

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

GUILHERME MOREIRA COSTA

**A ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE
OBTENÇÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL À LUZ DO DIREITO À
INTIMIDADE, NOS DITAMES DA LEI Nº 9.296/1996**

São Luís
2017

GUILHERME MOREIRA COSTA

**A ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE
OBTENÇÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL À LUZ DO DIREITO À
INTIMIDADE, NOS DITAMES DA LEI Nº 9.296/1996**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gláucio Fernando Barros Cunha

São Luís
2017

**Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA**

Costa, Guilherme Moreira.

A admissibilidade da interceptação telefônica como meio de obtenção de prova no processo penal à luz do direito à intimidade, nos ditames da Lei nº 9.296/1996 / Guilherme Moreira Costa. - 2018.

54 f.: il.

Orientador(a): Gláucio Fernando Barros Cunha
Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

1. Interceptação telefônica. 2. Prova. 3. Direito à intimidade. I. Cunha, Gláucio. II. Título

GUILHERME MOREIRA COSTA

**A ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE
OBTENÇÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL À LUZ DO DIREITO À
INTIMIDADE, NOS DITAMES DA LEI Nº 9.296/1996**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Gláucio Fernando Barros Cunha (Orientador)

(Examinador 1)

(Examinador 2)

AGRADECIMENTOS

Ao término desta monografia, eu não posso deixar de agradecer a todos que fizeram parte desta conquista. Sem vocês, nunca teria chegado até aqui!

Agradeço a Deus por mais esta graça que ele proporcionou em minha vida. Ele que sempre me guiou, que intercedeu em todos os meus passos, que me amparou nos momentos mais difíceis, permitiu que eu conquistasse esta vitória!

À minha mãe, que nunca mediu quaisquer esforços para garantir a minha educação. Ela, que pôs meu sucesso e de minha irmã como seu principal objetivo de vida. Ela, que sempre esteve ao meu lado, seja para incentivar, comemorar ou cobrar. Mãe, a senhora é a pessoa mais forte e batalhadora que conheço. Estas breves palavras são pouco para agradecer por tudo que você fez e faz por mim.

Ao meu pai, por todo o apoio e por sempre desejar o melhor para mim. Serei eternamente grato!

À minha irmã e também melhor amiga, por todo o companheirismo, por todas as lições e por toda a paciência ao me ajudar ao longo deste curso. A você toda a minha admiração!

A todos os meus familiares e amigos, que sempre torceram por mim e comemoraram comigo as minhas vitórias.

A todos da Advocacia-Geral da União e do Ministério Público do Estado do Maranhão, por todo o conhecimento que me foi repassado e pelo prazeroso convívio diário. Neste último Órgão, tive a oportunidade de estagiar já no último ano de curso e, sem dúvida, contribui muito para a definição dos meus anseios profissionais.

Ao meu orientador, pela presteza e por todo o auxílio no acompanhamento deste trabalho.

Obrigado!

RESUMO

Este estudo monográfico, que se utiliza de doutrinas, jurisprudências e informações disponíveis em meios eletrônicos, discorre acerca do instituto da interceptação de comunicações telefônicas, previsto no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal e regulado pela Lei nº 9.296/1996, como meio de obtenção de prova para o processo penal, em observância ao direito fundamental à intimidade. Para isso, aborda a questão da produção das provas no processo penal, examinando a aplicação do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, a fim de permitir o uso de provas ilícitas, desde que sopesado no caso concreto. Ademais, traz à baila a análise dos direitos fundamentais, sobretudo o direito fundamental à intimidade e a sua possibilidade de flexibilização perante outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento pátrio. Por fim, explanam-se os requisitos e as peculiaridades da Lei nº 9.296/1996 para a utilização da interceptação telefônica de forma lícita, servindo como importante ferramenta para produção de provas ao processo penal.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Prova. Direito à intimidade.

ABSTRACT

This monographic study, which uses doctrine, jurisprudence and informations available in electronic media, develops the interception of telephone communication institute, provided by Law in item XII, art. 5, of the Federal Constitution and regulated by Law No. 9.296/1996, as a means of obtaining evidence in criminal proceedings, in compliance with the fundamental right to intimacy. For this, analyzes the issue of the production of evidence in criminal proceedings, examining the application of the principle of proportionality/ reasonableness to allow the use of illegal evidence, provided that is weighed the specific case. Moreover, the study analyzes the fundamental rights, mainly the fundamental right to intimacy and its possibility of flexibility in relation to other rights equally protected by the national law. Finally, analyzes the requirements and peculiarities of the Law No. 9.296/1996 for the use of telephone interception in a licit manner, serving as an important tool for production evidence in criminal proceedings.

