carta Magna de 1824, outorgada pelo imperador Dom Pedro estabelecia de forma expressa, no artigo 179, que tratava dos “Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, no inciso XXVI, a garantia do segredo das cartas, além de determinar a responsabilidade da Administração do Correio no caso de violação. Ademais, o inciso VII do mesmo dispositivo previa também a garantia de inviolabilidade do domicílio, excepcionando apenas três situações: incêndio, inundação, determinação legal. *in verbis*:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. [...]

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infracção deste Artigo. [...] (BRASIL, CMI, 1824).

Claramente inspirado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, as aludidas garantias estavam intimamente associadas ao direito de propriedade.

Contudo, a influência dos valores liberais-burgueses não se restringiu à Constituição imperial. Com a Proclamação da República, em 1889, a sociedade brasileira sentiu a necessidade de elaborar um novo diploma constitucional que ampliasse a proteção aos direitos civis e políticos e que refletisse os valores sociais emergentes.

Com efeito, o artigo 72 da primeira constituição republicana não só manteve a inviolabilidade da casa, alterando as exceções, como também ampliou a garantia de inviolabilidade do sigilo das cartas, passando a incluir outros tipos de comunicações escritas, desde que inerentes ao gênero de “correspondências”. Nos termos exatos da lei:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 11. A casa é o asylo inviolável do individuo; ninguém póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórmula prescritos na lei. [...]

§ 18. É inviolável o sigilo da correspondência. [...] (BRASIL, CR, 1889).

Entretanto, mesmo com a alteração, as garantias eram notoriamente restritas, sobretudo porque não tratavam de forma clara sobre o sigilo das comunicações, deixando de esclarecer quais eram espécies e os tipos de correspondências, isto é, se de caráter particular, bancário comercial ou oficial.

Em 1934, foi promulgada mais uma constituição, entretanto, no que se refere à proteção da vida privada não houve nenhuma modificação mantendo as garantias de inviolabilidade do sigilo da correspondência e da casa tal como estava previsto no diploma anterior, conforme se observa no seguinte recorte:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

8) É inviolável o sigilo da correspondência.

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

Em 1937, durante o Estado Novo, a constituição foi novamente substituída por outra de viés totalitário, outorgada por Getúlio Vargas. O novo diploma, além de conceder amplos poderes ao Estado, incluindo a prerrogativa de censurar os meios de comunicação, possibilitou, sob o pretexto de defender o estado, a suspensão das garantias constitucionais e a quebra do sigilo das correspondências, nos casos previstos em lei.

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei [...]

Ante a incompatibilidade das supressões e restrições dos direitos civis e políticos com os valores democráticos, após o regime ditatorial, em 1946, foi promulgado um novo diploma constitucional, restabelecendo as garantias de inviolabilidade do sigilo das correspondências e do domicílio, nos mesmos moldes da Constituição de 1934.

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 6º - É inviolável o sigilo da correspondência. [...]

§ 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vitimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer. [...]
(BRASIL, CF, 1946).

Cumpre observar, a Carta Magna de 1946, foi o primeiro diploma constitucional a mencionar o serviço de telefonia, determinando que competia à União a exploração do serviço. Assim, embora o telefone tenha chegado ao Brasil antes da proclamação da república, ainda em 1877, quando foi fabricado o primeiro aparelho para Dom Pedro II e nas décadas seguintes ter a ocorrido a difusão, mediante a criação de linhas e exploração do serviço pelas companhias. Não havia,

até então, nenhuma regra quanto à proteção das comunicações telefonia (LINS, 2017, *apud* KESTELMAN, 2002, p. 106).

Noutro giro, após a instalação do Regime Militar em 1965, foi promulgada a Carta Magna de 1967, com viés autoritário, que mais uma vez promoveu a supressão de garantias civis e políticas dos cidadãos. O aludido diploma manteve no texto constitucional as garantias de inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência, instituindo ainda a garantia de inviolabilidade das comunicações telegráficas e telefônicas, como se observa no seguinte recorte:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 9º - São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas. [...]

§ 10 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer. [...] (BRASIL, CF, 1967).

Contudo, durante todo o regime esses direitos eram meramente formais, sendo possível a quebra do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas e telefônicas, sem autorização judicial, supostamente para atender segurança nacional ou interesse público.

Para além dessas questões, a proteção à vida privada também era mitigada pela possibilidade de prisão por dívidas, visto que a vida pessoal e financeira do devedor terminava sendo exposta.

A Emenda Constitucional de 1969 alterou a interpretação das disposições da Constituição Federal de 1967, reforçando o seu caráter autoritário e, por conseguinte, agravando a supressão de direitos. Todavia, no que cerne a proteção da vida privada, formalmente não foram observadas alterações significativas. Consoante se observa no seguinte trecho:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

§ 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não

ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer. [...] (BRASIL, CF, 1969).

Por fim, a "Constituição Cidadã", promulgada em 1988, representou um avanço significativo na proteção dos indivíduos, pondo fim as supressões e restrições ocorridas durante o Regime Militar. Adotando a forma do Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana como valor principal a Carta Magna de 1988 estabeleceu como direitos fundamentais a tutela da intimidade, a privacidade e a inviolabilidade de dados, domicílio e o referido sigilo das comunicações.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

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; [...] (BRASIL, CF, 1988).

A garantia do sigilo das comunicações pessoais, por exemplo, além de ter sido reconhecida como um direito fundamental teve o seu objeto ampliado, visto que passou a abranger, além das cartas e correspondências, outras espécies de comunicações, como e-mails e telefonemas (LINS, 2017).

De acordo com o ensinamento de Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES, 2014, p. 486), a liberdade de comunicação é um dos diversos desdobramentos da liberdade de expressão que, por sua vez, é uma faculdade do direito fundamental à liberdade e um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Nesta senda, Gonet assevera que “a liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos” (MENDES, 2014, p. 486).

Com efeito, dada a importância da liberdade de comunicação, denota-se da análise do texto constitucional que, de fato, o legislador demonstrou especial preocupação em garantir aos cidadãos o direito à livre manifestação de pensamento. Eis que, ao longo do texto, verifica-se a presença de inúmeras disposições tratando sobre a matéria, sendo esta escolha uma incontestável demonstração de receio do retorno aos tempos de censura por parte do Estado.

Contudo, no tocante à liberdade de comunicação, percebe-se que o legislador não teve o mesmo cuidado, sendo raras as previsões sobre o tema. Apesar disso, existem dúvidas de que esse direito se associa também a outras garantias fundamentais, dentre as quais, destaca-se, o direito à intimidade e à privacidade.

Podendo reaver segundo Furlan (2019, p. 60) com os pareceres do STJ e do Supremo Tribunal Federal, tem admitem como lícita a utilização desse meio de prova, preconizando a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Ante a inexistência de expressa disposição legal proibindo o uso dessas chamadas gravações clandestinas como meio de prova, a sua utilização deve pautar-se pelo referido princípio, ou seja, ponderados os direitos em conflito, deve prevalecer aquele mais valioso. **Não há dúvida de que a Constituição Federal não trata da privacidade como direito absoluto, sendo certo que há momentos em que esse direito conflita com outros, quer de terceiros, quer do Estado, de modo que se torna impraticável conferir a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. Assim, a solução preconizada é o sacrifício daquele considerado menos valioso.** Na hipótese, os direitos em conflito são o irrogado direito à privacidade e o interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão dos crimes. **Ante a identificação desse conflito de interesses, cabe perguntar: é razoável sacrificar o direito à privacidade em favor do referido interesse social? Sim,** porque a organização criminosa a que pertencia a Paciente dedicava-se a práticas que “abalam sobremaneira a estrutura do Estado, revelando menoscabo ao Direito, justamente por aqueles que têm o dever legal de por ele zelar”, (FURLAN, 2019, p. 60 *apud* STF, HC nº 75.338-8/ RJ, Rel. Min. Nelson Jobim - DJU 25.09.1998).

Antes de explicar a referida relação entre interesses públicos e os conceitos de privacidade e intimidade. Chama-se atenção para a lição de Gonet (MENDES, 2014, p. 486), que reconhece a divergência doutrinária existente acerca dos conceitos de intimidade e privacidade. Em síntese, uma parte da doutrina defende que, do ponto de vista gramatical, as palavras intimidade e privacidade são sinônimas e, por isso, têm o mesmo objeto, enquanto a outra parcela doutrinária assevera que se trata de direitos distintos.

Nesse diapasão, tem-se que o direito à privacidade tem como objeto todos os relacionamentos pessoais, enquanto o direito à intimidade tem como objeto as “relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e amizades” (MORAES, 2015, p. 54). Todavia, há ainda uma terceira corrente, segundo a qual o direito à intimidade seria um reflexo do direito à privacidade (MENDES, 2014, p. 486).

Portanto, tendo em vista que os direitos à privacidade e à intimidade estão no rol dos direitos fundamentais, que são considerados essenciais para o Estado Democrático de Direito, e ainda que estão dispostos verdadeiramente como direitos do homem, não há dúvidas de que tais direitos devem ser interpretados de maneira extensiva, a fim de ampliar a sua eficácia.

Entretanto, como acontece com qualquer direito, a inviolabilidade das comunicações não é uma regra absoluta. Como se depreende do próprio inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o legislador dispôs, de forma expressa e inequívoca, a mitigação da garantia da inviolabilidade com a possibilidade da quebra do sigilo das comunicações, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”.

Com isso, é claro que a quebra da confidencialidade da comunicação não é uma faculdade concedida ao Estado, devendo esta ser motivada, justificada e pleiteada em juízo. Uma vez que o ordenamento brasileiro permite a quebra do sigilo das comunicações para a obtenção de provas para a utilização em processos criminais, sendo imperiosa a observância às regras e aos limites legais.

Na concepção de Greco (1943, p. 3), essa possibilidade de requisição judicial da violação do sigilo das telecomunicações, na verdade, “não teria guarida constitucional”, uma vez que a Constituição Federal vigente à época não fazia qualquer ressalva à garantia da confidencialidade da comunicação. Apesar disso, uma parte da doutrina defendia a compatibilidade das normas, *in verbis*:

[...] nenhuma norma constitucional institui direito absoluto, devendo ser compatibilizada com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Carta Magna não significava a absoluta proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves” (GRECO, 1943, p. 3-4).

A discussão, embora amortizada pela alteração do texto constitucional, não findou-se em 1988, uma vez que o ponto controverso não é a ausência da previsão expressa de uma exceção à regra da inviolabilidade da comunicação, mas verdadeiramente o cerceamento e o risco oferecido a diversas garantias constitucionais, inclusive, ao próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse quesito, não se pode olvidar de qualquer situação que enseje a maculação do sigilo das comunicações. Como disposto no texto constitucional, à excepcionalidade da violação está limitada às hipóteses e às formas previstas em lei. Em vista disso, denota-se que a forma de violação está intimamente associada ao meio de comunicação utilizado. Com efeito, observa-se que, nos dias atuais, merecendo especial destaque a interceptação telefônica, regulamentada pela Lei 9.296/1996.

A proteção à vida privada tem por objeto o resguardo da integridade moral, portanto, da dignidade da pessoa (MIRANDA, 1996, p.76), compreendendo tanto o direito fundamental à intimidade, quanto à privacidade

Segundo o entendimento da corrente majoritária, o direito à intimidade protege a esfera mais exclusiva do indivíduo, enquanto o direito à privacidade é mais amplo e alcança outros aspectos da vida social do indivíduo (FERRAZ, 2020, p.441).

Todavia, diante da dificuldade de traçar um limite certo do alcance desses direitos, muitos doutrinadores costumam confundir os seus conceitos, sendo comum a afirmação de que a proteção à intimidade estaria incluída dentro do direito à privacidade, sendo, portanto, apenas uma manifestação (GAGLIANO, 2017, p. 72).

Contudo, embora se reconheça o vínculo simbiótico entre os aludidos direitos, é evidente que o objeto proteção não é o mesmo. Com efeito, é preciso observar que o vocábulo intimidade, cuja origem remete a palavra latina "*intimus*", refere-se àquilo que é profundo e ou intrínseco a natureza de um ser (LEVISKY, 2017, p. 41).

Assim sendo, partindo de uma interpretação restritiva, é certo que o a proteção à intimidade alcançaria tão somente à solidão, pelo que consistiria no "direito de estar só e no direito ao recato" (FREGADOLLI, 1998, p. 37), uma vez a doutrina compreende a exclusividade como o aspecto comum à toda pessoa (MIRANDA, 1996, p. 82), o que também se verifica na afirmação de que "a intimidade é o âmbito exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada, que por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros" (FERRAZ, 2020, p.442).

Entretanto, a doutrina majoritária entende que a proteção à vida íntima é estendida às relações interpessoais mais próximas do indivíduo, ou seja, àqueles que fazem parte do seu núcleo afetivo, os amigos e familiares (MENDES, 2000, p. 420).

Enquanto o direito à privacidade tem por objeto os fatos e acontecimentos atinentes às relações interpessoais do indivíduo Mendes (2000), nos quais a comunicação é inexorável, mas cuja exposição indesejada é capaz de provocar danos à psique do indivíduo (FERRAZ, 2020, p.442).

Nesse modo, a proteção aos elementos inerentes à relações interpessoais e a vida privada, frente ao exercício do poder de punir do estado, especialmente em matéria penal, demanda a consolidação de um instrumental que estabeleça parâmetros sobre os quais a atividade punitiva será lastreada. O sistema processual, elemento da jurisdição, é fator indispensável à referida proteção, sobre o qual o seguinte capítulo se debruçará.

3. SISTEMAS PROCESSUAIS

O sistema processual, tanto o mundial quanto o brasileiro através de escritas de Locke e Voltaire gradativamente foi constituído pela tolerância. E seus exames preliminares foram essencialmente alterados, numa apreciação de desenvolvimento histórico para os atuais modelos processuais penais, de modo que o significado acusativo (inquisitórios) dos termos, lentamente abriu espaço a tolerância e a ampla defesa do contraditório (KHALED, 2010).

“A sociedade não se compadecia com o fato de que a pessoa pode causar mal a outra” (PEREIRA *apud* GAGLIANO, 2006, p. 05), assim, a fim de evitar e corrigir eventuais desequilíbrios e ainda punir os agentes causadores, historicamente, as sociedades desenvolveram sistemas procedimentais para a solução de conflitos e, por conseguinte, para a manutenção da ordem social (FIORI, 2008, p. 7).

Nesse ínterim, esclarece-se que o sistema processual penal consiste em um “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2016, p. 47). Portanto, os instrumentos, as regras procedimentais e os demais institutos que compõem o

sistema processual variam conforme cada sociedade e o respectivo momento histórico.

Contudo, ao longo dos anos, esses sistemas sofreram modificações, passando a conferir cada vez mais garantias aos indivíduos, em face da atuação estatal. Com efeito, para compreender o objeto deste trabalho, é imprescindível conhecer as características dos principais sistemas, a importância da verdade processual e sua respectiva busca, bem como compreender o processo de evolução e como os mecanismos influenciaram o sistema processual penal brasileiro, além de analisar o papel da prova e do magistrado no processo. Passa-se, então, à análise dos institutos.

Desse modo, a proteção aos elementos inerentes à vida privada frente ao exercício do poder de punir do estado, especialmente em matéria penal, demanda a consolidação de um instrumental que estabeleça parâmetros sobre os quais a atividade punitiva será lastreada. O sistema processual, elemento da jurisdição, é fator indispensável à referida proteção, sobre o qual o seguinte capítulo se debruçará.

3.1 Evolução Histórica dos Sistemas Processuais

As sociedades primitivas não costumavam se preocupar com a sistematização dos institutos jurídicos, sobretudo com a criação de um sistema próprio para a solução de conflitos. Dessa forma, na antiguidade, as sociedades incorporaram a concepção de vingança privada, caracterizada pela retribuição desproporcional do mal, na qual o indivíduo vitimado poderia impor ao autor a resposta pelo mal causado. Portanto, naquele momento, além de se aplicar a autotutela, não havia preocupação com a verdade.

Com o desenvolvimento das sociedades, pouco a pouco foram atribuídos novos elementos à vingança institucionalizada, que passou a empregar um viés religioso para justificar as respostas aos conflitos, surgindo assim o sistema acusatório privado, no qual a vítima desafiava o autor do fato danoso para um combate físico (ordálias) e o vencedor era considerado o detentor da verdade, portanto, a quem assistia razão; logo, denota-se que nesse sistema não havia ação pública. Em função disso, Ariane Fiori afirma que “a utilização do judiciário era uma ritualização da luta, uma regularização da guerra” (FIORI, 2008, p. 10).

Na Idade Média, com a ampliação dos poderes do Estado, o fortalecimento da igreja, bem como a reestruturação da sociedade, o sistema acusatório privado foi definitivamente substituído pelo sistema inquisitório. Nesse sistema, o Estado reivindicava para si o poder de investigar e punir os crimes e demais delitos. Eram seus atributos o sigilo da investigação e do processo e a prática de atos autoritários e punitivos Khaled (2010, p. 294), apesar disso, é importante esclarecer que o sistema inquisitivo passou por dois momentos com diferentes características:

No primeiro, as partes não produziam provas e não havia o contraditório; era facultado ao magistrado o direito de perquirir os elementos necessários para sua convicção, sendo prescindível a fundamentação das suas decisões. Assim, embora esse modelo processual dispensasse a cognição, a imparcialidade e a vinculação da decisão, a convicção do magistrado era livre. Logo, o que se observava era que o julgador podia perquirir a verdade, mas a decisão decorria das suas convicções pessoais (RANGEL, 2016, p. 48).

Além disso, Não havia a repartição de funções, assim um indivíduo, o juiz inquisidor, era encarregado de todos os feitos investigar, acusar, defender, julgar e aplicar a pena, visto que não se admitia a transferência de nenhum poder para os particulares (RANGEL, 2016, p. 48).

Já no segundo momento, com a queda do sistema feudal, o fortalecimento das monarquias absolutistas e a influência da Igreja nas ações do Estado, foi introduzido o “sistema da prova legal” (FIORI, 2008, p.22), que permitia a reconstituição dos fatos através da admissão da prova verbal, prova testemunhal, prova corporal e as provas religiosas, em substituição do combate físico, facilitando e promovendo a ampliação da aplicação da lei pelo monarca.