Key words: Telephone interception. Evidence. Right to intimacy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	PROVAS NO PROCESSO PENAL	10
2.1	Conceito de prova	10
2.2	Finalidade da prova	10
2.3	Fonte de prova, meio de prova e meio de obtenção de prova	11
2.4	Encontro fortuito de provas	12
2.5	Admissibilidade ou não das provas ilícitas e ilegítimas	14
2.5.1	Prova ilícita por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada ou teoria da ilicitude por derivação ou teoria da mácula)	16
2.5.2	Princípio da razoabilidade/proporcionalidade	17
2.5.2.1	<i>Princípio da razoabilidade/proporcionalidade em prol da sociedade</i>	18
2.5.2.2	<i>Princípio da proporcionalidade/razoabilidade em prol do réu</i>	19
2.6	Sistemas de valoração das provas	20
2.6.1	Sistema da íntima convicção do magistrado/certeza moral do juiz	20
2.6.2	Sistema da prova tarifada ou da certeza moral do legislador	21
2.6.3	Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional	22
3	DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E O ADVENTO DA LEI DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	24
3.1	Conceito de direito fundamental	24
3.2	Breve evolução histórica dos direitos fundamentais	24
3.3	A relativização dos direitos fundamentais	26
3.4	O direito à intimidade	27
3.5	O advento da Lei nº 9.296/1996	28
3.6	A intertemporalidade da Lei nº 9.296/1996	29
3.7	Conceito, natureza jurídica e finalidade da interceptação telefônica (<i>strictu sensu</i>)	30
3.8	A gravação telefônica, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental	32
4	AS PECULIARIDADES DA LEI Nº 9.296/1996	34
4.1	Requisitos da Lei nº 9.296/1996	34
4.2	Iniciativa	36
4.3	O procedimento das interceptações telefônicas	37

4.4	Autorização judicial	39
4.5	Segredo de Justiça da interceptação telefônica e o segredo profissional do advogado	41
4.6	Prazos da interceptação telefônica	42
4.7	Transcrição da gravação telefônica	43
4.8	Inutilização de gravação telefônica.....	45
4.9	Caso concreto de interceptação telefônica fora dos parâmetros legais	45
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

O destaque dado atualmente à interceptação de comunicações telefônicas é fruto de sua utilização cada vez maior como instrumento de obtenção de provas, servindo-se o juiz deste importante recurso nas fases da persecução penal, no intuito de formar seu convencimento e elaborar a sentença condenatória.

Estudar Direito é estudar a evolução da sociedade. A partir da segunda metade do século XX, o homem passou a utilizar a via telefônica para se comunicar, e, gradativamente, este mecanismo se disseminou na sociedade. Dessa forma, a interceptação dessas comunicações telefônicas se revela uma ferramenta bastante útil para fornecer provas ao processo penal.

No entanto, a interceptação telefônica encontra limitação no direito fundamental à intimidade, igualmente protegido no ordenamento jurídico. Uma persecução penal ilimitada, desrespeitadora de direitos e garantias individuais é desarrazoada, configurando-se regressão ao período ditatorial.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, estabeleceu o direito fundamental à intimidade e o sigilo das comunicações telefônicas, estipulando a indevassabilidade da vida pessoal do interceptado. Ocorre que o citado artigo da legislação constitucional também estabelece que o direito fundamental à intimidade pode ser relativizado, desde que haja ordem judicial e lei regulamentadora.

Nesse contexto, a proposta deste trabalho monográfico é analisar as formas lícitas de interceptação telefônica, disciplinadas na Lei nº 9.296/1996.

Por sua vez, a problemática encontra-se no conflito entre a interceptação de comunicações telefônica e o direito à intimidade, sendo este meio de obtenção de prova lícito, na medida em que respeita a legislação correspondente.

Além disso, a presente pesquisa discute aspectos polêmicos das interceptações telefônicas, como a sua admissibilidade em casos ilícitos, desde que em benefício do réu, observado o princípio da proporcionalidade/razoabilidade.

Outros pontos polêmicos das interceptações telefônicas trazidos ao estudo referem-se à iniciativa para propositura da medida e a duração da interceptação.