Ante a necessidade de se produzir provas, criou-se um instituto próprio para resgatar a verdade sobre os acontecimentos, o inquérito (GOMES FILHO, 1997, p.17). Nesse momento, a reconstrução fática do problema subvertido consistia na obtenção da confissão do acusado, que se dava, geralmente, mediante tortura (FIORI, 2008, p.14), sendo a prática justificada pela “sagrada missão de obtenção da verdade” (KHALED, 2010, p. 295), visto que através da confissão poderia se obter uma versão pura dos fatos, sendo a fonte o próprio autor.

Desse modo, ante os excessos e as arbitrariedades do Estado durante a aplicação do sistema inquisitivo e do período absolutista, o modelo processual foi substituído pelo sistema acusatório, o qual era pautado nos ideais burgueses.

Dentre os quais se ressalta a limitação do poder punitivo do estado, a separação dos poderes, além de valores como a liberdade e a igualdade, de forma que buscava dar garantias aos cidadãos, servindo para coibir os abusos do Estado.

Em vista do que já fora dito, ante a ascensão da burguesia e o repúdio aos abusos perpetrados pelos governantes, a forma do Estado Absolutista foi alterada para o Estado de Direito, que submeteu a atuação do Estado à observância do princípio da legalidade, insurgindo necessária reforma do sistema processual para o modelo acusatório (KHALED, 2010, p. 296).

Nesse contexto, a principal alteração promovida pelo novo sistema foi a separação das funções entre as partes do processo e a imposição de limites aos poderes do magistrado, de quem passou-se a exigir a imparcialidade e a fundamentação das decisões bem como à observância das regras procedimentais (PACELLI, 2017, p.10).

Ocorre, no entanto, que, historicamente, o sistema demonstrou-se ineficaz, uma vez que “a impunidade reinava” à época em que foi implementado, em virtude da má comunicação entre o cidadão e o Estado (RANGEL, 2016, p. 52). Em síntese, como o sistema acusatório em sua origem dependia da iniciativa do cidadão e nem sempre este procurava a tutela jurisdicional, muitas vezes não se verificava a persecução penal dos delitos.

Outrossim, verificou-se que a excessiva preocupação em limitar o poder discricionário do magistrado, enfatizando a observância ao princípio da legalidade e de outros elementos que racionalizam o direito, o que terminou ocasionando o positivismo jurídico, que paradoxalmente produziu consequências desastrosas, cite-se as experiências restritivas de direito, os estados de exceção, o autoritarismo e totalitarismo e outras mais vivenciadas ao longo do século XX.

Com efeito, em face desses problemas, foram necessárias significativas mudanças que, sem dúvidas, ampliaram os poderes do estado para permitir o cumprimento da sua função de mantedor da ordem social, ainda quando não houvesse a referida iniciativa do cidadão, permitindo assim a repressão crimes e comportamentos indesejáveis. Em vista desse paradoxo, Khaled (2010, p. 297) aduz que:

Inicialmente o caráter humanista das reformas penais foi suprimido em nome de uma cientificidade que propunha a neutralidade absoluta e, posteriormente, por uma guinada

ideológica que retomou grande parte dos males da inquisição, ainda que sob outros pressupostos: a criminologia positivista. Portanto, o que surgiu como direito de resistência ao autoritarismo estatal acabou por ser transposto para uma lógica de conformação da nascente ordem burguesa, descaracterizando em grande margem o projeto reformador ilustrado, em prol do nascimento da sociedade disciplinar (KHALED 2010, p. 297).

Diante do novo problema, emergiu a necessidade de transformações para que os sistemas processuais de todo o mundo passassem a garantir - ou em outras situações, ampliassem e efetivassem - os direitos humanos, em especial o direito ao devido processo legal, de ampla defesa, contraditório e de igualdade processual (PIOVEZAN, 2008), diga-se, valores que, a priori, já conduziam o sistema acusatório. Assim, o resultado do movimento pendular que variava entre a absoluta proteção de direitos individuais e o intervencionismo do Estado, foi a criação de sistemas híbridos que tem como fundamento o Estado Democrático de Direito que, em breve síntese, “concilia Estado Democrático e Estado de Direito” (SILVA, 1988, p.15). Reuniu-se, então, valores próprios do Estado de Direito, que refletem a preocupação com a separação dos poderes, observância da legalidade e a proteção dos direitos individuais, com a concepção de Estado Democrático, com a valorização da “participação efetiva e operante do povo na coisa pública” (SILVA, 1988, p.15), inspirando o sistema processual brasileiro.

3.2 SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL

Como se apreende do item anterior, as características do sistema processual inquisitivo são absolutamente contrárias à concepção do Estado Democrático de Direito, uma vez que, nesse modelo de sistema processual, além de o juiz exercer todas as funções, os feitos se dão de modo sigiloso, sem a observância dos princípios que deveriam conduzir a atividade jurisdicional, como publicidade, contraditório e ampla defesa, similarmente ao que se verifica no inquérito policial no Brasil (RANGEL, 2016, p. 48).

Já em relação às características do modelo acusatório, verifica-se que, de fato, há uma maior compatibilidade entre a sua forma, a democracia, os valores de liberdade, igualdade e a atuação limitada do Estado, visto que a estrutura deste já determinava a separação das funções entre os sujeitos processuais, além de determinar a imparcialidade do julgador, bem como a garantia da ampla defesa e ao

contraditório, direitos também previstos na Carta Magna (BRASIL, 1988).

Com efeito, os manuais costumam interpretar o sistema processual seguido no Brasil de formas distintas. Enquanto uma pequena parcela defende que se trata de um modelo essencialmente inquisitório (LOPES JR., 2020, p. 65), a parcela majoritária aduz que o Brasil adere ao sistema acusatório (CAPEZ, 2016, p.118), compatível com o regime do Estado Democrático de Direito, ratificando a previsão do Código de Processo Penal, segundo o qual “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, art. 3º-A, CPP (BRASIL, 1941), cuja eficácia está suspensa desde 2020 em decorrência da decisão do Min. Luiz Fux.

Todavia, é cristalino que o o sistema processual brasileiro tem uma forma *sui generis*, visto que tem atributos de ambos os sistemas. É em face disso que a terceira parcela da doutrina costuma explicar que o sistema processual brasileiro é um modelo híbrido ou misto, em que, supostamente, prevalecem as características do modelo acusatório (TOURINHO FILHO, 2013, p. 118), – reconhecendo parcialmente o art. 3º do CPP (BRASIL, 1941):

No direito pátrio, o sistema adotado, pode-se se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes [...] (TOURINHO FILHO, 2013, p. 118).

Dessa forma, apesar de a maioria dos autores sustentarem que se trata de um modelo acusatório, porque a divisão de funções entre os sujeitos processuais está prevista tanto na Carta Magna (BRASIL, 1988), como no ordenamento infraconstitucional, cite-se o CPP (BRASIL, 1941), os defensores do sistema misto reconhecem plenamente a influência do sistema inquisitivo, com atenção a isso, aponta-se que “o modelo constitucional é acusatório, em contraste com o Código de Processo Penal, que é nitidamente inquisitório” (LOPES JR., 2020 p.131).

Assim sendo, conforme a CF/1988, tem-se que compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, bem como exercer o controle externo da investigação - art. 129, inciso I e VII (BRASIL, 1988). Já o art. 251 do CPP diz que incumbe ao magistrado “prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força

pública”, enquanto o art. 4º da mesma Lei, orienta que cabe aos delegados de polícia averiguar os fatos, colher provas, ouvir os envolvidos, proceder a identificação de pessoas e coisas, determinar a realização de perícia, o empenho necessário para a realização da perícia (BRASIL, 1941). Todavia, os artigos 5º, inciso II e 28 do CPP (BRASIL, 1941). colocam em xeque a separação.

Nesse interim, destaca-se a lição de Antônio Milton (BARROS, 2008) que cita como outra característica do sistema inquisitório presente no ordenamento pátrio a vedação do contraditório no inquérito policial, ressalta a inconformidade entre o Código de Processo Penal (1941) e o sistema processual acusatório puro, que embasou as mudanças promovidas pela a Carta Magna de 1988.

Como é sabido, o Código de Processo Penal apresenta profundo descompasso com o sistema implantado após 1988, pois a Constituição Federal adotou, de forma explícita, o modelo acusatório, destacando-se a titularidade exclusiva do Ministério Público, para a ação penal pública (CF, art. 129, I). Como exemplo, tome-se o inquérito policial, o qual possui características inquisitivas: sigilo (art. 20 do CPP) e a não previsão do contraditório. A autoridade judiciária também está autorizada a dar início ao inquérito (art. 5º, inciso II, o CPP), clarividenciando novamente um resquício inquisitivo para boa parte dos estudiosos da área. Outro dispositivo que merece destaque é o art. 28 do CPP, donde o juiz exerce função de fiscal e por que não, de acusador, na ação penal pública (BARROS, 2008, p. x).

Ademais, depreende-se que no sistema processual brasileiro os poderes do magistrado vão além da decisão. O juiz, como será explanado no item subsequente, possui poderes para determinar a produção de provas, a fim de instruir o processo e influir na sua cognição, o que se comprova com o art. 156 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que prevê a possibilidade de o juiz, *ex officio*, ordenar ou autorizar a “produção antecipada de provas”, bem como a “realização de diligências”, sendo que esta possibilidade estaria sujeita a juízos de necessidade, urgência e relevância.

Desse modo, infere-se que, ao compatibilizar características de diferentes sistemas processuais, o legislador brasileiro buscou atender tanto anseios individuais, quanto sociais, sobretudo após o processo de democratização do país e na criação da Constituição de 1988, em que, seguindo a tendência das legislações internacionais, deu ênfase a proteção dos direitos humanos (PIOVEZAN), uma vez que inseriu no rol de direitos fundamentais o direito ao devido processo legal, bem

como o direito a intimidade, privacidade, vida, integridade física, liberdade, dentre outros mais, todos constantes no bojo do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), estabelecendo no restante do texto constitucional os deveres do Estado para com a sociedade, garantindo-lhe poderes para execução.

Em função disso, uma parcela mais crítica da doutrina defende que, embora possam existir sistemas mistos, o sistema processual brasileiro deve ser considerado um sistema exclusivamente inquisitivo, principalmente em decorrência dos poderes concedidos para a satisfação da cognição do magistrado, porque há, com isso, o comprometimento da divisão de funções – fator considerado o mais essencial para caracterização como um sistema acusatório (KHALED, 2010, p. 308).

[...], se o juiz desloca-se de seu papel de julgador, comporta-se como um juiz inquisidor e abandona seu lugar de árbitro, elemento imprescindível a um processo penal democrático e acusatório. Se não há separação entre as funções de acusar e julgar, o sistema se torna inquisitório. Dessa forma, justapondo “amostras”, algumas utilizadas, outras deixadas de lado, valendo-se de suas impressões, que prefiguram algo que não estava lá, o juiz integra subsídios de acordo com suas predileções e assim, de fato, inventa algo que se apresenta como uma verdade real”. Tal “verdade real” não é mais do que a submissão do acusado aos desígnios do poder. [...] O que caracteriza um sistema acusatório é a existência de partes e o arbitramento do juiz, que não deveria ir atrás de provas, o que incumbe às referidas partes. A busca pelo verdadeiro não pode suplantar as garantias do réu, pois essa é a característica do processo penal e dos limites que devem ser impostos a busca que ele procede (KHALED, 2010, p. 305-306).

Com efeito, para os fins deste trabalho, adota-se o posicionamento segundo o qual o processo penal no Brasil tem “uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com as garantias do processo acusatório” (CAPEZ, 2016, p.119), sendo preponderantemente um sistema acusatório, similar, inclusive, ao “primeiro diploma revolucionário a respeito do processo penal – o *decrét* de 8-9 de outubro de 1789” (GOMES FILHO, 1997, p. 28), no qual:

A fase inicial de investigação (*information*) continuava a ser secreta, mas para assegurar certa transparência à atividade inquisitiva do juiz, vinha prevista a participação de cidadãos indicados pelas municipalidades, os *adjoints*, que deveriam acompanhar as diligências probatórias; a partir do comparecimento do acusado perante o magistrado, para interrogatório, iniciava-se então a segunda parte do

procedimento, pública e contraditória, com ampla possibilidade de intervenção do defensor e, inclusive, com o reconhecimento do direito de inquirir as testemunhas de acusação e produzir a contraprova. (GOMES FILHO, 1997, p. 28).

Refente a isso, é preciso salientar que a produção da contraprova é um direito fundamental do acusado, que permite que este apresente sua versão dos fatos e refute as acusações apresentadas pela acusação. Esse direito é essencial para garantir a justiça do processo e evitar condenações injustas (LOPES JR., 2020). No entanto, muitas vezes a produção da contraprova é dificultada pela falta de recursos financeiros ou pela limitação de tempo e recursos disponíveis para a defesa. Isso pode prejudicar seriamente a defesa do acusado e comprometer a justiça do processo.

De acordo com o jurista Aury Lopes Jr. (2020), "a produção da contraprova é uma exigência do devido processo legal e uma garantia fundamental do acusado". Sem esse direito, o acusado fica em desvantagem em relação à acusação e pode ser condenado injustamente.

Portanto, é fundamental o papel dos tribunais na garantia aos acusados o direito à produção da contraprova e forneçam os recursos necessários para que a defesa possa exercer esse direito de forma adequada. Afinal, o sistema acusatório tem por finalidade justamente proteger a sociedade dos excessos praticados pelo Estado.

Nesse diapasão, cumpre analisar o papel do magistrado nos sistemas processuais brasileiro, ressaltando as diferenças do Código de Processo Penal para o Código de Processo Civil.

3.3 O Papel do Magistrado no Processo

Destarte o juiz inquisidor ser notadamente autoritário e concentrar para si todas as funções processuais, detendo poderes instrutórios, competia a ele o dever de produzir as provas necessárias para o seu convencimento, uma vez que para esse sistema processual a obtenção da verdade justifica qualquer ato atentatório aos direitos individuais. De modo que o magistrado costumava “desempenhar toda a atividade possível para o descobrimento da verdade, inclusive proceder de ofício, se

considerasse a existência de indícios suficientes de um fato punível” (CARVALHO *apud* FIORI, 2008, p. 20).

Por outro lado, ante os excessos do Estado absolutista, viu-se a necessidade da imparcialidade do julgador pelo que, no sistema acusatório, a obrigação de produzir provas foi transferida para as partes, restando ao juiz a competência para gerir a atuação das partes no processo e de aplicar a lei.

Diante disso, no âmbito do sistema processual brasileiro, denota-se um embate acerca do papel do magistrado, visto que, apesar dos códigos processuais, principalmente o CPC, determinar que é função do magistrado dirigir o processo, fiscalizando as partes, limitando o seu poder de decisão, tal como o juiz acusatório, o Código de Processo Penal, em direção oposta, concede poderes que permitem ao magistrado desempenhar outras funções, inclusive para determinar a produção de provas, ameaçando assim a sua imparcialidade. *In verbis*:

Código de Processo Civil (BRASIL, 2015)

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.[...]

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)

Art. 251. Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: [...] II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (BRASIL, 1941).

Isso porque, diferentemente do que se verifica na seara cível, em onde cabe às partes produzir todas as provas necessárias a qual e se espera do magistrado a postura de gestor processual. Como expresso na concepção do processualista argentino Jeremías Benthán, para o qual “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas” (BETHAN *apud* DIDIER, 2015, p. 38). No âmbito do processo penal, o ônus da prova incumbe à acusação, sendo cognição do magistrado se torna ainda mais relevante, o que justifica o exercício mais ativo do magistrado na instrução, visto que este deveria buscar os elementos necessários para a sua convicção (MIRABETE, 1999, p. 44).

Eis que, como o direito penal e o direito processual penal são os instrumentos mais poderosos do Estado para o exercício do controle social e para a proteção dos bens jurídicos mais essenciais do ser humano, as suas sanções são mais severas e, os eventuais danos à esfera do sujeito, em decorrência da aplicação, tendem à irreversibilidade. Por conseguinte, há uma maior necessidade de se justificar a aplicação das sanções impostas pelo Estado, uma vez que o princípio da presunção de inocência conduz todo o direito penal, sendo necessário que o processo seja instruído com a prova mais pura e completa possível, pois somente conhecendo o fato com detalhes o julgador poderá aplicar a lei para melhor atender aos anseios das partes e da sociedade.

Dessa forma, considerando que no sistema processual brasileiro prepondera o viés do modelo acusatório, infere-se que, ao conceder os sobreditos poderes ao

magistrado, melhor dizendo, não os revogar, o legislador tinha o fito de alcançar a justiça, com a concretização dos princípios da verdade real e do impulso oficial (BARROS, 2008). Por outro lado, deve-se ter em mente que a atuação do magistrado deve estar em conformidade com o “espírito de legalidade e moralidade dos atos praticados pela Administração Pública”, Barros (2003, p. 218), visto que em “um Estado Democrático de Direito, uma exigência como a verdade não pode ser absoluta” (KHALED, 2010, p. 306).

Dessa forma, ainda que o ordenamento permita a atuação mais ativa do magistrado para o alcance da justiça, não quer dizer que não existam limites. Pelo contrário, é no processo penal que a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas, prevista no art. 5º LVI da Constituição Federal, Brasil (1988), tem maior repercussão, uma vez que o juiz não pode ultrapassar o limite da legalidade para obtenção da verdade. A despeito disso Marco Antônio de, Barros (2003) assevera que:

[...] já não vigora mais o dogma da procura sem limites da verdade, hoje superado pelo entendimento que toda atividade probatória, consistente na intervenção mais ou menos relevante dos direitos individuais, requer invariavelmente a necessária legitimação legal (BARROS, 2003).

Portanto, é extremamente necessário que o julgador, no exercício das suas prerrogativas, aja de forma equilibrada, de modo a respeitar “o binômio da busca pela verdade real e a proteção de valores fundamentais”, Brentel (2012, p. 25). Insta dizer que, da inobservância do dever de equilíbrio entre o exercício da atividade jurisdicional e os direitos fundamentais, surge o óbice da ilicitude da prova, que será analisado mais adiante.

O alcance desse equilíbrio, todavia, não é uma tarefa fácil, destarte se tratar de uma das maiores dicotomias do direito processual penal: o confronto da eficiência repressiva com a proteção do acusado e das suas garantias. Em vista disso, é preciso atentar para o fato de que “não se concebe um processo eficiente sem garantismo”, sendo necessário que todo o processo se adeque às normas constitucionais (FERNANDES, 2010, p. 2).

Diante disso é necessário que todos os procedimentos, desde a investigação, até a execução da pena respeitem ao máximo os direitos fundamentais, individuais e sociais, efetivando o compromisso de proteger a dignidade humana, sobretudo quanto à produção, ao exame e à valoração da prova, uma vez que a prova é o

instrumento útil para instruir o juiz e promover o consenso da sociedade, possibilitando o alcance da justiça.

Nessa senda, chama-se atenção para uma espécie de prova, a interceptação telefônica. Tendo em vista as características da medida, é evidente que a sua produção intensifica os traços de inquisitorialidade no processo, uma vez que é uma prova produzida de forma sigilosa, sem o contraditório e sem ampla defesa.

Outrossim, destarte o procedimento consistir necessariamente na violação da vida privada do indivíduo com o desvio das comunicações pessoais deste, é preciso salientar que a relativização dos aludidos direitos individuais tem como fundamento a busca de uma verdade que, a princípio, seria impossível de ser alcançada, uma que é requisito para a admissibilidade da interceptação telefônica a impossibilidade de se produzir a prova por outros meios. Portanto, reforça-se o viés inquisitório.

Não suficiente, o caput do art. 3º da Lei 9.296/1996, Brasil (1996) previu, de maneira expressa, que a quebra do sigilo telefônico pode ser determinada pelo juiz, ex.: ofício, não sendo possível negar a que extrapolação do limite da função do juiz coloca em risco a imparcialidade deste.

Ainda, especificamente quanto às renovações sucessivas dos pedidos de interceptação telefônica, é evidente que há uma afronta às garantias de um Estado Democrático de Direito, visto que Lei nº 9.296, Brasil, (1996), ao regulamentar as interceptações telefônicas em prol do interesse social na segurança pública e na concretização da justiça, permitiu que a quebra do sigilo se desse por apenas 15 (quinze) dias, sendo possível a renovação, desde que preenchidos os requisitos.

Dessa forma, por se tratar de uma exceção a um direito fundamental, é evidente que a interceptação das comunicações só poderia ser feita por até 30 (trinta) dias, visto que deveria ser interpretada de maneira restritiva. Mas isso não tem acontecido, haja vista existirem casos em que a quebra de sigilo telefônico perdurou por mais de um ano. Assim, há dúvidas se a atuação do magistrado está, ou não, em conformidade com os limites impostos pelo ordenamento pátrio, logo, se é, ou não equilibrada.

Todavia, antes de tratar especificamente das interceptações, faz-se necessário analisar de forma mais detalhada o instituto da prova e os limites a sua produção, no âmbito do processo penal do Brasil, uma vez que a interceptação telefônica é tão somente um instrumento para sua obtenção

3.4 Teoria Geral das Provas no Sistema Processual Penal Brasileiro

Diante das sobreditas mudanças de mentalidade social e das transformações promovidas quanto à forma de organização e controle das sociedades, solução de conflitos e do início movimento de racionalização do direito, durante à idade média, foi observado o surgimento do instituto da prova no sistema processual inquisitivo, o que ensejou a criação uma fase instrutória, que antecedia a decisão do julgador, na “qual as partes juntam as provas sobre as quais se funda a sua pretensão” (MENDONÇA, 2004, p. 2).

A princípio, a busca da verdade sobre os fatos controvertidos, na fase do inquérito deveria o proteger o indivíduo dos abusos estatais, uma vez que seria útil para provar a inocência e evitar condenações equivocadas. Entretanto, direção oposta, serviu para justificar a desmedida intervenção do Estado na vida privada, elevando o processo penal ao patamar da infalibilidade.

Diante disso, a burguesia, através das reformas sociais ocorridas no final da Idade Média, conseguiu racionalizar ainda mais o direito, criando o sistema acusatório, que determinava à observância da lei para as intervenções estatais (KHALED, 2010, p. 296). Com isso, limitou à busca da verdade ao que era possível, haja vista a exigência objetividade das provas, embora persistisse a controvertida valorização do “livre convencimento do magistrado”, que convalidava a produção de provas sem a participação do magistrado (GOMES FILHO, 1997, p. 26).

Com efeito, no Brasil, o instituto da prova é essencial para a prestação da tutela jurisdicional, em especial quanto a persecução penal, haja vista dar “condições para que o juiz exerça a sua atividade re-cognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença” (LOPES JR., 2020, p. 557).

Assim sendo, é preciso compreender o conceito e a função da prova, além de conhecer os princípios que conduzem a atividade probatória, bem como a forma e os limites à sua produção.

3.5 Função da Prova

A doutrina costuma conceituar a prova a partir da sua função, sendo comum a explicação de que ela é o instrumento usado para demonstrar a verdade sobre os fatos, conforme se observa nas afirmações de que “a prova é o meio destinado a

convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato” (BARROS, 2003, p. 153). Em que “a prova é o instrumento através do qual as partes demonstram a veracidade do direito material alegado, com o fim de obter um provimento jurisdicional favorável, permitindo ao órgão julgador competente pôr fim à lide e culminar com uma decisão de procedência do pedido” (MENDONÇA, 2004, p. 02).

Contudo, essa explicação é equivocada, porque induz à ideia de que as provas correspondem à verdade, consistindo, portanto, no suporte material no qual estariam circunscritos todos os detalhes capazes de conduzir o julgador ao conhecimento absoluto do fato, quando, na realidade, “a verdade é atributo de um juízo, não de uma prova”, cujo a determinação decorre da compreensão individual de justiça (BARROS, 2003, p. 17).

Em face disso, é mais acertada a explicação de que as provas consistem no instrumento utilizado pelos sujeitos processuais para corroborar as suas afirmações acerca de um fato litigioso, a fim de se obter, com isso, um resultado favorável na lide (CINTRA, 2006, p. 371). Inclusive, ratificando o entendimento de Marco Antônio de Barros (2003, p. 17), que distingue prova de verdade, Cintra aduz que:

As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais por sua vez também podem ou não ser verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato [...] constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes (CINTRA, 2006, p. 371).

No entanto, alerta-se para o fato de que, ainda no âmbito processual, o vocábulo “prova” pode ser empregado em outras situações, que embora relacionadas, resultam dão novos significados. De acordo com Antônio Gomes Filho (1997, p. 41), a “prova” pode significar:

[...] de forma mais ampla o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo (meio de prova); e, ainda, dá o nome ao resultado dessas atividades. [...] Mas além desses sentidos mais claros e explícitos, a expressão envolve também [...], outras conotações de conteúdo nem sempre perceptível, de caráter emotivo, em virtude dos quais a utilização tem o condão de provocar no interlocutor sentimentos de aceitação, aliás, etimologicamente,

prova tem a mesma origem de *probo* (do latim, *probatio*, e *probus*), termo que indica aprovação, confiança, correção [...] (GOMES FILHO, 1997, p. 41).

Apesar disso, percebe-se que a partir da pluralidade de significados atribuídos ao termo, dos quais se ressalta “aceitação, confiança e correção” (GOMES FILHO 1997, p. 41), são extraídas as funções da prova para o direito.

O brocardo latim “*da mihi factum, dabo tibi ius*” - em português, “dá-me os fatos que lhe darei o Direito” - é um axioma jurídico fundamental que tem por pressuposto o conhecimento do julgador (*jura novit curia*) sobre o direito e a sua competência para fazer aplicação da norma (REALE, 2002, p. 122). Todavia, é cediço que, para o julgador aplicar a norma, é necessário mais do que conhecimento do fato, é imprescindível que os fatos sejam provados, sobretudo quando se tratar de um processo criminal, de modo que não reste dúvidas acerca da necessidade de aplicação da sanção (LOPES JR., 2020, p. 557).

Diante disso, tem-se que a primeira função da prova é “estabelecer a verdade sobre os fatos” (GOMES FILHO, 1997, p.42), haja vista o sistema processual brasileiro ser orientado pelo idealismo de que “a verdade deve conduzir os sujeitos do processo a um comportamento que vai além dos seus próprios interesses” (LOCOHAMA, 2016, p. 25), representado pelo princípio da veracidade.

A busca pela verdade decorre do entendimento de que é o “elemento essencial da justiça” (BARROS, 2003, p. 19), contudo, na prática se verifica a inobservância do compromisso com a fidelidade dos acontecimentos, uma vez que, além da subjetividade decorrente da percepção individual dos fatos pelas partes, há também uma contraposição de interesses a qual, naturalmente, faz com que adotem as narrativas onde lhes sejam mais convenientes e ofereçam como provas elementos que corroborem com as suas versões (CINTRA, 2006, p. 371).

Assim, diante do recorrente conflito entre o dever de perquirir a verdade absoluta e o dever de proteger o indivíduo, agravado ainda pelos adventos tecnológicos que dificultam o acesso à elementos capazes de fornecer conhecimento sobre o fato, que resultava, inevitavelmente, em injustiça, o sistema jurídico se viu obrigado a impor limites à produção da prova, proibindo ou regulamentando a conduta dos agentes públicos encarregados, o que será visto adiante.

Noutro giro, além de instruir o juiz na tomada de decisão, a prova tem a função de fundamentar as decisões para alcançar a aquiescência da sociedade (GOMES FILHO, 1997, p.17), promovendo a concretização do princípio previsto no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Nesse interim, Gomes Filho aduz que:

[...] mais do que em qualquer outro procedimento cognitivo, sobressai no probatório judicial o seu caráter social, visto que a sua finalidade não está limitada à formação do convencimento do juiz, mas visa preponderantemente a obtenção do consenso do grupo em nome do qual está sendo pronunciada a decisão (GOMES FILHO, 1997, p.17).

A necessidade de fundamentar as decisões sobreveio do processo evolutivo de racionalização do direito, evidenciando se tratar de uma contrapartida ao *jus puniendi* do Estado e ao livre convencimento do magistrado, exigindo a demonstração de que a decisão procedeu da análise das provas e que toda a atividade jurisdicional ocorreu com respeito aos princípios processuais e abstraindo-se de subjetivismos, dando respaldo de que a decisão é, portanto, justa.

Nesse caso, a decisão justa é aquela necessária, proporcional e adequada ao fato controvertido e as suas peculiaridades (ALEXY, 2004, p. 101). Todavia, para atender à regra da decisão motivada, é preciso que este demonstre como as provas, apresentadas na fase de instrução evidenciaram os fatos suscitados e conduziram a sua decisão (STJ, 2022), como se vislumbra no seguinte trecho da decisão do Superior Tribunal de Justiça, referente ao REsp Nº 1994073 - PR (2022/0089921-9):

Recurso Especial Nº 1994073 - PR (2022/0089921-9) DECISÃO: Trata-se de embargos de declaração contra decisão que conheceu em parte do recurso especial, para, nesta extensão, negar-lhe provimento, mantendo, na íntegra, a condenação [...]. Alega o embargante que, em recente decisão, foi reconhecida por esta Eg. Corte, a ilegalidade de invasão domiciliar motivada apenas pela impressão subjetiva da polícia sobre a aparência ou atitude suspeita do indivíduo. Cita precedente da Sexta Turma - HC n. 158.580/BA. Requer, assim, os acolhimentos dos embargos com efeitos infringentes. É o relatório. Decido. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão ambígua, omissa, obscura ou contraditória, conforme dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal, ou, ainda, para sanar eventual erro material. No caso, verifico que esta Corte Superior posicionou-se de forma clara, adequada e suficiente

ao concluir pela legalidade da prisão em flagrante do recorrente. [...] O contexto fático delineado nos autos, portanto, dá suporte para que os agentes concluíssem que havia situação de flagrante apta a permitir o ingresso no domicílio. Em outras palavras, as circunstâncias que antecederam o ingresso dos policiais evidenciaram de maneira suficiente a ocorrência de crime permanente, de modo a excepcionar a garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio. [...] Intimem-se. Brasília, 06 de maio de 2022. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA Relator (STJ - REsp: 1994073 PR 2022/0089921-9, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data do julgamento: 17/05/2022).

Dessa forma, fica evidente que a prova é imprescindível para o processo penal, porque é o instrumento útil para instruir a decisão do magistrado e para a aquiescência da sociedade (GOMES FILHO, 1997, p. 17) e, portanto, para que se atinja a finalidade do processo, concretizar a justiça, uma vez que a atividade jurisdicional é, por excelência, a pacificação dos conflitos (CINTRA, 2006, p.31), como bem delineada no seguinte pensamento: “a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (mais preciso seria dizer Poder, com o peso que o substantivo tem) de dizer o direito no caso concreto” (COUTINHO *apud* LOPES JR., 2020, p. 156).

No que se refere à interceptação telefônica, é evidente que o procedimento atende às funções da prova, uma vez que o conteúdo obtido mediante o desvio do curso das comunicações possibilita ao magistrado o alcance da verdade sobre a existência e os detalhes de fatos e acontecimentos cujo conhecimento seria de difícil, ou impossível, acesso, vista se tratar, em tese, de um meio excepcional para a produção de prova.

Outrossim, o sobredito conteúdo é útil para fundamentar não só a condenação e absolvição dos sujeitos interceptados, mas também para dar suporte às renovações. Sobre esse ponto em específico, é importante salientar que a deficiência na fundamentação das prorrogações da quebra do sigilo telefônico, normalmente, enseja o reconhecimento da ilicitude e, conseqüentemente, da nulidade prova.

Desse modo, no caso das renovações, para que se concretize “a obtenção do consenso do grupo em nome do qual está sendo pronunciada a decisão” (GOMES FILHO, 1997, p.17), é imperioso que a decisão exprima, de forma consistente, que

os resultados da medida justificam a restrição de direito perpetrada contra o interceptado, como será visto posteriormente.

Nessa conjuntura, salienta-se que para efetivação das funções da prova e para o uso delas no processo penal, é necessário que as interceptações telefônicas respeitem os limites legais impostos à atividade probatória. Assim, passa-se a análise dos princípios gerais da prova.

3.6 Princípios Gerais da Prova Relacionados à Interceptação Telefônica

O ordenamento jurídico brasileiro adota princípios - normas abertas - como um instrumento para garantir e proteger toda a sociedade de eventuais abusos estatais. Os princípios têm a função de garantir a “coerência unitária do sistema jurídico”, coibindo contradições (BARROS, 2003, p. 26) e de conduzir a atividade dos representantes do Estado, a fim de garantir a melhor aplicação das leis e a efetivação dos direitos, e sobretudo, dos direitos fundamentais (NUCCI, 2015, p. 32).

No tocante à interceptação telefônica, os princípios indicam limites e pressupostos para o exercício da atividade probatória, além de conduzirem às outras atividades processuais. Em vista disso, cabe destacar os seguintes princípios:

3.6.1 Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal está expressamente previsto no art. 5º, inciso LIV da CF (BRASIL, 1988), que determina a sua observância como limite aos poderes do Estado, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Com efeito, a concretização do princípio do devido processo legal pressupõe não só a mera existência do processo, como o exercício correto dos atos processuais e ainda o equilíbrio e a fundamentação da decisão. Diante disso, percebe-se que o princípio se subdivide em instrumental e substantivo.

O devido processo legal instrumental refere-se à observância da técnica procedimental prevista em lei, enquanto o aspecto substantivo pressupõe “uma análise da razoabilidade e proporcionalidade do ato” (FULLER, 2013, p. 21). Todavia, parte da doutrina defende que a garantia do devido processo alcança também o processo legislativo, exigindo que “as normas advenham de um processo

legislativo de elaboração previamente definido e que não sejam intrinsecamente injustas” (FERNANDES, 2010, p.43).

À luz dessa divisão, é certo que a efetivação do princípio do devido processo legal requer o atendimento do binômio da observância das regras procedimentais (princípio da legalidade), o qual impõe a observância da lei para a atuação dos representantes do Estado (TUCCI, 2004, p.83), visto que, como partes da Administração Pública, estes só podem fazer “o que a lei permite, enquanto ao particular é permitido fazer tudo que a lei não proíbe” (BARROS, 2003, p. 217).

Ademais, a concretização pressupõe a observância dos princípios de proporcionalidade, razoabilidade, duração razoável do processo, motivação das decisões, juiz natural, presunção de inocência e outros tantos, motivo pelo qual uma parte da doutrina atribui ao devido processo legal a “feição de superprincípio ou de garantia das garantias” (MESQUITA, 2006, p. 210), todavia, a outra parcela defende que o devido processo legal não se confunde com outros princípios e que não existe hierarquia (CÔRREA JR., 2009, p. 19).

No tocante às interceptações, é preciso observar, à luz do caso concreto, se a prorrogação do desvio das comunicações atende ao princípio do devido processo legal. Portanto, é necessário analisar se, na prática, foram respeitadas as normas que protegem o indivíduo e as que regulamentam o processo penal, a atividade probatória e as normas específicas desse tipo de prova.

Com isso, é certo que o princípio será concretizado somente se o magistrado tiver determinado o procedimento em conformidade com os ditames legais, de ofício, a requerimento da autoridade policial, ou do representante do órgão ministerial e se a determinação ocorrer durante a fase de investigação, ou na instrução do processo criminal. Ademais, se o pedido e a decisão respectivamente demonstraram os fundamentos que motivaram e que dão suporte a manutenção da quebra do sigilo telefônico, dentro do prazo previsto em lei e, desde que, respeitados os outros limites.

3.6.2 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é implícito na Constituição Federal (BRASIL, 1988), que pressupõe o equilíbrio, o bom funcionamento, a “harmonia e a regulação de um sistema” (NUCCI, 2015, p. 371).

De uma análise semântica, proporcionalidade significa “extensão, disposição regular e ou harmônica” (FERREIRA, 2010, p. 617). Todavia, para o direito, a proporcionalidade é compreendida como um dos pilares do Estado Democrático de Direito e uma contrapartida dos excessos perpetrados pelo Estado (CARVALHO FILHO, 2015, p. 42). Logo, é certo que, no contexto processual, o princípio da proporcionalidade busca precisamente conter os abusos no curso e nas decisões que desrespeitam os limites fundamentais. O juízo observa três fatores: adequação, exigibilidade e proporcionalidade.