Para implementar o estudo, a metodologia inclui vasta doutrina, na qual se destacam notadamente os autores Renato Brasileiro, Nestor Távora, Luís Flávio Gomes, Sílvio Amaral, José Afonso da Silva, Guilherme Nucci, Paulo Rangel, Aury Lopes Júnior,

Alexandre de Moraes, dentre outros que subsidiaram sobremaneira o melhor trato do tema. Busca-se também o auxílio de informações disponíveis em meios eletrônicos.

Ainda, o presente trabalho utiliza a pesquisa documental em documentos públicos como legislações e jurisprudências.

Quanto à sua estrutura, esta monografia se apresenta em cinco capítulos, nos quais estão inclusos a introdução e as considerações finais.

O segundo capítulo se dedica à análise das provas, desde seu conceito, fontes, finalidades, admissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas, à luz do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, culminando nos sistemas de valoração das provas.

Já o terceiro capítulo aborda a evolução histórica dos direitos fundamentais, detalha o direito à intimidade e o contexto histórico que culminou no advento da Lei nº 9.296/1996. Ademais, analisa o conceito e a natureza jurídica da interceptação telefônica e a diferencia das demais modalidades de interceptações e gravações.

Por fim, o quarto capítulo explana as peculiaridades e requisitos da Lei nº 9.296/1996, passando pela iniciativa, procedimento, sigilo, prazos, transcrição e inutilização das interceptações telefônicas, bem como análise do caso concreto em que ocorreram interceptações telefônicas nas conversas entre os ex-presidentes Lula e Dilma Rouseff.

2 PROVAS NO PROCESSO PENAL

No processo penal, as provas têm a função de tentar reconstruir os fatos ocorridos, visando ao convencimento do magistrado. A investigação, produção e valoração de tais provas devem seguir as regras legais da persecução penal.

2.1 Conceito de prova

Prova é tudo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, a fim de demonstrar, com veracidade, os fatos alegados pelas partes no processo.

O processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carreado aos autos. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 560).

Já Lima (2016, p. 793) afirma que a prova deriva das ideias de verificar, inspecionar, examinar e está associada ao campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro.

Dessa forma, por meio de um arranjo probatório sólido, dentro do que é trazido aos autos, pode-se alcançar uma verdade viável e produzir uma condenação.

Cabe frisar que a produção da prova pressupõe um procedimento assegurador de ampla defesa e contraditório às partes (ainda que diferido, uma vez que em relação ao laudo pericial, os assistentes técnicos se manifestam, quando o mesmo já foi elaborado pelo perito), além de ocorrer no curso do processo judicial.

Importante destacar que a prova não se confunde com os elementos de informação, que são colhidos no bojo de inquérito policial, sem a observância plena do contraditório e ampla defesa. Acerca dos elementos de informação, Lima (2016, p. 795) afirma: “Não obstante, tais elementos informativos são de vital importância para a persecução penal, pois podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado, bem como auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação”.

2.2 Finalidade da prova

As provas visam reconstruir, ao máximo, os fatos e, desse modo, formar o convencimento do órgão julgador para a resolução da demanda. “A prova, assim, é a

verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz” (RANGEL, 2015, p. 462).

2.3 Fonte de prova, meio de prova e meio de obtenção de prova

Fonte de prova são as pessoas (ofendido, acusado, perito, testemunha) ou coisas (documentos em sentido amplo) das quais se emanam as provas. Tudo que possa servir para esclarecer o fato criminoso é fonte de prova. Elas são anteriores ao processo, ou seja, derivam do fato delituoso independentemente da existência do processo. A partir delas é possível o conhecimento, por exemplo, de quais pessoas presenciaram o fato e podem servir como testemunhas. Estas, por sua vez, são introduzidas ao processo através dos meios de prova.

Em sua obra, Távora e Alencar (2015, p. 561) lecionam: “[...] a transcrição de interceptação telefônica pode ser fonte de prova quando indica fato delituoso diverso do apurado, servindo como notícia do crime para outra investigação autônoma.”

Em relação aos meios de prova, conforme os ensinamentos de Badaró (2012), os documentos e as testemunhas são fontes de provas, mas a sua incorporação ao processo, isto é, as declarações das testemunhas são meios de prova. O autor também cita o exemplo do livro contábil como fonte de prova e a perícia contábil como meio de prova.

Portanto, meio de prova é uma atividade endoprocessual, que se desenvolve na presença do magistrado, destinando-se à produção da prova de forma imediata, sob o manto de proteção do contraditório e da ampla defesa.

Cabe frisar que os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos. O Código de Processo Penal prevê: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (BRASIL, 1941, não paginado). Ressalta-se que, para o professor Nucci (2008, p. 389-390), os meios de prova ilícitos não se limitam ao disposto no Código de Processo Penal:

[...] os meios ilícitos abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.