Com efeito, a adequação consiste na compatibilidade da aplicação da lei com as circunstâncias fáticas do caso concreto, de forma a promover o fim por ela visado. Desse modo, a adequação pressupõe que a medida que será aplicada seja apta para alcançar determinada finalidade (FERNANDES, 2010, p. 53). Enquanto a exigibilidade, por sua vez, consiste na averiguação da necessidade e o juízo da possibilidade de aplicação de outros meios, haja vista o dever de intervenção mínima. E proporcionalidade (*strictu senso*), consiste na superação do valor resguardado sobre o valor protegido pelo direito a ser restringido, prevalecendo assim “as vantagens sobre as desvantagens” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 42).

Em relação às interceptações, é evidente que o princípio da proporcionalidade é essencial para o controle das arbitrariedades do Estado, porquanto o procedimento, além de afastar, temporariamente, as garantias do contraditório e da ampla defesa, consiste na invasão literal à vida privada do indivíduo, feita em nome de um suposto interesse público, a fim obter evidências para o eventual exercício do *jus puniendi* (CASTRO et al., 2016, p. 227).

Assim, ante a excessiva onerosidade desse meio de produção de prova, para resguardar o mínimo de proteção a dignidade do indivíduo, é certo que o deferimento deveria decorrer da demonstração da utilidade da renovação para o processo, em razão da persistência da indisponibilidade dos outros meios de prova e de que as vantagens que viriam a ser obtidas com a manutenção da quebra do sigilo justificassem à grave afronta ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, na prática, os até mesmo os Ministros do Supremo Tribunal Federal, vêm observando o contrário, como se denota do voto do Min. Gilmar Mendes, no RHC 117.265 – SERGIPE, datado de 29/10/2013 (BRASIL, 2013). *In verbis*:

Desde logo, imagino que a prorrogação tem de ser fundamentada, ainda agora falava com o Ministro Teori Zavascki sobre isto. De qualquer forma, me parece

que tem de se encontrar um prazo. A rigor, o modelo atual viola, no mínimo, o princípio da proporcionalidade e até o senso comum, a interceptação telefônica feita sem parâmetros e sem prazo permite uma restrição ao direito, de forma eterna. Nós temos casos aí de dois, três anos, etc.[...]. Acho necessário que o Tribunal se debruce sobre essa questão para que haja a eventual revisão da jurisprudência, que tem permitido a interceptação telefônica sem maiores *constraints* [...].

Assim, considerando que a inobservância do princípio da proporcionalidade nas decisões que autorizam a renovação das interceptações permite “a restrição ao direito, de forma eterna” (BRASIL, 2013), é certo que não se atinge nem mesmo o suposto interesse público que motivou a autorização, visto que o resultado não é a desejada eficiência na proteção da sociedade, mas o fortalecimento dos traços inquisitoriais de um Estado com passado autoritário.

3.6.3 Contraditório e Ampla Defesa

A Carta Magna, em seu art. 5º, LV (BRASIL, 1988), assegura aos litigantes e aos acusados o direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como assegura os meios e recursos necessários para o exercício desses direitos.

A concretização desses princípios se traduz na “condução dialética do processo”, o que pressupõe garantia de participação das partes no processo e ainda no diálogo entre as versões dos fatos apresentados por elas (MORAES, 2013, p. 110). Assim, não basta que os litigantes tenham conhecimento dos atos praticados pela adversária no litígio, o contraditório e a ampla defesa determinam a efetiva possibilidade de contraditá-los (CASTRO et al., 2016, p. 213).

Com isso, inexiste dúvida de que estes princípios procedem a garantia da igualdade processual entre as partes (paridade de armas), que consiste na possibilidade, sem necessidade efetivo uso, de os litigantes utilizarem “todos os instrumentos que estejam ao seu alcance, desde que não constituam prova ilícita, a fim de provar a veracidade de suas alegações” (CÔRREA JUNIOR, 2009, p. 20), o que não implica dizer que as partes devem receber o mesmo tratamento, sendo possível o juiz privilegiar uma das partes dando-lhe um “tratamento especial”, para compensar desigualdades fáticas (FERNANDES, 2010, p. 62).

Outrossim, da análise do princípio da ampla defesa, depreende-se que este subdivide-se no direito à defesa técnica e à não auto-incriminação. A defesa técnica

é o direito da parte, representada por seu advogado, ou assistida por um defensor público (pessoas capazes de atuar na defesa e aplicação do direito), de apresentar a sua versão dos fatos durante o interrogatório e na audiência. Assim, é relacionam-se também com a busca da verdade real. Eis que a participação das partes na instrução possibilita o melhor convencimento do magistrado, sendo exigível a sua observância durante o processo penal, devendo a sua concretização acontecer de forma efetiva.

No entanto, deixa-se de se verificar a concretização do princípio do contraditório em todas as fases do processo, em especial na fase investigatória – na qual não se exige a participação da defesa, sobretudo para o sucesso da produção de provas de “fatos transeuntes”, de modo que a garantia é postergada para momento ulterior, que a doutrina explica como contraditório postergado, ou diferido, realizado na fase judicial Fernandes (2010, p. 62). É o que ocorre com a interceptação telefônica.

Denota-se que, apesar de não existir previsão expressa na Lei n.º 9.296 (BRASIL, 1996), se consolidou a adoção do contraditório diferido nos procedimentos com interceptação telefônica, por se tratar uma prova não repetível, cujo procedimento tem natureza cautelar e porque o conhecimento do acusado acerca do desvio do curso da chamada prejudicaria a produção da prova. Com efeito, ainda que tais motivos deem azo para a mitigação do princípio, é evidente que o adiamento é desfavorável ao réu, visto que “protela a oportunidade do contraditório para o momento das diligências finais” (GRINOVER, 2011, p. 181).

Outrossim, vislumbra-se que a Lei não respeitou a garantia de paridade de armas, visto que não permitiu a defesa o direito de requerer a interceptação, impossibilitando o contraditório efetivo, cerceando o direito do réu de “se defender provando” (STRECK, 2001, p. 79)

Ademais, é preciso chamar atenção para sobre a disposições que prescrevem a transcrição e a inutilização do conteúdo obtido com as interceptações constante no art. 6º, §§1º e 2º, 8º e 9º da Lei 9.296/96, Brasil (1996). Se, por um lado, a preservação das transcrições dos trechos de conversas que não estejam relacionados ao processo implicam a violação do direito à privacidade e a intimidade, por outro, a destruição do conteúdo, da forma como tem sido feita pela jurisprudência Castro et al., (2016, p. 232), tem sido prejudicial à defesa do réu, visto que as falhas e as manipulações do conteúdo transcrito, inclusive sob a égide do

excesso de material em decorrência do longo período de interceptação, tornam ainda mais difícil, ou impossível, o exercício do contraditório e da ampla defesa (CASTRO et al., 2016).

Nesse ínterim, para a concretização dos princípios do contraditório e ampla defesa é imprescindível que se proceda a notificação do sujeito interceptado imediatamente após o término da diligência ou quando na conclusão do processo para o despacho do magistrado Grinover (2011, p.180). Também é importante que seja ampliada a participação da defesa na investigação, com a prerrogativa para requerer a realização de interceptações Streck (2001, p. 81) e a realização de um controle efetivo para impedir que os processos sejam instruídos com transcrições defeituosas, que prescindam de registros, ou que estejam incompletas (CASTRO et al., 2016).

3.6.4 Razoabilidade

O princípio da razoabilidade é um axioma constitucional implícito, cuja concretização pressupõe a análise minuciosa e reflexiva de cada situação, procedida da escolha da opção mais aceitável, isto é, que mais se “situa dentro dos limites aceitáveis” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 41).

Com efeito, percebe-se que esse princípio exige do magistrado uma interpretação, afastando-o do papel de mero aplicador da lei, ato irracional, para aplicador do direito. Desse modo, o juízo da razoabilidade decorre da adequação entre os fatos da situação concreta e as normas aplicáveis, dentro limites da atuação do magistrado.

Sendo esse princípio corolário aos princípios da proporcionalidade e do interesse público, dentre outros, tem-se que, no processo penal, a aludida reflexão do magistrado deve levar em consideração não apenas o réu, mas também à sociedade e o dever do Estado de garantir a segurança pública. Os reflexos serão vistos adiante.

3.6.5 Não Auto-incriminação

O princípio da não auto-incriminação, expressamente previsto no art.5º LXIII da constituição federal (BRASIL, 1988), determina o direito do réu de não produzir

provas contra si mesmo, podendo manter-se em silêncio e recusar-se a fornecer “qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente”, sendo portanto, um importante instrumento do Estado Democrático de Direito, para impor limites à busca da verdade, salvaguardando a dignidade do indivíduo (FIORI, 2008, p. 48).

Dessa forma, depreende-se que o princípio obriga que a produção de provas pelo réu seja voluntária e consciente, vedando assim a tortura, coação e qualquer ação fraudulenta e com artificialismo, visto que “é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer à verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz” (BECCARIA, 1764, p. 23).

Com efeito, depreende-se que, no caso das interceptações telefônicas, o réu fornece informações que podem acarretar a sua condenação, sem ter ciência, logo, de forma involuntária, o que, necessariamente, implica na violação do princípio da não auto-incriminação e do direito ao silêncio. Ocorre, entretanto, que o conhecimento do réu terminaria por prejudicar a produção da prova (CASTRO et al., 2016, p. 232), pelo que excepcionalmente a garantia não deveria ser observada.

Desse modo, verifica-se que há um óbice entre a produção de prova por interceptação telefônica e as garantias constitucionais que protegem o réu, uma vez que, além de prejudicar o contraditório transferindo para momento ulterior e sem observar a paridade de armas da defesa, também infringe o direito de não produzir provas contra si, reforçando a inquisitorialidade.

3.6.6 Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência encontra-se expressamente previsto no inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que determina de forma expressa que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal”. Ademais, verifica-se que o princípio é corolário do *in dubio pro reo*. Desse modo, a finalidade é proteger a integridade moral do indivíduo e a sua dignidade frente ao poder punitivo do Estado, evitando a condenação desmotivada (DIOLINDO, 2017, p. 8).

Com efeito, a consecução do mandamento determina que, diante da ausência de elementos que comprovem a culpabilidade, o magistrado deveria decidir-se da

maneira mais favorável ao réu, uma vez que se prefere absolver um culpado, do que condenar um inocente, conforme expresso no voto da Min. Ellen Gracie, no HC 84.078/MG (BRASIL, 2009), a seguir:

Entendo que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova (CF, art. 5o, LIV). O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal - mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país. Por isso mesmo, o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação. Não se exige do suspeito que colabore minimamente para a comprovação da veracidade das acusações que lhe são imputadas. Pode calar para ocultar fatos que lhe sejam desfavoráveis. Pode utilizar-se de todos os meios postos à sua disposição pela legislação para contrastar os elementos de prova produzidos pela Promotoria e mesmo para impedir o seu aproveitamento quando não sejam obtidos por meios absolutamente ortodoxos. O Ministério Público é que deverá se encarregar de fazer a prova mais completa de materialidade, autoria e imputabilidade. Nessas circunstâncias, o país pode orgulhar-se de contar com uma legislação das mais garantidoras da liberdade e de uma prática jurisprudencial que lhe está à altura (BRASIL, 2009).

Nesse diapasão, aplicando o princípio à interceptação telefônica, infere-se que diante da inexistência ou da insuficiência de indícios que justifiquem a intervenção do Estado nas comunicações privadas, isto é, que deem azo para a interceptação telefônica, o juiz deveria indeferir o pedido, bem como não determinar *ex officio*. Contrário do que vem sendo observado, destarte ser comum os pedidos, primários e de renovações, bem como deferimentos e determinações genéricas.

3.6.7 Publicidade

O princípio da publicidade encontra-se expresso em, pelo menos, dois dispositivos constitucionais - art. 5º, inciso XXXIII e art. 37, *Caput* (BRASIL, 1988), que impõem ao Estado e aos demais órgãos públicos o dever de prestar informações dos seus atos, sejam de interesse particular, coletivo ou geral, excetuando apenas as informações cujo “sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1988).

Assim, ressalvados os atos referentes à segurança da sociedade e do Estado, todos os atos estatais são públicos. Com efeito, os processos, sejam eles judiciais ou administrativos, são, geralmente, públicos. Diga-se ainda, a publicidade dos atos processuais consiste na “permissibilidade de acesso conferida a todos os interessados” (TÁVORA, 2019, p. 83).

Entretanto, existem situações em que a publicidade precisa ser restringida, a fim de salvaguardar o direito à intimidade dos sujeitos envolvidos, em razão do interesse social, ou ainda se a publicidade implicar em “escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem”, conforme art. 792, §1º do CPP (BRASIL, 1941). Em vista disso, existem processos que devem tramitar em segredo de justiça, sendo, portanto, uma exceção à regra de publicidade. Insta dizer que essa regra “é justamente o oposto do que ocorre no inquérito policial”, visto que o inquérito é, via de regra, sigiloso (CÔRREA JUNIOR, 2009, p. 20).

Percebe-se, portanto, que a publicidade dos atos processuais se reparte, do ponto de vista prático, entre: i) a publicidade interna, relativa aos sujeitos envolvidos no processo, essencial para a efetivação do direito de defesa; e ii) a publicidade externa, relativa à sociedade (TÁVORA, 2019, p. 84).

A publicidade interna dos atos processuais é assegurada ainda pela Súmula Vinculante 14, do Supremo Tribunal Federal (VADE MECUM ON-LINE, 2022), segundo a qual:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Com efeito, no tocante aos processos com provas produzidas por interceptação telefônica, observa-se que a publicidade interna se concretiza com a disponibilização, na íntegra, de todo o conteúdo obtido com as interceptações telefônicas, para todos os sujeitos, em face da imprescindibilidade do acesso destes para a efetivação do contraditório. Contudo, em relação à publicidade externa, ainda que a regra seja a publicidade dos atos processuais, o conteúdo das investigações não poderia ser externalizado para a sociedade, uma vez que a divulgação do conteúdo infringe a proteção da vida privada, devassando, intimidade e a privacidade do réu ou investigado. Nesse sentir, é importante observar que a

exceção do sigilo se restringe aos fins de investigação e produção de prova na instrução no processo criminal, conforme art. 5º, XII da CF (BRASIL, 1988).

3.6.8 Veracidade

O princípio da veracidade está insculpido no inciso LIV, do art. 5º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo, portanto, corolário ao princípio do devido processo legal. Está expressamente previsto no art. 566 do CPP (BRASIL, 1941), que menciona a “apuração da verdade substancial” e em outras disposições imperativas constantes nos artigos 156; 184; 187, §2º incisos I e II; 203; 211; 213; 217; 226, III, 497, XI; 502 e 523, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que determinam o empenho de esforços pelo juiz e pelos outros sujeitos processuais, para a dirimir a falsidade, as obscuridades e as contradições a respeito das circunstâncias do fato subvertido, afim de que “o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes” (MIRABETE, 1999, p. 44).

É preciso observar que, em Estado Democrático de Direito, exigência como a verdade não pode ser absoluta, visto que a concretização do princípio da veracidade pressupõe a exclusão dos limites legais (MIRABETE, 1999, p. 44). Assim, o princípio se concretiza com a busca da verdade com a reconstrução dos fatos na instrução, a fim de que o juiz consiga a superar as narrativas apresentadas pelas partes, permitindo-o adquirir o maior conhecimento possível para aplicar a lei da melhor forma possível, alcançando com isso o ideal de justiça (TÁVORA, 2019, p. 47).

Logo, deve ser respeitada a determinação da inadmissibilidade da prova ilícita e os demais mandamentos constitucionais. Afinal, diante da impossibilidade fática de neutralidade, mesmo inconscientemente, a produção de provas pelo magistrado seria tendenciosa. Nesses casos, exatamente como na inquisição, a verdade seria determinada “pelo juiz a partir de sua escolha inicial” (LOPES JR., 2005, p. 264).

Todavia, o art. 3º da Lei nº. 9.296, Brasil (1996), que trata das interceptações telefônicas, permitiu que o magistrado, de ofício, determine a quebra do sigilo das comunicações por telefone para a produção de provas sem, contudo, impor qualquer limite.

Com isso, o legislador restabeleceu a verdade como o “valor da prova” Grinover (2011, p. 124), como era nos sistemas inquisitoriais, uma vez que deu poderes para o juiz perseguir a própria verdade.

Desse modo, é evidente a inconstitucionalidade, visto que a medida viola não só o dever de imparcialidade do magistrado, como também todos os outros mandamentos que conduzem o sistema processual acusatório e baseiam o Estado Democrático de Direito, em que a prova tem valor de garantia (STRECK, 2001, p. 82).

3.6.8 Primazia do Interesse Público

O princípio da primazia do interesse público também não possui previsão expressa no texto constitucional e revela-se, principalmente, no campo do direito administrativo, sendo explicado a partir da concepção de que toda ação do Estado deve ter como finalidade o atendimento do interesse público e, por conseguinte, deve estar direcionada ao benefício da coletividade (CARVALHO FILHO, 2015, p. 34).

No campo do direito processual penal, a principal manifestação desse preceito é o princípio do *in dubio pro societate*, segundo o qual o magistrado, ainda que diante da existência de indícios mínimos de materialidade e autoria, deveria decidir em prol da sociedade (LIMA, 2017, p. 1154). Os reflexos serão vistos adiante.

Por fim, cumpre observar que a concretização desse mandamento exige a análise conjunta dos três princípios, o intérprete consegue “encontrar balizas” para atuar em prol do interesse social (CARVALHO FILHO, 2015, p. 34).

Sendo esses os princípios gerais que conduzem a atividade probatória e colocam limites à sua produção, passa-se a análise das espécies de prova previstas no ordenamento.

3.7 Limites à Produção, Licitude e Inadmissibilidade da Prova

O Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) prevê nos seus artigos 158 a diversas espécies de prova, ratificando a garantia à jurisdição efetiva (MENDONÇA, 2004 p. 5), mas para que qualquer elemento seja considerado prova processual, é

necessário que seja 'juridicamente idôneo', uma vez que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê, em seu artigo 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos e, em consonância, o CPP, Brasil (1941), em seu artigo 157, ratifica a proibição, estabelecendo assim um limite ao direito à prova.

A partir de uma análise semântica, idôneo pode ser a) aquilo que é próprio ou conveniente para alguma coisa; b) aquele que tem capacidade de, conhecimento ou competência para realizar bem alguma coisa; aquele que é apto, capaz, competente; e c) aquilo que é digno, honrado e de honestidade inquestionável (FERREIRA, 2010, p. 407). A partir deste último, infere-se que a 'prova idônea' é aquela competente e apta para convencer o juiz, sendo ainda obtida com honradez, atendendo assim aos propósitos éticos do direito (PACELLI, 2017, p. 351).