Por sua vez, os meios de obtenção de prova ou meios de investigação de prova são, em regra, extraprocessuais (não há rigor na observância da ampla defesa e do

contraditório) e visam obter fontes de prova ou meios de prova. Além disso, podem ser realizados por funcionários diferentes do juiz, a exemplo das autoridades policiais.

O doutrinador Lima (2016) exemplifica os meios de obtenção de prova como uma busca domiciliar determinada pelo juiz e, assim que os documentos frutos desta apreensão são juntados aos autos, tornam-se meios de prova. O autor cita, ainda, as interceptações telefônicas também como meio de obtenção de prova.

Como citado anteriormente, Távora e Alencar (2015) afirmam que a interceptação telefônica pode ser fonte de prova ao revelar fato novo diverso do investigado, mas o autor também afirma que é a interceptação telefônica pode ser meio de obtenção de prova, pois é mais costumeiro que essa técnica se destine a encontrar elementos de informação do crime investigado que outros crimes que, porventura, podem ser descobertos.

Importante destaque dos meios de investigação está relacionado ao seu *modus operandi*, vez que, em regra, eles podem ser realizados sem comunicação à parte contrária e essa surpresa auxilia na obtenção de fontes de prova, o que é grande valia na persecução penal de fatos delituosos cada vez mais complexos.

Esta distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova merece ainda mais destaque, uma vez que existem diferentes consequências no caso de possíveis irregularidades ocorridas no momento de sua produção, como será analisado mais afundo no subcapítulo seguinte.

Deveras, eventuais vícios quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de qualquer meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante de violação de regras relacionada à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157, *caput*). (LIMA, 2016, p. 801).

2.4 Encontro fortuito de provas

Importante abordar no presente estudo o fenômeno do encontro fortuito de provas relativo a fato delituoso diverso daquele que é objeto das investigações, também conhecido por princípio da serendipidade (TÁVORA; ALENCAR, 2015). Tal princípio ocorre no momento em que a autoridade policial encontra, inesperadamente, provas/fonte de prova relativas a infração penal diferente da infração investigada ou a novas pessoas

que ainda não eram alvo das investigações. Nestes casos, surge a discussão acerca da validade da prova casualmente obtida.

Para exemplificar, Rangel (2015) cita a situação de um juiz que autoriza a infiltração policial em um crime de entorpecentes e o agente descobre também um crime de contrabando. Outro exemplo é a autorização de interceptação telefônica para investigar o planejamento de um crime de roubo a banco e a autoridade policial descobre diversos homicídios praticados pela organização criminosa em diferentes contextos.

No caso em tela, surge a discussão se o Estado poderia fechar os olhos para os crimes de contrabando, bem como para os homicídios. Conforme Paulo Rangel, a investigação feita dentro dos padrões normais de legalidade não pode desconsiderar que, para o tráfico de entorpecentes, se faz mister o contrabando e prossegue afirmando que, como há conexão com o tráfico, crime que motivou a infiltração policial, esta pode servir como prova de ambos os crimes.

Em relação ao segundo exemplo, Távora e Alencar (2015) afirmam que se a investigação aferir que o fato novo descoberto não tem conexão com o crime investigado, não servirá como prova, mas como fonte de prova, ou seja, *notitia criminis* apta a deflagrar outra investigação sobre o novo crime.

Acerca da descoberta de novas pessoas envolvidas que não eram alvo da investigação e não houve, portanto, prévia autorização judicial para investigá-las, Lima (2016, p. 1014) diz que está caracterizada a continência por cumulação subjetiva, prevista no Código de Processo Penal: “Art. 77 A competência será determinada pela continência quando: I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração”. Com base nesta posição, o autor sustenta que a prova ilícita obtida por meio da interceptação telefônica é válida.

Portanto, a teoria do encontro fortuito de provas ou princípio da serendipidade é bastante útil para a persecução penal, sobretudo para as interceptações telefônicas, uma vez que é comum que estas, quando autorizadas pelo magistrado, constatarem outros crimes diversos do que as motivaram.

Para corroborar o explicitado, segue a lição da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (2008, não paginado):

Mas no curso da captação da comunicação telefônica ou telemática podem surgir outros fatos penalmente relevantes, distintos da “situação objeto da investigação. Esses fatos podem envolver o investigado ou outras pessoas. De outro lado, podem aparecer outros envolvidos com o mesmo fato investigado, ou com outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação. É nisso que

consiste o fenômeno da serendipidade que consiste em procurar algo e encontrar coisa distinta (buscar uma coisa e descobrir outra, estar em busca de um fato ou uma pessoa e descobrir outro ou outra por acaso).