Constata-se que a vedação da admissibilidade das provas ilícitas tem por objeto "o controle da regularidade da atividade estatal persecutória" (PACELLI, 2017, p. 351), uma vez que impõe limites aos sujeitos processuais, a fim de concretizar a principal garantia contra os abusos do Estado, o direito de defesa, ratificando o compromisso do art. 3º, I, da CF Brasil (1988) de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Em consonância, José Joaquim Canotilho (1993, p. 541) assevera que o direito de defesa, expresso nos direitos fundamentais, "constitui, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual" (CANOTILHO, 1993, p. 541). Assim, aplicando o aludido entendimento na teoria da prova, tem-se que a vedação do uso de provas ilícitas inibe a violação dos direitos fundamentais-individuais, tais como a honra, a intimidade e a privacidade, além de garantir a concretização de outros direitos, como o devido processo legal, ampla defesa e contraditório e igualdade das partes processuais, impondo um limite na busca da verdade, para tentar alcançar o equilíbrio entre a o interesse público e a proteção do indivíduo (MENDONÇA, 2004, p. 8). Ademais, a vedação, supostamente, garante a qualidade do material probatório (PACELLI, 2017, p. 351).

Desse modo, se por um lado, os princípios gerais norteiam a produção da prova, de outro os princípios restringem o seu uso na instrução processual (MORAES, 2015). Em decorrência disso, as provas que apresentam inconformidade com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito e, logo, com o sistema jurídico processual vigente são ilícitas ilegais, ou ilegítimas (MORAES, 2015).

Então, percebe-se que a doutrina diferencia as provas ilícitas de provas ilegais e ilegítimas. Em breve síntese, as provas ilegais são o gênero, do qual as provas ilícitas e ilegítimas são espécies (FULLER, 2013, p. 144).

De acordo com Paulo, Rangel (2016, pp. 472 e 473), as provas ilícitas são aquelas obtidas por meios ilícitos e em violação a direitos materiais, sendo a inadmissibilidade uma consequência própria do Estado Democrático de Direito. A prova ilegítima, por sua vez, é aquela obtida em violação às regras procedimentais, no curso do processo (RANGEL, 2016, p. 472 e 473).

Anteposto, há ainda a distinção das provas irregulares, das quais assevera-se: “são irregulares as provas que, não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes” (RANGEL, 2016, p. 476), ou seja, as provas irregulares são aquelas obtidas em descumprimento às formalidades legais.

Ainda no tocante à licitude da prova, cumpre observar também as questões relativas ao empréstimo de provas, a tese americana da prova ilícita por derivação (“*Fruits Of The Poison Tree*”, ou Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada) - que evidencia a controvérsia acerca da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, sendo que o entendimento da Suprema Corte Americana é de que “os frutos se contaminam com vícios da planta” (RANGEL, 2016, p. 478).

A serendipidade traduz-se na possibilidade de, durante as diligências no curso da investigação de um determinado delito, encontrar-se fortuitamente provas relativas a outro crime. A inadmissibilidade do uso desta prova não seria absoluta, uma vez que a prova derivada de outra obtida ilicitamente pode ser admitida em duas hipóteses: i) quando não houver nexo de causalidade entre a prova lícita e a ilícita; ou, ii) se a prova derivada tiver sido obtida sem a violação do ordenamento, conforme a ressalva do art. 157, §1º (BRASIL, 1941).

Portanto, o ordenamento brasileiro permite uso das provas emprestadas, ou derivadas. Analisando o tema, o Supremo Tribunal Federal ratificou a disposição do art. 157, §1º (BRASIL, 1941), como se vislumbra no acórdão do HC 93050/RJ (BRASIL, 2008), que concluiu pela admissão da prova derivada, estabelecendo como condição a comprovação da sua licitude.

Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova

originalmente ilícita, com está não mantendo vinculação causal - tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária HC 93050/RJ (BRASIL, 2008).

Além das sobreditas diferenças quanto à obtenção das diversas espécies de provas ilícitas, percebe-se que estas se distinguem também quanto à consequência processual decorrente do seu uso. Extrai-se do próprio art. 157, *caput* (BRASIL, 1941), que a prova ilegal, seja ela ilegítima ou ilícita, será desentranhada do processo, sem ensejar a sua nulidade. Todavia, quando se trata de prova ilícita, a parte prejudicada na instrução pode acompanhar o incidente, inclusive no âmbito civil e administrativo.

Assim, retomando a questão da idoneidade, infere-se que a prova verdadeiramente honrada e digna, *a priori*, não poderia ser pré-fabricada e nem obtida por meios eticamente questionáveis ou em violação a preceitos processuais ou materiais, e nem sem a participação e o conhecimento da outra parte. Nestes termos, é evidente que a interceptação telefônica, a exemplo, não poderia jamais ser considerada idônea, uma vez que podem ser produzidas antes da instrução, por serem provas irreprimíveis, e porque decorre do devassamento a vida privada do indivíduo.

Todavia, visando atender o interesse público de descobrir a verdade para assegurar um processo justo, o ordenamento previu a hipótese da quebra do sigilo telefônico para fins investigação criminal e de instrução no processo, conforme Art. 5º. XII, da CF (BRASIL, 1988).

Considerando a excepcionalidade deste meio, alguns autores como Paulo Rangel, defendem a impossibilidade de admissão das provas obtidas por interceptação telefônica serem utilizadas em processos distintos àqueles que ensejaram a autorização do procedimento (RANGEL, 1997, p.178).

Contudo, os tribunais superiores adotam entendimento contrário, no sentido que as provas encontradas fortuitamente, mediante o uso de interceptação telefônica no curso de uma investigação. Podem ser utilizadas em outros processos, desde que exista relação de conexão ou continência com o crime investigado ou com o processo relacionado e que não tenha sido feita com desvio de finalidade. Inexistindo a aludida relação, as provas de encontro fortuito não poderiam ser utilizadas.

Contrariando os posicionamentos anteriores Ada Pellegrini Grinover aduz que as provas encontradas fortuitamente poderiam ser utilizadas ainda que a interceptações tivessem sido realizadas de maneira ilícita, consoante o entendimento da autora:

O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável. [...] (GRINOVER, "As Nulidades no Processo Penal, 6a Edição, Ed. RT", pág. 194 apud RANGEL, 1997, p. 178).

O pensamento, no entanto, ultrapassa a barreira do que se entende razoável para o atendimento do interesse público. Conclui-se, portanto, que mais acertado é o entendimento dos tribunais, visto que resguarda o indivíduo minimizando o impacto da violação aos direitos fundamentais, desde que estas provas respeitem as garantias fundamentais e outros pressupostos legais.

Diante do exposto, cumpre observar as diferentes espécies de provas previstas no ordenamento processual penal e alguns dos seus limites, haja vista a necessidade desta análise para a melhor compreensão da natureza e especificidades da interceptação telefônica.

4.6.1 ESPÉCIES DE PROVA

O Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), nos artigos 158 a 250, prevê diversas espécies de provas, que consistem em: prova pericial, interrogatório, confissão, testemunho, reconhecimento e prova documental.

A prova pericial encontra-se prevista nos artigos 158 a 184 do CPP (BRASIL, 1941) e consiste no exame procedido por pessoa qualificada, que seja especialista em determinada área do conhecimento e com aptidão para elaborar um laudo técnico sobre as condições e elementos verificadas com o exame de determinada pessoa ou coisa (TÁVORA, 2019, p. 680). Acerca da capacitação do perito, é certo que este precisa ter "conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca dos fatos, circunstâncias ou condições pessoais inerentes ao fato punível, a fim de comprová-los" (DEMERICIAN, 1999, p. 261).

Por sua vez, o interrogatório do acusado está previsto nos artigos 185 a 196 do CPP (BRASIL, 1941) e é o procedimento pelo qual o investigado pode apresentar a sua narrativa sobre o fato - objeto da investigação (TÁVORA, 2019, p. 694). Esse meio de prova pode ser compreendido como o “conjunto de perguntas” que a autoridade responsável pelo inquérito faz ao investigado ou pela acusação, a fim de apurar o que aconteceu (DEMERICIAN, 1999, p. 261).

Essa espécie de prova é um reflexo dos princípios do contraditório, ampla defesa e da veracidade e é imprescindível, uma vez que art. 564, inciso III, alínea “e)” do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), determina que a ausência de interrogatório pode ensejar a anulação de todo o processo. Denota-se que esse procedimento permite ao acusado participação ativa da fase pré-processual a qual apresente a sua versão, para se defender das acusações podendo, inclusive, expor fatos e fornecer evidências que contestem a acusação.

No tocante à confissão, nos termos dos artigos 197 a 200 do CPP, Brasil, (1941), depreende-se que essa espécie de prova consiste na admissão ou, em outras palavras, no reconhecimento pelo investigado dos fatos que lhe são atribuídos (TÁVORA, 2019, p. 709). Desse modo, a confissão é um ato voluntário do investigado, no âmbito do inquérito, ou acusado, quando já instaurado o processo, cuja validade requer a capacidade plena, além necessitar ser feito diante da autoridade competente, em ato solene. Cumpre dizer que a confissão, quando não realizada em juízo, é apenas um “meio de prova indireto” (NUCCI, 2019, p. 129).

Paralelamente ao interrogatório do acusado, a declaração do ofendido é considerada uma espécie de prova, que está expressamente prevista no art. 201 do CPP, Brasil (1941). Essa prova consiste na narrativa da suposta vítima acerca do fato investigado, sendo que cabe ao juiz conduzir a oitiva (TÁVORA, 2019, p. 744).

Embora a declaração do ofendido não seja um elemento imprescindível para o processo penal, o ordenamento permite que o juiz determine a sua realização podendo, inclusive, permitir a condução coercitiva do depoente. Tal possibilidade evidencia a importância da palavra da vítima para o convencimento do magistrado que, como já explicado, deve ser instruído da melhor forma possível.

Contudo, é preciso esclarecer que a palavra da vítima não está compromissada, ao contrário do que ocorre com a testemunha. Logo, ao mesmo tempo em que a palavra da vítima é fundamental para a concretização do princípio

de veracidade pela proximidade da relação com o fato concreto, a sua tendenciosidade oferece um risco à busca da verdade real.

Da análise dos artigos 202 a 205 do CPP, Brasil (1941), verifica-se que o ordenamento prevê o testemunho como uma espécie de prova. A prova testemunhal consiste na narrativa (depoimento) de terceiros que presenciaram os fatos, ou que tiveram conhecimento do fato *probando*, dentro de suas perspectivas individuais (FULLER, 2013, p. 164). Com efeito, é imperioso esclarecer que qualquer pessoa pode ser testemunha, desde que não guarde relação direta com o fato. Ressalta-se, ainda, que as testemunhas possuem compromisso com a verdade, estando sujeitas ao crime de perjúrio, ou 'falso testemunho'.

Além das espécies de provas já comentadas, o ordenamento processual prevê o uso do reconhecimento de pessoas e coisas como prova - art. 226, III do CPP, Brasil (1941). O reconhecimento é o ato pelo qual um dos sujeitos envolvidos verifica, diante de uma autoridade policial, a identidade da pessoa ou coisa apresentada com a pessoa ou coisa vista no momento fato (TÁVORA, 2019, p. 751). Essa identificação pode se dar pelo reconhecimento de pessoa, bem como por meio de uma fotografia, ou outro elemento audiovisual, mas a valoração não pode ser a mesma, visto que a dificuldade de averiguação prejudica o aferimento da correspondência (PACELLI, 2017, p. 442).

Por fim, quanto à prova documental, o CPP, Brasil (1941) dispõe expressamente nos seus artigos 231 a 238 o uso de documentos como prova no processo penal. De forma a facilitar a compreensão, o código conceitua como "quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares", equiparando-os também às cópias e fotografias dos documentos, desde que autenticadas.

Além dessas espécies, verifica-se que o sistema jurídico brasileiro, acertadamente, demonstra-se atento e receptivo aos processos de evolução sociais e tecnológicos, pelo que, a lei, a doutrina e a jurisprudência costumam ser adeptas à utilização de outras espécies de prova, a exemplo de arquivos eletrônicos e mesmo capturas de tela ("*prints*") de conversas de aplicativo de mensagens, concretizando assim a disposição do artigo 369 do Código de Processo Civil, Brasil (2015), diploma aplicado subsidiariamente ao processo penal, que diz: "As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz".

Contudo, em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça, Brasil (2018), no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 99.735 - SC, entendeu pelo provimento do recurso em razão da ilegalidade do meio de prova, concluindo pela “nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do WhatsApp via Código QR, bem como das provas e dos atos que dela diretamente dependam ou sejam consequência”. Todavia, da análise da decisão, percebe-se que a fundamentação foi construída tomando como base as disposições acerca da interceptação telefônica. Fato que é no mínimo interessante, visto que esse meio de prova, desde a sua origem, fomenta intensas discussões entre juristas, sociólogos e diversos outros profissionais que se dedicam ao estudo da ciência jurídica e das repercussões do direito, haja vista o risco da sua utilização e banalização é potencialmente lesiva à direitos fundamentais como privacidade e intimidade. Diante disso, passa-se ao estudo desse instrumento.

5. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A interceptação telefônica é a prática de monitorar comunicações telefônicas sem o conhecimento ou consentimento das partes envolvidas na conversa. É um método utilizado pela polícia, justiça ou agências de inteligência para investigar atividades criminosas, incluindo terrorismo, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, segundo (MATOS et al., 2016).

Ainda os mesmos autores a interceptação é autorizada por um mandado judicial e deve ser limitada a um período específico de tempo e a uma única pessoa ou grupo de pessoas suspeitas. Visto que na própria Lei Complementar n. 75/93, art. 6º, diz que se compete ao Ministério Público (MP), o exercício das suas atribuições institucionais, realizarem inspeções e diligências investigatórias.

Art.6º Compete ao Ministério Público da União;
XVIII Representar - a) ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins. (BRASIL Lei Complementar n. 75/93)

Assim, a interceptação pode ser solicitada tanto pela polícia ou por órgãos acusadores a exemplo do MP, durante um processo criminal, desde que seja

justificada por evidências suficientes, e sua utilização é limitada a fins legais. No Brasil, o acesso a essas informações é restrito, e somente é permitido quando a investigação for realizada por autoridades legalmente investidas com esse poder, suprindo-se a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

A utilização da interceptação telefônica como prova processual no Brasil foi regulamentado pela Lei nº 9.296/1996 Brasil, (1996), que admitiu a sua produção e uso no processo penal.

Semanticamente, o vocábulo interceptar significa “captar”, ou “interromper o curso do que era destinado a outrem” Ferreira, (2010, p. 433). Outrossim, a doutrina compreende a interceptação telefônica como uma operação técnica, ou “procedimento de natureza cautelar” Távora (2019, p. 793), autorizado por um juiz, destinado a produzir provas para uso em um processo criminal (GRECO, 2005, p. 45).

Portanto, a interceptação telefônica consiste em um procedimento realizado com autorização judicial, pelo qual se interrompe o curso natural da chamada telefônica, desviando o sinal para um terceiro interlocutor, a fim de que este consiga captar, nas conversas interceptadas, elementos que serão utilizados como provas processuais.

Assim sendo, é imperioso compreender a diferença entre os procedimentos de interceptação, gravação clandestina (unilateral) e escuta telefônica. De forma resumida, a interceptação telefônica consiste no desvio do sinal de uma comunicação por terceiro, sem o conhecimento e, principalmente, sem a autorização dos interlocutores Greco (2005, p. 5), enquanto a escuta telefônica consiste no desvio do sinal realizado por terceiro, mas com o conhecimento de um dos interlocutores; e a gravação clandestina (unilateral), é a gravação de um diálogo feita por um dos interlocutores, sem que o outro tenha ciência (GRECO, 2005, p. 6).

5.1 Conceitos Introdutórios

As comunicações são uma parte fundamental da sociedade e, por isso, é importante que elas sejam protegidas. No entanto, em determinadas situações, é necessário que essas comunicações sejam monitoradas, mediante interceptação. Semanticamente, o vocábulo interceptar significa “captar”, ou “interromper o curso do que era destinado a outrem” (FERREIRA, 2010, p. 433).

Existem diferentes tipos de captação de comunicação, as mais comuns são a captação ambiental e a telefônica (NUCCI, 2019).

A captação ambiental é uma técnica de investigação que consiste em monitorar a conversa em um determinado ambiente, por meio da instalação de dispositivos de escuta. Essa técnica é utilizada em investigações criminais para obter provas de crimes que estão sendo planejados ou cometidos. No entanto, é importante ressaltar que a captação ambiental só pode ser realizada com autorização judicial e em casos específicos (LIMA, 2021).

Por outro lado, a captação telefônica é a interceptação de ligações telefônicas por meio de equipamentos especializados. Nucci (2019), essa técnica é utilizada para investigações criminais e pode ser autorizada judicialmente em casos específicos. É importante destacar que a interceptação telefônica só pode ser realizada em casos de crimes graves, como tráfico de drogas, corrupção, entre outros.

Além dessas duas formas de captação de comunicação, existem outras maneiras de monitorar as conversas das pessoas. Uma delas é a captação por meio de dispositivos móveis, como *smartphones* e *tablets*. Essa técnica é conhecida como "grampeamento" e é ilegal, pois viola a privacidade das pessoas (LIMA, 2021).

Outra forma de captação de comunicação é por meio da internet. Nesse caso, as conversas são monitoradas por meio de programas de espionagem ou por meio de acesso não autorizado às contas das pessoas em redes sociais e aplicativos de mensagens. Essa prática é ilegal e pode resultar em processos judiciais (LIMA, 2021).

Em suma, as diferentes formas de captação de comunicação têm sido um tema bastante discutido na sociedade atual. É importante que essas práticas sejam realizadas dentro dos limites legais e apenas em casos específicos.

Ocorre, entretanto, que a interceptação telefônica costuma ser confundida, erroneamente, com outros procedimentos de captação de comunicações, como a gravação clandestina e a escuta telefônica. Isso não pode ocorrer, visto que são procedimentos completamente diferentes.

Diante disso, tem-se que a interceptação telefônica (*lato sensu*) é um gênero que se subdivide em três espécies: gravação clandestina, escuta e interceptação telefônica (*stricto sensu*). Todas as espécies de interceptações são meios aptos para

violam a regra da inviolabilidade do sigilo das comunicações, sejam elas ambientais, isto é, sem a transmissão e recepção por meios físicos, artificiais ou telefônicas.

Em breve síntese, a escuta telefônica consiste no desvio do sinal da ligação telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; a gravação clandestina consiste em um procedimento, praticado por um dos interlocutores, sem que o outro tenha ciência; e a interceptação telefônica consiste no desvio do sinal de uma comunicação por terceiro, sem o conhecimento e, principalmente, sem a autorização dos interlocutores (GRECO, 2005, p. 5 e 6).

Em outro sentido, o artigo 8-A, da Lei nº 9.296/1996, Brasil (1996) passa a dispor também sobre a “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos”, permitindo a realização desse procedimento nas situações em que não for possível a produção de outras provas e quando verificada a existência de outras provas razoáveis da autoria e participação em crimes cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos.

Inicialmente quanto ao conceito, sabe-se que, diferentemente do procedimento de interceptação telefônica, a captação ambiental é o procedimento pelo qual a autoridade policial utiliza equipamentos para atrair o sinal da comunicação entre interlocutores que estão situados em um local específico, seja ele público ou privado. Ademais, a gravação ambiental pode ser clandestina, quando desconhecida pelos interlocutores, ou autorizada, quando permitida por um juiz ou realizada com o conhecimento das pessoas sujeitas à gravação (PACELLI, 2017, p. 353).

Sobre essa espécie de interceptação, chama-se atenção a possibilidade de a operação policial se dar de forma “disfarçada ou no período noturno” e também para o prazo máximo de 15 (quinze) dias, sujeito à renovação, a fim de sua realização, para a “indispensabilidade do meio de prova” e a hipótese de que se realizam quando se tratar de crimes permanentes, conforme art. 8-A (BRASIL, 1996).

Mais importante a interceptação telefônica consiste em uma operação técnica, ou “procedimento de natureza cautelar” Távora (2019, p. 793), autorizado por um juiz, destinado a produzir provas para uso em um processo criminal (GRECO, 2005, p. 45).

Portanto, a interceptação telefônica, consiste em um procedimento realizado com autorização judicial, pelo qual se interrompe o curso natural da comunicação alheia, desviando o sinal telefônico para um terceiro interlocutor, a fim de que este

consiga captar, no conteúdo dos diálogos interceptados, elementos que serão utilizados como provas processuais.

A priori, a Lei. 9.296/96 BRASIL, (1996), que regulamentou a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, tratava apenas da interceptação telefônica em sentido estrito. No entanto, a doutrina e a jurisprudência entendem que aludida lei abrange também as escutas, porque os dois procedimentos envolvem um terceiro, diferentemente do que ocorre com a gravação clandestina, que não é abrangida pela lei, porque é feita pelo próprio interlocutor.

A natureza jurídica da interceptação telefônica (stricto sensu) de acordo com Nucci, (2019) pode ser entendida como uma medida de apoio cautelar à investigação criminal, que tem com escopo a busca de provas para instruir o processo penal.

"A interceptação telefônica é uma medida cautelar de investigação criminal, que tem por finalidade a obtenção de prova para instruir o processo penal. Trata-se de medida intrusiva, que viola a privacidade dos indivíduos, mas que pode ser justificada em casos excepcionais, quando há indícios de prática de crime." (Nucci, 2019, p. 1.012)

De acordo com a doutrina de diversos autores, a natureza da interceptação telefônica é uma medida intrusiva, invasiva, que deve ser utilizada com parcimônia e dentro dos limites legais visto que viola a privacidade dos indivíduos, mas que pode ser justificada em casos excepcionais, quando há indícios de prática de crime todavia não pode ser utilizada como meio de investigação principal, mas sim como uma medida complementar.

5.2 A Regulamentação da Interceptação Telefônica no Brasil

A Lei nº 9.296 (BRASIL, 1996), regulamentou a exceção à regra da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e instituiu a interceptação telefônica nos seguintes termos:

De acordo com o art. 1º da lei em comento, o ordenamento brasileiro determina que seja possível "a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual

penal”. Em conformidade, o parágrafo único aduz que a lei abrange também as comunicações em sistemas de informática e telemática.

Em vista da expressão “qualquer natureza”, denota-se que a lei em comento abrange qualquer comunicação telefônica, ainda que conjugada com a informática. Desse modo, além das conversas por telefone, todas as transmissões, por meio de telefonia estática ou móvel, de quaisquer caracteres, símbolos, imagens, vídeos, sons e informações, independentemente da natureza, estão sujeitas à interceptação conforme firmado pelo Recurso Ordinário em Habeas Corpus (BRASIL RHC 18.116/SP).

Diante disso, pode-se imaginar que, a priori, o ordenamento permite a livre exceção à violabilidade do sigilo das comunicações e, por conseguinte, violação dos direitos fundamentais à intimidade e privacidade. Contudo, não está correto, primeiro porque o atual entendimento da lei que excepciona a regra da (in)violabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, como as demais regras limitadoras de direito, deve ser interpretada de modo restrito (GRINOVER, p. 173) e depois, porque o instrumento está condicionado à observância de outros dispositivos da Lei nº 9.296 (BRASIL, 1996), além dos limites estabelecidos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal e da ordem do juiz competente da ação principal.

Neste sentir, observa-se que ao tratar do uso da interceptação telefônica como prova no processo penal, o artigo 2º, da Lei nº 9.296 (BRASIL, 1996), estabeleceu limites à admissibilidade, uma vez que dispôs, expressamente, que o procedimento não será autorizado quando inexistirem “indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal”, bem como quando for possível a comprovação dos fatos por outras espécies de prova, ou quando a sanção do delito cometido for detenção.

Com base nestas disposições, verifica-se que em virtude da natureza jurídica do procedimento, são pressupostos para a sua autorização a presença dos requisitos do *periculum in mora*, “ínsito na necessidade de a conversa telefônica ser colhida enquanto se desenvolve, sob pena de perder-se a prova” e do *fumus commissi delicti*, ou seja, a fumaça ocorrência de um fato delituoso (GRINOVER, pp. 167 e 176).

Na mesma direção, de acordo com o Informativo n. 692/2012 do STF, ao analisar o HC 108147/PR, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, o tribunal concluiu pela inadmissibilidade das interceptações telefônicas amparadas exclusivamente em

denúncias anônimas, impondo a imprescindibilidade da realização de investigações preliminares, a fim de reunir elementos mínimos que justifiquem a adoção da medida.

Isso porque, a interceptação telefônica consiste em uma medida cautelar, que impõe restrição às liberdades e garantias individuais. Por conseguinte, a medida não pode jamais ser vista como um meio comum de produção de provas, haja vista o risco de enfraquecer à proteção constitucional da vida privada e conseqüentemente tornar os direitos à intimidade, privacidade e sigilo garantias meramente formais em relação ao Estado.

É também em decorrência do caráter excepcional e subsidiário da medida de natureza cautelar, que o procedimento de interceptação telefônica só pode adotado para a produção de provas de “crimes de catálogo” (BRASIL STF, AI 761-706- AgR/ SP). Logo, é evidente que a interceptação telefônica deve ser usada em último caso, uma vez que a apuração de contravenções não é suficiente para justificar a insidiosa ingerência na intimidade e na privacidade dos suspeitos.

Além desses pressupostos, tanto o requerimento, como a concessão da medida, exige dos agentes públicos o atendimento de uma série de requisitos, relativos à legitimidade, prazo e a forma (GRECO, 1943, p. 45).

Diante disso, observa-se que o artigo 3º da Lei nº 9.296/1996, Brasil (1996) dispõe que cabe ao magistrado determinar a interceptação das comunicações telefônicas, sendo que a determinação pode ser *ex officio* ou a requerimento de autoridade policial, isto é, do delegado da polícia civil ou da polícia federal. Como também por requisição do representante do órgão ministerial, durante a fase de investigação criminal ou no curso da instrução.

Nesse ínterim, é preciso salientar que a autorização do pedido de interceptação telefônica não depende da existência de inquérito policial, haja vista que a lei permite, expressamente, a legitimidade do Ministério Público, sendo plenamente possível a sua utilização nos Procedimentos de Investigações Criminais (PIC), conduzidos pelo órgão.

Ainda acerca da legitimidade para requerer a medida, é preciso salientar que uma parte da doutrina advoga que por analogia, o querelante, enquanto titular exclusivo da ação penal privada, também é legitimado para requerer a interceptação telefônica nos casos em que o crime cuja natureza da pena for de reclusão, visto que não existe na lei nenhuma previsão proibindo (RANGEL, 1997, p. 182).

Em relação a autorização, verifica-se que a medida está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição por isso, seja durante a investigação criminal ou na persecução penal, somente o Poder Judiciário possui competência para autorizar o procedimento.

Demais artigos 4º e 5º da mesma Lei, Brasil (1996) determinam que tanto os requerimentos de interceptação de comunicação telefônica, como as decisões que autorizam ou denegam a sua realização e prorrogação, devem ser fundamentados, de modo que apresentem elementos aptos e suficientes para demonstrar a imprescindibilidade da medida para a persecução penal de determinado fato.

Em conformidade, o Conselho Nacional de Justiça, da Resolução nº 59 (BRASIL, 2008), que disciplinou e uniformizou os procedimentos relativos às interceptações telefônicas, determinou que o magistrado devesse fazer constar na decisão uma série de informações relativas ao caso concreto, *in verbis*:

Art. 10. Atendidos os requisitos legalmente previstos para deferimento da medida, o Magistrado fará constar expressamente em sua decisão:

I - a autoridade requerente;

II - o relatório circunstanciado da autoridade requerente;

III - os indícios razoáveis da autoria ou participação em infração criminal apenada com reclusão;

IV - as diligências preparatórias realizadas, com destaque para os trabalhos mínimos de campo, com exceção de casos urgentes, devidamente justificados, em que as medidas iniciais de investigação sejam inviáveis;

V - os motivos pelos quais não seria possível obter a prova por outros meios disponíveis;

VI - os números dos telefones ou o nome de usuário, e-mail ou outro identificador no caso de interceptação de dados;

VII - o prazo da interceptação, consoante o disposto no art. 5º da Lei 9.296/1996;

VIII - a imediata indicação dos titulares dos referidos números ou, excepcionalmente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas;

IX - a expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão;

X - os nomes de autoridades policiais e de membros do Ministério Público responsáveis pela investigação, que terão acesso às informações;

XI - os nomes dos servidores do cartório ou da secretaria, bem assim, se for o caso, de peritos, tradutores e demais técnicos responsáveis pela tramitação da medida e expedição dos respectivos ofícios, no Poder Judiciário, na Polícia Judiciária e no Ministério Público, podendo reportar-se à portaria do juízo que discipline a rotina cartorária.

§ 1º Nos casos de formulação de pedido verbal de interceptação (artigo 4º, § 1º, da Lei 9.296/96), o servidor autorizado pelo magistrado deverá reduzir a termo os pressupostos que autorizem a interceptação, tais como

expostos pela autoridade policial ou pelo representante do Ministério Público.

§ 2º A decisão judicial será sempre escrita e fundamentada.

§ 3º Fica vedada a utilização de dados ou informações que não tenham sido legitimamente gravados ou transcritos. (BRASIL, CNJ, Resolução nº 59, 2008),

Desse modo, o deferimento deve ocorrer por meio de decisão interlocutória, cuja fundamentação deve obrigatoriamente delimitar, explicitamente, o fato investigado, além de apresentar elementos que justifiquem e individualizem a medida, demonstrando o atendimento dos pressupostos e respeito aos limites legais.

Em relação aos prazos da Lei 9296/1996, verifica-se o segundo parágrafo do art.4º determina que o magistrado profira sua decisão em até 24 (vinte e quatro) horas. Ademais, de acordo com o art. 5º, a interceptação telefônica não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias. Sendo possível a renovação por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova, podendo durar até 30 (trinta) dias e, excepcionalmente durante a vigência do estado de defesa, art. 136, §2º, CF (BRASIL, 1988), até 60 (sessenta) dias (pela jurisprudência antiga do STJ).

Todavia, ao julgar o RE 625263, Brasil (2022), que tinha por objeto o limite máximo de renovações, o Supremo Tribunal Federal endossou por unanimidade os argumentos apresentados pelo Ministro Alexandre de Moraes, fixando o entendimento de que são lícitas as atualizações consecutivas de interceptação telefônica, desde que justificadas as liminar e prorrogações concretas, após verificação dos requisitos do art. 2º da Lei 9.296/1996, com demonstradas razões para continuar a investigação, ainda que concisamente por motivos normativos ou replicação de modelos genéricos, que não são relevantes para casos específicos são ilegais.

Já em relação à contagem dos prazos para a execução da diligência, é prosseguindo a análise da Lei 9296/1996, é necessário destacar o imbróglio relativo à disposição do art. 6º, *caput*, que diz: “deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização”, induzindo a ideia equivocada de que a lei restringe à autoridade policial a atribuição para a execução do procedimento, sem levar em consideração a disposição do art. 3º, II, que trata da legitimidade do órgão ministerial para requisitar a adoção da medida.

Frisa-se que, a controversa disposição contrária os poderes de investigação do Ministério Público, que embora não constem de maneira expressa na CF/1988, estão previstos no art. 4º do CPP e são plenamente reconhecidos pela doutrina e jurisprudência. O STF fixou tese reconhecendo a “concorrência de atribuição entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária para realizar investigações criminais, inexistindo norma constitucional ou federal que estabeleça exceção à regra enunciada no referido julgamento (BRASIL STF RE 593.727/MG, RHC 78743/RJ, 2018).

[...]maioria, negar provimento ao extraordinário e reconhecer os Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia [...], “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito [...]Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria. ACÓRDÃO BRASIL STF RE 593.727/MG, RHC 78743/RJ, 2018).

Endossando o entendimento do STF no RE 593.727/ MG, o Superior Tribunal de Justiça reiteradas vezes já admitiu que o procedimento fosse conduzido por sujeitos diversos àqueles previstos na lei, consoante se verifica nos seguintes recursos:

RHC 90125/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018; RHC 62067/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018; RHC 67384/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 05/03/2018; RHC 58282/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 07/10/2015; RHC 51487/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 24/09/2015. 2. É lícito à autoridade policial representar pela

quebra de sigilo telefônico dos investigados, a teor do art. 3º, I, da Lei n. 9.296/96, sendo que a jurisprudência desta Corte não denota a ilegitimidade da Polícia Militar no requerimento da medida constritiva de interceptação telefônica, desde que ratificada pelo Ministério Público competente e devidamente autorizada pelo juízo, sob pena de ineficiência do procedimento investigatório. (BRASIL, STF, RHC 90.125 SC, 2017).

Outrossim, o art. 6º §1º obriga, de maneira inequívoca, que o conteúdo obtido com a comunicação interceptada deve ser transcrito e o seu resultado encaminhado para o Ministério Público, devendo ainda estar acompanhado de auto circunstanciado contendo a síntese das operações (BRASIL, 1996). Contudo, no tocante a transcrição, os tribunais superiores fixaram teses negando a necessidade de degravação integral dos diálogos obtidos com a interceptação telefônica, haja vista inexistir qualquer previsão expressa exigindo isso.

Como se verifica no AP 508 AgR/AP BRASIL, STF (AP 508,2022), em decisão monocrática, o STF entendeu que não é necessário a degravação integral do conteúdo das comunicações captadas:

Nos presentes embargos, o próprio embargante confessa que “não se discute a ausência de acesso à medida cautelar, uma vez que, este acesso foi concedido.” Sobre esse ponto, a decisão embargada registrou que “O requerente teve acesso à decisão e teve plena condição de contra ela se insurgir, de modo a restar comprovada a integral ausência de prejuízo ao exercício do contraditório e ampla defesa.” Não há, pois, qualquer vício a ser sanado nesta via. Além disso, ainda que se considere os argumentos expostos na petição que suscitou a questão de ordem, é importante reiterar que a situação fática-jurídica do requerente é distinta do réu desta ação penal, conforme já demonstrado na decisão anterior, razão pela qual entendo não se tratar de um caso de aplicação pura e simples da regra de extensão prevista pelo art. 580 do CPP. Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração e indefiro o pedido de indicação de questão de ordem. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 13 de maio de 2022. Ministro GILMAR MENDES (BRASIL, STF AP 508,2022).

Deste modo o Ministro Gilmar Mendes delibera que o respeito ao princípio da isonomia exige a aplicação do artigo 580 do CPP, pois a ausência de registro de decisões. Que se excluíssem ao Poder Judiciário da análise da legalidade da medida de interceptação telefônica ultrapassa as circunstâncias pessoais e diz respeito apenas aos elementos fáticos e jurídicos.

Noutro giro, destarte a interceptação telefônica requerer o conhecimento técnico e específico do operador, acerca dos equipamentos e dos procedimentos

necessários para a sua execução, o artigo Art. 7º, da Lei nº 9.296, Brasil (1996) assegura à autoridade policial o direito de requisitar prestadores de serviços, bem como outros profissionais qualificados (técnicos especializados) para lhe prestar o auxílio que for necessário, inclusive, junto às concessionárias prestadoras do serviço de telefonia.

Todavia, instadas a se posicionarem, as cortes superiores fixaram entendimentos, determinando a desnecessidade de conhecimento técnico para a degravação dos diálogos, caso dos processos, conforme entendimento exemplificado em: (BRASIL STF, 2022, RE 625263); (BRASIL, STF, RHC 90.125 SC, 2017) e de realização de perícia para a confirmação da autoria dos diálogos, consoante se observa no (BRASIL STJ HC 30.545 2003).

IV - Descabido o argumento da necessidade de realização de perícia para verificação da autoria dos diálogos se, em um total de 6.000 (seis mil), foram impugnados apenas 3 (três) que, inclusive, foram expungidos pela sentença condenatória sem que se adentrasse ao mérito da sua autenticidade, porquanto o juiz sentenciante os considerou desinfluentes para a solução do caso.

V - A simples alegação, sem provas, de que as investigações policiais estariam evadas de parcialidade, não tem o condão de desconstituir a presunção de veracidade de que são revestidos os atos praticados por agentes dotados de fé pública. Não é motivo, também, para a realização de perícia em todo o material produzido pela autoridade policial, a fim de apurar eventual "tratamento digital" das gravações, supostamente realizado no intuito de atribuir a autoria de conversas a outros que não seus reais emissores.

VI- Ausente o prejuízo para a defesa, não há porquê decretar a nulidade do processo criminal. Precedentes. Ordem denegada (BRASIL STJ HC 30.545 2003).

Outra importante definição prevista na lei é que o procedimento de interceptação deve ocorrer em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal ao que está relacionado, conforme disposto no art. 8º da lei (BRASIL, 1996).

Insta salientar, é necessário que a interceptação ocorra em autos apartados para garantir a eficácia da medida que depende, inexoravelmente, do desconhecimento do investigado. Diante disso, é certo que a juntada do resultado das interceptações telefônicas deve ser feita em momento adequado, isto é, imediatamente antes do relatório, quando a medida for conduzida pelo delegado na fase de investigação, ou antes da sentença, quando o procedimento for executado

durante a instrução processual, conforme determina o paragrafo único do mesmo dispositivo.

Além disso, de acordo com a lei de interceptação, a gravação cujo resultado não seja pertinente à persecução penal pode ser “inutilizada por decisão judicial”, conforme art. 9º (BRASIL, 1996).

A destruição das gravações só pode ser feita quando não for mais possível a interposição de recursos, ou seja, quando a decisão se tornar imutável. Por conseguinte, não há dúvidas de que a decisão que autoriza a inutilização do conteúdo imprestável para o processo atende à garantia fundamental de proteção à privacidade e a intimidade, uma vez que tenta remediar a intromissão injustificada na vida privada do indivíduo.

Em vista dos referidos excessos, o art. 10, da Lei nº 9.296/1996 (BRASIL, 1996) tipifica como crime a quebra do sigilo de justiça e as interceptações de comunicações telefônicas feitas sem autorização judicial ou com desvio de finalidade, ou seja, feitas em virtude de objetivos não autorizados em lei. Diga-se ainda que, para estes crime, a mesma Lei determina a pena de reclusão de dois a quatro anos, além de multa.

Por fim, os artigos 11 e 12 tratam da vigência e eficácia do diploma, revogando qualquer disposição em sentido contrário e impondo a irretroatividade das normas, anulando qualquer ato praticado anteriormente.

Posto isso, regulamentação tardia da exceção a inviolabilidade do sigilo telefônico, prevista no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, Brasil (1996), fez com que a Lei nº 9.296/1996, Brasil (1996) fosse vista, à época da sua promulgação, como um avanço por acabar com tentativas de se preencher a lacuna com a aplicação das normas do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962) parcialmente revogado pelo próprio diploma maior (FREGADOLLI, p. 93).

Contudo, não demorou para que a doutrina e a jurisprudência fomentassem críticas à Lei que regulamentou a interceptação telefônica, além de que com o decorrer do tempo, foram sendo reconhecidas outras situações, não previstas no texto, que ensejam a inadmissibilidade das provas obtidas, temas que passam a ser analisados.

5.3 Críticas à Regulamentação e as Causas de Inadmissibilidade

Atualmente em vigor há mais de duas décadas, as disposições da referida lei e o uso das interceptações telefônicas no processo penal continuam gerando controvérsias na doutrina, uma vez que a prática é uma grave transgressão aos direitos, considerados inclusive como uma forma de “coação processual real física” (TÁVORA, 2019, p. 793).

Sobre isso, Lênio Luiz Steck ressalta o excesso cometido pelo legislador no art. 2º, III, da Lei 9.296 (BRASIL, 1996), que prevê a possibilidade de usar a medida em todos os delitos punidos com reclusão, ignorando princípios constitucionais. Diante dessa problemática, o autor ressalta a imperiosidade da avaliação da proporcionalidade e razoabilidade da medida, afirmando que “o remédio não pode ser mais drástico que a doença que pretenda combater”. (STRECK, p. 56). Consoante este entendimento, a lei seria inconstitucional em razão da omissão legislativa, que deixou de pesar os bens jurídicos dignos de proteção e por conseguinte, de observar os valores constitucionais.

Outro ponto, é a omissão referente a legitimidade da defesa, da vítima e do acusado para requerer a interceptação telefônica, que inegavelmente viola as garantias fundamentais de contraditório e do devido processo legal, princípios que regem o direito processual penal, impossibilitando esses sujeitos de defender-se provando (STRECK, p. 78).

Por sua vez, o excesso de poder concedido aos magistrados para a determinação *ex officio* do procedimento é alvo de críticas. É indiscutível o conflito desta previsão com as garantias de um verdadeiro sistema acusatório. Advogando a inconstitucionalidade do art. 4º da L. 9296 (BRASIL, 1996), Luiz Flávio Gomes (pp. 201-205) acertadamente aponta a violação da imparcialidade do magistrado

É inconstitucional a interceptação telefônica "de ofício", em consequência, porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais da jurisdição, atribuindo esta aos juizes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual. (...) Tomar a iniciativa da prova "compromete psicologicamente o Juiz em sua imparcialidade". O Juiz não pode ter idéias preconcebidas sobre o que vai decidir" (Luiz Flávio Gomes - Interceptação Telefônica - Ed. Revista dos Tribunais - págs.201/202 e 205).

Em doutra direção, Paulo Rangel defende que a possibilidade de determinação ex officio pelo magistrado, usando como fundamento o atendimento do princípio da verdade, conforme se observa no seguinte trecho:

[...] devemos ressaltar que o Juiz não deve conceder de ofício a medida cautelar preparatória, pois esta deverá ser requerida pelo Ministério Público (*dominus litis*) ou mediante representação da autoridade policial, pois, pelo sistema acusatório adotado entre nós, o Juiz foi afastado da persecução penal. Porém, nada obsta que a medida cautelar incidental (adotada no curso do processo) possa ser deferida pelo Juiz de ofício em nome do princípio da verdade real e de acordo com o sistema do livre convencimento. Pois, se sustentarmos tese contrária, o Juiz também não mais poderia decretar medida cautelar pessoal de ofício (prisão preventiva) ou medida cautelar real (busca e apreensão).

Segundo Leite (2008), outro ponto que não se pode negar que a interceptação de uma comunicação cujo conteúdo não esteja relacionado com o processo, é ou simplesmente causa uma violação injustificada dos direitos à intimidade e à privacidade do indivíduo, visto que, nesse caso, não há nada que justifique o afastamento do direito fundamental ao sigilo das comunicações.

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. CABIMENTO. Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido." (TI/ RS, Sétima Câmara Cível, Agravo de instrumento nº 70018683508, Rel. Des. Maria Berenice Dias, unanimidade, 28.03.2007) (LEITE, 2008, p. 194)

É conveniente esclarecer que, por força dessas determinações, o ordenamento brasileiro proíbe as chamadas “interceptações por prospecção”, isto é, a decretação do procedimento para apurar se o indivíduo possui, ou não, envolvimento com práticas delituosas (LARGURA; MELO, 2012, p. 91).

“interceptação por prospecção”, a qual deve ser entendida como aquela que se alonga exageradamente no tempo, sem a exigida fundamentação nas renovações, com o claro intuito de protelar a interceptação, a fim de se apurar se o investigado está cometendo algum delito. A interceptação por prospecção deve ser sancionada com a declaração de ilicitude, pois as medidas postas na Lei nº 9.296/96 objetivam comprovar a autoria e/ou materialidade de um delito que já conta com indícios probatórios(LARGURA; MELO, 2012, p. 91)..

Nada obstante, a jurisprudência entende que é possível a interceptação telefônica de pessoa indeterminada, com a finalidade de confirmar se o usuário da linha é autor ou participe do fato, conforme o ACR nº 2000.71.04.003642- 3/RS.

Rei. Des. Federal Amir Sarti" (AC 2000.04.01.127488-8 - 7ª Turma - Rei. Des. Fábio Rosa - unânime - DJU 27.11.2002). TJ/RJ: "Apelação Criminal. Formação de quadrilha para tráfico de entorpecentes, homicídios e outros delitos. Alegação de nulidade por ilegalidade das interceptações telefônicas. Prova firme e coesa. Autoria e Materialidade Comprovadas. Dosimetria correta. Embora a Defesa tivesse, em todo momento, acesso aos cd's com as gravações, não requereu a realização da perícia no momento processual oportuno, o que não caracteriza o vício na prova, já que devidamente autorizada à interceptação telefônica, nos moldes da Lei 9296/96. Se a interceptação telefônica necessitasse de prova pericial para ser considerada no processo, ela seria obrigatória e **não dependeria do pedido da parte, que poderia facilmente criar causa de nulidade** e se beneficiar com isso. Materialidade e autoria devidamente comprovadas, sendo desnecessária a perícia das gravações para **concluir-se que o Réu era interlocutor de vários diálogos, já que citado seu nome e apelido por diversas vezes** (Apelação nº 2007.050.03778 - Primeira Câmara Criminal - Rel. Des. Paulo César Jr Salomão 25.09.2007). (LEITE, 2008, p. 184)

Na jurisprudência, a situação não é muito diferente, haja vista a longa lista de decisões reconhecendo a inadmissibilidade das provas obtidas mediante interceptação telefônica quando verificada a inobservância dos limites impostos pela Lei nº 9.296/96 de Interceptação telefônica. Entretanto, o ponto que se revela mais importante é a questão das renovações sucessivas das decisões que permitem a quebra do sigilo telefônico.

5.4 Renovações Sucessivas

De acordo com a legislação brasileira, as interceptações telefônicas devem ser autorizadas pelo Poder Judiciário e devem ser realizadas apenas quando houver indícios concretos da prática de um crime. Além disso, no entendimento mais atual, a autorização para a interceptação só deve ser renovada a cada 15 (quinze) dias, sendo possível a renovação por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de provas, e só pode ser prorrogada se houver indícios novos que justifiquem a continuidade da investigação (BRASIL STF, 2022, RE 625263).

No entanto, a técnica de renovações sucessivas de interceptações telefônicas tem sido utilizada por alguns órgãos de investigação como uma forma de obter provas contra suspeitos sem que haja indícios concretos da prática de um crime. Essa prática tem gerado controvérsias no meio jurídico e pode levar à nulidade do processo judicial (LOPES JR, 2020).

Atualmente a prática de indiscriminada de renovações sucessivas de interceptação telefônica, também conhecida como "*fishing expedition*" ou "pescaria probatória", tem sido objeto de discussão no âmbito jurídico. Essa prática consiste na obtenção de provas por meio de interceptações telefônicas sem que haja indícios concretos de que o investigado tenha cometido algum crime (BIANCHINI, 2018).

Ainda segundo Bianchini (2018) a utilização desse método tem sido criticada por diversos juristas, uma vez que viola o princípio da presunção de inocência e o direito à privacidade. Além disso, a prática pode levar à obtenção de provas ilícitas, o que pode prejudicar o processo judicial

Diante disso, é importante que os órgãos de investigação respeitem os limites legais para a realização de interceptações telefônicas e que o Poder Judiciário exerça um controle rigoroso sobre a prática respeitando a regra da inviolabilidade do sigilo. Além disso, é fundamental que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam respeitados, garantindo-se a presunção de inocência e o direito à privacidade.

A Lei n. 9.296, Brasil (1996) regulamentou a parte final do inciso XII, do art.5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que preconiza a exceção à regra da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas para a produção de provas durante investigação criminal e a instrução processual penal.

Apesar de, no passado, ter sido considerada um progresso (FREGADOLLI, 1998, p. 93), ante as tentativas de se preencher a lacuna deixada pelo legislador de 1988 com a aplicação das normas do Código Brasileiro de Telecomunicações – (Lei

4.117/1962) parcialmente revogado pelo próprio diploma maior. Desde a promulgação, a Lei nº 9.296, Brasil (1996) sempre recebeu críticas pela falta de clareza e os inegáveis traços inquisitoriais dos seus dispositivos.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 661 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para declarar a validade das interceptações telefônicas realizadas e de todas as provas delas decorrentes, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Gilmar Mendes (Relator), Dias Toffoli, Nunes Marques e Ricardo Lewandowski. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Em seguida, por unanimidade e nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, o Tribunal fixou a seguinte tese: "São lícitas as sucessivas renovações de interceptação telefônica, desde que, verificados os requisitos do artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 e demonstrada a necessidade da medida diante de elementos concretos e a complexidade da investigação, a decisão judicial inicial e as prorrogações sejam devidamente motivadas, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações. São ilegais as motivações padronizadas ou reproduções de modelos genéricos sem relação com o caso concreto". Nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes reajustou sua proposta de tese, e o Ministro André Mendonça reajustou seu voto para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes e dar provimento ao recurso. Votou quanto à tese o Ministro Roberto Barroso. Não votaram na tese o Ministro Nunes Marques e o Ministro Dias Toffoli, ausente, justificadamente, nesta assentada. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, Julgado mérito de tema com repercussão geral (BRASIL STF RE 625263 em 17.03.2022).

Contudo, além dos prejuízos decorrentes do excesso de poder concedido aos magistrados para a determinação *ex officio* do procedimento e outros pontos frequentemente ressaltados pela doutrina, subsiste outro problema gravíssimo: as renovações sucessivas das decisões que permitem a quebra do sigilo telefônico.

Ocorre que o art. 5º da Lei n. 9.296, Brasil (1996) impôs um limite temporal máximo de quinze dias para a interceptação telefônica, possibilitando a renovação da medida por igual tempo, de modo que poderia durar até 30 (trinta) dias, tempo que atenderia, em tese, tanto o interesse público na produção da prova, como a proteção constitucional à vida privada do indivíduo (Lopes JR. 2020). Entretanto, como o dispositivo não fixou um limite de prorrogações, a doutrina e a jurisprudência passaram a interpretar o dispositivo de várias maneiras, não chegando a um consenso sobre o máximo de tempo que razoável para se interceptar alguém.

Enquanto uma corrente adota a interpretação restritiva da lei e defende que a quebra do sigilo telefônico só poderia durar até 30 (trinta) dias, dos quais 15 (quinze) dias relativos à primeira interceptação e 15 (quinze) dias referentes à prorrogação, outra parte defende que deveria ser limitada a, no máximo, 60 (sessenta) dias, em alusão ao limite de duração do Estado de Defesa (LOPES JR, 2020). Entendendo a parcela majoritária que poderiam ser feitas quantas prorrogações fossem necessárias para cada caso, desde que persistisse a indispensabilidade do meio de prova (LOPES JR, 2020).

Conseqüentemente, quando o instrumento passou a ser utilizado nas investigações e nos processos criminais, foram observados abusos por parte dos delegados, promotores e juizes que alastraram a quebra de sigilos telefônicos por meses e até mesmo anos Bianchini, (2018), em buscar de verdades possivelmente inexistentes, ofendendo, com isso, ao máximo todas as características e garantias de um Estado Democrático de Direito e de um verdadeiro sistema acusatório.

Demandados a se manifestar, os tribunais superiores reconhecem o problema da omissão legislativa conforme exemplos: (RHC 117.265/SE; RE 625.263/PR), mas saem pela tangente na hora de declarar a inconstitucionalidade das pretensas-infinitas interceptações telefônicas, sob a égide do interesse público e da existência de indícios que justifiquem a medida.

Todavia, verifica-se ainda que, muitas vezes, os referidos indícios - pressupondo que existam -, são insuficientes, desconhecidos ou, na pior hipótese, velados pelos juizes de primeira instância que usam fundamentações genéricas nas suas decisões sem demonstrar a motivação, o que não obsta a ratificação das instâncias recursais após, enfim, aplicarem o juízo de razoabilidade.

Ademais, percebe-se que os danos causados à dignidade e a integridade moral da pessoa cuja vida privada foi depravada com a prorrogação desnecessária da quebra de sigilo telefônico são desprezados, visto que, apesar de reconhecerem a existência de falhas nas decisões de primeira e segunda instância, a maioria das decisões dos tribunais superiores convalida as sucessivas renovações. Nesse sentido, aponta-se: STF, 2ª Turma, HC 133148/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 21/2/2017 (BRASIL, 2017); STJ, 5ª Turma, RHC 47.954/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 01/12/2016 (BRASIL, 2016); STJ, 6ª Turma, RHC 72.706/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 06/10/2016 (BRASIL, 2016).

Desse modo, tendo em vista que já se passaram mais de vinte e seis anos desde que a Lei n. 9.296, Brasil (1996) entrou em vigor. E que muitas autoridades continuam se valendo da ausência de um limite expreso determinando a quantidade máxima de renovações para interceptação telefônica para invadir a vida privada dos indivíduos, faz-se necessário compreender o que motiva delinear os impactos e analisar possíveis soluções para a necessidade de sucessivas renovações das interceptações telefônicas, para assim resolver o embate entre o interesse público e a proteção constitucional à vida privada. É o que segue.

6 ANÁLISE E DISCUSSÃO

Gomes e Cervini (2016 p. 211), em seu livro "Lei de Interceptação Telefônica Comentada" explana a prorrogação do prazo para até 30 dias como uma medida importante para garantir a efetividade das investigações em casos complexos.

A prorrogação do prazo é importante para a garantia de uma efetiva investigação, em especial no tocante a casos complexos que demandem tempo maior para serem apurados (GOMES; CERVINI, 2016, p. 211).

Por outro lado, Segundo Ramos (2014), há críticos que argumentam que a extensão do prazo para 30 dias violar o direito à intimidade e à privacidade dos indivíduos investigados. Onde “o direito à privacidade, enquanto valor fundamental e direito humano, não pode ser eliminado ou minimizado sem um juízo de ponderação que leve em conta a necessidade da medida restritiva” (RAMOS, 2014, p. 285).

Diga-se a interceptação telefônica não é o único limite imposto ao direito à privacidade. Como se sabe, este deve ser equilibrado com também a liberdade de sua tipografia, para informar sobre assuntos de interesse público. Na preservação do direito e liberdade, particularmente à liberdade de exposições, que é de extrema importância. No entanto, as limitações ao direito à privacidade começam na conduta do próprio titular do direito explanado a seguir:

Se por um lado “o indivíduo se divulga telematicamente, voluntariamente, suas ações e imagem ao público, este não pode negar a publicação de sua imagem na mesma arena pública em que participou”, (RAMOS, 2014, p. 297). É crucial manter um equilíbrio entre os direitos de privacidade de um indivíduo e a sua liberdade na imprensa de se auto-relatar assuntos relevantes ao público.

Neste exemplo, é do conhecimento geral que políticos, nos seus comícios e revelações populares podem fazer destas liberdades de privacidade (ao não divulgar publicamente dados sensíveis a estes), que ideologicamente são ferramentas poderosas de expressão política e alterações sociais. Por outro lado os mesmos políticos, muitas vezes, são vítimas em potencial das interceptações telefônicas, tanto na parte criminal quanto pela parte perseguição política administrativa.

Assim como as celebridades e políticos tendem a aceitar maior exposição de suas imagens, o que pode levar à exploração. Como exibiam múltiplas formas de comportamento, não podiam reivindicar o privilégio da privacidade.

O direito à privacidade convive, no texto constitucional e nos tratados de direitos humanos, com o direito à informação e com a liberdade de imprensa. A primeira restrição ao direito à privacidade é oriunda da própria conduta do titular. Caso o titular exponha sua imagem e conduta ao público, não poderá rechaçar a divulgação de sua imagem-retrato incluída no próprio cenário público do qual participa (caso de um comício, de uma manifestação popular, entre outros). Também aqueles que vivem da exploração da imagem (celebridades) ou atuam na vida política, aceitam maior exposição das diversas manifestações de sua conduta, não podendo, depois, invocar o direito à privacidade para impedir a divulgação de fatos considerados desabonadores. Entretanto, mesmo as figuras públicas possuem o direito à privacidade, em especial no que diz respeito ao círculo da intimidade e do segredo, em ambientes fechados ou reservados. Por isso, viola a intimidade a atitude de fotografar, sem autorização, com teleobjetivas, celebridades em seus lares ou ambientes reservados, sem acesso ao público (RAMOS, 2014, p. 514)..

Assim sendo, em que pese os ministros do STF no julgamento do RE 625.263/PR ressaltarem a necessidade de equilibrar prorrogação das interceptações telefônicas com a proteção constitucional à vida privada, estes pecaram a permitir as sucessivas renovações das interceptações telefônicas, uma vez que a medida se demonstra claramente oposta ao direito a privacidade e a intimidade. Analisando alguns dos principais entendimentos de garantias de privacidade e liberdade, verifica-se que o entendimento do tribunal não atende o interesse individual e nem o interesse coletivo.

Sobre isso, cumpre observar que processo tem como pressuposto situações jurídicas opostas e que, teoricamente, no caso de conflitos, deveriam ser priorizados os interesses que satisfaçam o anseio da maioria. De acordo com, (FULAN 2019).

Aqui estamos tratando de interesses plurissubjetivos, cujas características peculiares demandam uma análise dos postulados instrumentais à disposição dos operadores do direito. O processo foi concebido para a tutela de situações jurídicas individuais, restando deslocado quando se trate de outorgar tutela a situações metaindividuais. Neste sentido, alguns autores defendem uma “adaptação criativa” do arsenal processual existente às novas exigências surgidas como o acesso à Justiça dos interesses superindividuais.

Em se tratando de interesses difusos, que ultrapassam a esfera do indivíduo isoladamente considerado, a interpretação dos direitos e garantias fundamentais deve ser feita com certos temperamentos. Do contrário, por um apego excessivo aos cânones tradicionais, esses interesses, que não podem ter um dono, restarão marginalizados, (FULAN 2019, p. 49).

É certo que os direitos e garantias fundamentais, excpcionados com as interceptações telefônicas, também são considerados pilares essenciais ao Estado Democrático de Direito, Fulan (2019, p. 49), visam proteger a dignidade humana, a liberdade e a igualdade de todos os indivíduos. Contudo, de acordo com esse entendimento, esses direitos se limitam a interesses individuais, não mais abrangem interesses coletivos e difusos, conhecidos como interesses plurissubjetivos.

Como exemplo deste contexto, destacar a atuação do Poder Judiciário na proteção desses interesses, onde as garantias fundamentais devem levar em conta não apenas os interesses individuais, também os plurissubjetivos, avalizando a assistência aos direitos coletivos e propalados.

O Voto do Eminentíssimo Ministro Carlos Velloso no Habeas Corpus nº 75.338-88, [...] acompanhou a maioria dos ministros do STF pelo indeferimento do pedido, assim se manifestou, No caso, um dos interlocutores grava conversa havida entre ambos; isso não se inclui na proibição referida no art. 5º, XII. Em voto no, Inquérito 65 – caso ‘Magri’ – sustentei que não há ilicitude no fato de um dos interlocutores gravar a conversa havida entre ambos a fim de, por exemplo, realizar prova dessa conversa. [...]. Penso que é de interesse do interlocutor, que está sendo chantageado, gravar a conversa, a fim de realizar prova, posteriormente. Dir-se-á que a gravação seria ofensiva ao art. 5º, inciso X, da Constituição. **Deve ser entendido que o direito à intimidade não é, como há pouco dizíamos, absoluto, devendo ceder diante dos interesses público, social e da justiça. Ora, a justiça não tem apenas um prato, mas dois. Em um deles estão os direitos individuais; mas, no outro, estão os não menos importantes direitos sociais e coletivos. O interesse da justiça assenta-se, sobretudo, na realização do interesse social, da coletividade.** Bem ressaltou o Senhor Ministro-Relator que a Constituição impõe ao Estado, na defesa da sociedade, a realização de princípios que o legislador considera que quem os viola incorre em crime.

Ao Estado cabe apurar esses atentados cometidos contra a sociedade. (FULAN, 2019, p. 50).

O julgador neste combinante realizou alusão à relação entre o direito individual e o social e coletivo, sobressaltando a necessidade de atendimento dos anseios coletivos. Depreende-se desta lição que os tribunais reconhecem que a finalidade da interceptação telefônica é o atendimento do interesse público, apontando a supremacia deste interesse sobre aqueles reconhecidamente individuais.

Ocorre, contudo, que o interesse coletivo não se confunde com o interesse do Estado e, ao contrário do que vêm se firmando paulatinamente o seu atendimento do, quando genuíno, não se opõem aos anseios individuais, visto que o interesse coletivo representa o “somatório dos interesses dos indivíduos que nele encontram a projeção das suas aspirações” (DI PIETRO, 2010, pp. 157 e 162).

Segundo Gomes e Cervini, (2016, p. 219), o contra ponto das prorrogações de interceptações telefônicas se dar, tanto ao ato de ocultar informações consideradas desonrosas, que resultaria no impedimento de sua divulgação, os direitos de privacidade que devem ser respeitados, em especialmente tratando-se de vidas privadas e espaços confidenciais. Tais ações são particularmente inaceitáveis, visto que esses ambientes geralmente são fechados ao público.

Em vista disso, impõe-se a interpretação restritiva da Lei 9.296 (1196), uma vez que a flexibilização permite a violação da privacidade. A prorrogação da medida é evidentemente inconstitucional, além de que viola a própria lei, uma vez que a renovação obrigatoriamente não atende aos pressupostos de urgência.

Cumprir observar ainda que, em comparação a maioria das leis internacionais, a lei brasileira é considerada mais flexível em relação aos prazos para a realização da interceptação telefônica e, por conseguinte, à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos investigados.

A União Europeia (UE) que possui sua própria regulamentação, estabelecida pela Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu. Compõe uma das principais diferenças entre as duas legislações. A UE, aprontam a autorização prévia de um juiz ou autoridade judicial independente, para a realização da interceptação telefônica, enquanto a lei brasileira permite a autorização por um juiz ou tribunal de primeira instância. Além disso, a diretiva da UE estabelece um

prazo máximo de quatro meses para a realização da interceptação, enquanto a lei brasileira permite um prazo de 15 dias, conforme detalhado/explicado acima.

Assim, se por um lado a flexibilidade pode ser vantajosa em casos de investigações complexas e de longa duração. Por outro lado, a medida deixa de atender o interesse coletivo, por não respeitar as garantias individuais.

7. CONCLUSÃO

Diante dos pontos apresentados, é possível concluir que a interceptação telefônica é um instrumento que deve ser utilizado com cautela e ponderação, tendo em vista que nenhum direito fundamental é absoluto. Embora a interceptação telefônica possa ser considerada de interesse público, é necessário estabelecer limites para a sua utilização, especialmente no que se refere ao tempo de duração.

A utilização excessiva da interceptação telefônica pode causar lesão ao interesse coletivo, uma vez que violam direitos fundamentais como a privacidade, intimidade e o sigilo telefônico. É importante destacar que as decisões dos juízes para a utilização desse instrumento devem ser fundamentadas, a fim de garantir a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Portanto, é necessário que haja um equilíbrio entre o interesse público e os direitos fundamentais dos indivíduos, a fim de garantir a proteção da sociedade sem violar os direitos e garantias fundamentais. A utilização da interceptação telefônica deve ser uma medida excepcional e sempre acompanhada de uma análise criteriosa por parte do Poder Judiciário, a fim de evitar abusos e garantir a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

A insuficiência se dá porque situações peculiares, como a complexidade do delito, a quantidade de suspeitos e a inteligência dos envolvidos, isto é, circunstâncias específicas de cada caso, dificultam as informações e demandam de mais tempo para obter informações pretendidas, para concluir as apurações. Diante disso, tendo em vista que já se passaram mais de vinte e seis anos da lei de interceptações telefônicas sem as devidas modernizações frente a um espaço tecnológico que se avanta velozmente, muitas autoridades continuam se valendo da ausência de seu limite proclamado determinando assim a quantidade máxima de renovações para interceptação telefônica, invadindo a vida privada dos indivíduos.

Transformando no Brasil a interceptação telefônica e suas renovações sucessivas uma medida invasiva e restritiva de direitos. Do contrário, deveria ser utilizada com parcimônia e em apenas casos assessórios e excepcionais.

Analisando a regulamentação da EU, esta é mais rigorosa em relação à proteção dos direitos fundamentais de seus cidadãos investigados, à lei brasileira que é mais flexível em relação aos prazos, para a realização da interceptação telefônica. Porém ambas as legislações possuem seus prós e contras, e é

importante que sejam aplicadas de forma criteriosa e respeitando os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos. Conclui-se que este estudo logrou sucesso na demanda de exemplificar analiticamente todos os processos de sentenças a proteção à vida privada perante a inobservância do limite temporal imposto pela Lei de Interceptação, além disto, demonstraram as noções do direito processual penal, na proteção à vida privada, entretanto, ainda é demasiado objeto de muito estudo. Este tema pela sua complexidade e interesse público, novamente poderá ser pela autora escopo de uma Pós- graduação ou Tese de Mestrado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARROS, Antônio Milton de. **A lei de proteção a vítimas e testemunhas: e outros temas de direitos humanos**. Franca: Ribeirão. Gráfica e Editora, 2003.

BARROS, Antônio Milton de. **A reforma do CPP sobre provas: reafirmação do sistema inquisitivo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1862, 6 ago. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11571/a-reforma-do-cpp-sobre-provas>. Acesso em: 8 jun. 2022.

BIANCHINI, Alice. **"Fishing Expedition": a Prática de Renovações Sucessivas de Interceptações Telefônicas**. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-mai-09/observatorio-constitucional-fishing-expedition-renovacoes-sucessivas-interceptacoes-telefonicas. Acesso em: 13 mai. 2023.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política Do Imperio Do Brazil**. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1824. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição Da Republica Dos Estados Unidos Do Brazil**. Rio de Janeiro: Senado Federal,1891. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição Da Republica Dos Estados Unidos Do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado Federal,1934. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado Federal,1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição Da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal,1967. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mai. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.296/96**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1996. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação penal contra ex-deputado Bala Rocha continuará no STF** Disponível em: [https:// portal.stf.jus.br](https://portal.stf.jus.br)

/processos/detalhe.asp?incidente=2664742 Acesso em: 12 maio 2023. Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 593.727 / MG RHC 78743/RJ, 2018** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233> Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RHC 90.125 SC,2017** Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85275926&num_registro=201702553494&data=20180815&tipo=5&formato=PDF Acesso em: 12 mai 2023.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC 30.545 2003.** Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%2730545%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%2730545%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%2730545%27)+ou+(%27HC%27+adj+%2730545%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL, CNJ, **Resolução nº 59**, 2008, Disponível em: Acesso em: 12 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF Decide que Prorrogações Sucessivas de Interceptações Telefônicas são Lícitas RE 625263.** Data de julgamento: 17 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=483627&ori=1#:~:text=Por%20unanimidade%2C%20o%20Plen%C3%A1rio%20do,e%20da%20complexidade%20da%20investiga%C3%A7%C3%A3o.> Acesso em: 12 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 93050/RJ.** Órgão julgador: Segunda Turma. Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues. Data de julgamento: 10 jun. 2008. Disponível em: [https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720219/habeas-corporus-hc-93050-rj/inteiro-teor-103108698.](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720219/habeas-corporus-hc-93050-rj/inteiro-teor-103108698) Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078/MG**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 92467/ES**. Órgão julgador: Segunda Turma. Paciente: BELINE JOSÉ SALES RAMOS. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Data de julgamento: 10 jun. 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2557176>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.265** Sergipe. Recte: Mario Cesar Marilho de Carvalho. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 29 out. 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5938675>. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 92467/ES**. Órgão julgador: Segunda Turma. Paciente: ANA LÍVIA PEREIRA SANTOS. Data de julgamento: 22 fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 99735 / SC (2018/0153349-8)**. Órgão julgador: T6 - Sexta turma. Recorrentes: A.C.D.A.C. e D.C.D.A.C. Recorrido: MP Santa Catarina. Data de julgamento: 27/11/2018. Data de publicação: 12/12/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livrethesaurus=JURIDICO&fr=veja>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 625263 / PR**. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Recorrente: Ministério Público Federal Recorrido: Isidoro Rozenblum Trosman Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relator do Acórdão: Ministro

Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 17 mar. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465456/false>. Acesso em: 06 set. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.994.073-PR (2022/0089921-9)**. Agravante: Ervino Edimar Saibert Martins. Data de julgamento: 20 maio 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200899219&dt_publicacao=20/05/2022. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. Recte**: Ministério Público Federal. Recdo: Isidoro Rozenblum Trosman, 30 ago. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3906320>. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRENTEL, Camila. **As provas não Repetíveis no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo : Atlas, 2015.

CASTRO, Helena Rocha Coutinho; VALENÇA, Manuela Abath; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. **Por uma Investigação Preliminar Democrática: O Contraditório na Interceptação Telefônica**. In: SANTORO, António Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. **Interceptação Telefônica: Os 20 anos da Lei 9.296/96**. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CORRÊA JÚNIOR, Luiz Carlos Bivar. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Brasília: Vestcon, 2009.

DEMERCIAN, Pedro; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 1999.

DIDIER, Fredie et al. **Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 356, §1º, CPC**. Salvador: Juspodium, 2018.

DIDIER, Freddie Junior; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. II. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER JUNIOR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil – parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos; a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. -6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. **Direitos Fundamentais e suas Gerações**. Bauru SP: Revista JurisFIB, 2012.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231. Acesso em: 11 out. 2022.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o Dicionário da Língua Portuguesa.** 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

FIORI, Ariane Trevisan. **A Prova e a Intervenção Corporal: sua Valoração no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FGV DIREITO RIO. **Transparência e Accountability no Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2015.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Processo Penal.** 12 ed. rev. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FREGADOLLI, Luciana. **O Direito à Intimidade e a Prova Ilícita.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil.** Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Lei de Interceptação Telefônica Comentada.** São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Não Auto-Incriminação: Significado,**

Conteúdo, Base Jurídica e Âmbito de Incidência. Disponível em:
<http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 11 out. 2022..

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais S.A., 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: Considerações sobre Lei n. 9.296 de 24 de Julho de 1996.** 2 ed. rev. atual. Ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal.** 12 ed. rev. atual. Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LINS, Bernardo Felipe Estellita. **Histórico da Legislação de Telecomunicações no Brasil.** Brasília: Telecomunicações e Sistema Postal, 2017.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. Grandes temas do Novo CPC. In: DIDIER, Jr; SANTOS FERREIRA, William; JOBIM, Marco Félix. **Direito probatório.** Salvador: Juspodivm, 2015.

KHALED JR., Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?** Porto Alegre: Revista de Ciências Sociais, 2010. Disponível em: www.redalyc.org/pdf/742/74221650008.pdf. Acesso em: 23 out. 2022.

LOPES, Uelinton Damasio; JORDACE, Thiago. **Interceptação Telefônica e sua Admissibilidade Constitucional.** São Paulo: Revista Saber Digital, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Lei de Interceptação Telefônica Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MATOS, Taysa et al. **Interceptação Telefônica Como Limitação ao Direito à Intimidade e a Vida Privada**. Campina Grande: Revista a Barriguda, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. 2 ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MESQUITA, Gil Ferreira. **O Devido Processo Legal em seu Sentido Material: Breves Considerações**. Revista de Informação Legislativa: 2006. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92748/Mesquita%20Gil.pdf?sequence=1 . Acesso em: 29/10/2022.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 10 ed. rev. Atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Rosângela Rodrigues. **A proteção Constitucional da Vida Privada**. São Paulo: Editora Led, 1996.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29 ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 31 ed. rev. Atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais penais**. 4 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça Internacional: um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Constituição Federal e os Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

PIOVEZAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. 2008, Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em: 21 outubro 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RANGEL, Paulo. **Breves Considerações sobre a Lei nº 9.296/96 - Interceptação Telefônica**. In: Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1997.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva,

2002.

SANTOS, João. **Gestão Pública**. São Paulo: Atlas, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista De Direito, 2014.

SILVA, José Afonso. **O Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista De Direito Administrativo, 1988. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2407>. Acesso em: 25 outubro 2022.

SILVA, Igor Luis Pereira. **Princípios penais**. 2. ed. rev., ampl., atual.– Belo Horizonte: Fórum, 2020.

STJ NOTÍCIAS. **A Interceptação Telefônica como Meio de Prova**. 10 ago. 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-10-08_08-00_A-interceptacao-telefonica-como-meio-de-prova.aspx. Acesso em: 25 maio 2022.

STREK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. Rev. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 14 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. - 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

VADE MECUM ON-LINE. **Súmulas do STF**. 2022. Disponível em: www.meuvadecumonline.com.br/interna.php?tipo=busca&tipo_buscado=sumulas&s=s%C3%BAmula%20vinculante%2014&tipo_busca=sumulas&id_content=39#s_procurado. Acesso em: 3 nov. 2022.