[...]

Conclusão: se o fato objeto do “encontro fortuito” é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório, inclusive quanto ao fato extra descoberto. Essa prova deve ser valorada pelo juiz. Exemplo: autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecentes; descobre-se fortuitamente um homicídio, em conexão teleológica. De outra parte, se se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art. 77), também é válido tal meio probatório. Nessas duas hipóteses, em suma, a transcrição final da interceptação feita vale legitimamente como meio probatório e serve para afetar o princípio da presunção de inocência.

2.5 Admissibilidade ou não das provas ilícitas e ilegítimas

Assim como qualquer outro direito fundamental, o direito à prova não é absoluto. Encontra limitações nos demais direitos que são igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico. Não é razoável uma persecução penal ilimitada, na qual os fins justificam meios, violadora de direitos e garantias constitucionais, sob pena até de retorno ao período ditatorial, o que é antagônico ao Estado Democrático de Direito. O art. 5º da Constituição Federal, inciso LVI estabelece: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988, não paginado).

De acordo com as lições de Távora e Alencar (2015, p. 571), é indispensável a observância das regras do jogo de produção de prova, haja vista que o ordenamento jurídico pátrio não aceita que, em nome da justiça ou de valores sociais, o acusado seja punido de toda maneira, sem o acatamento do devido processo legal.

Acerca das provas ilícitas, o Ministro Celso de Melo manifestou sua opinião:

[...] a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘*due process of law*’, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘*male captum, bene retentum*’. (BRASIL, 2007, não paginado).

O doutrinador Moraes (2014) propõe a seguinte classificação para as provas inadmissíveis: as provas ilegais são o gênero, ao passo que as provas ilícitas e as ilegítimas são as espécies. Estas são obtidas com transgressão ao direito processual e aquelas obtidas com transgressão ao direito material.

Nesse sentido, exemplo de prova ilícita seria a confissão obtida mediante tortura. Já exemplo de prova ilegítima seria o laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial, tendo que em vista que o Código de Processo Penal dispõe: “Art. 159, § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica [...]” (BRASIL, 1941, não paginado).

Ressalta-se que para Rangel (2015, p. 474), além da classificação acima, existiriam as provas irregulares que, segundo o professor, seriam as provas permitidas pela legislação processual, mas na sua produção, as formalidades legais não seriam atendidas.

São irregulares as provas que, não obstante admitidas pela norma processual penal, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes. Quer-se dizer, embora a lei processual admita (não proíba) um determinado tipo de prova, ela exige, para sua validade, o cumprimento de determinadas formalidades que não são cumpridas.

No entanto, na forma dos ensinamentos de Távora e Alencar (2015), que segue a classificação de Moraes (2014), a posição de Rangel (2015) de dividir as provas ilícitas também em irregulares é desnecessária, uma vez que as provas irregulares violam as normas processuais e são, portanto, ilegítimas.

Cabe pontuar no presente estudo que a reforma do sistema probatório, por meio da Lei nº 11.690/2008, modificou o art. 157 do Código de Processo Penal, o qual passou a constar da seguinte forma: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941, não paginado).

Essa reforma legislativa trouxe celeuma doutrinário em relação às consequências das ilegalidades das provas, visto que a nova redação da lei determina a inadmissibilidade e conseqüente desentranhamento das provas ilícitas, violadoras de normas constitucionais e legais. Assim, a nova redação do dispositivo não esclarece se se refere às normas materiais ou processuais.

De um lado, uma corrente doutrinária entende que a alteração da lei faz alusão às provas materiais e processuais. Dessa forma, qualquer violação ao devido processo

legal acarreta o reconhecimento da ilicitude da norma. Há precedente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *'male captum, bene retentum'*. (BRASIL, 2006a, não paginado).

No entanto, outra parcela da doutrina, que parece ser a mais abalizada, se filia à interpretação mais restritiva do dispositivo, ou seja, a nova redação se refere apenas às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas, a teoria das nulidades. Segue o posicionamento de Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2011, p. 127):

[...] não parece ter sido a melhor a opção da Lei nº 11.690/2008, ao definir a prova ilícita como aquela 'obtida em violação a normas constitucionais ou legais' (nova redação do art. 157 CPP). A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe a sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP.

Em relação às provas ilegítimas, de acordo com a maior parte da doutrina, resolve-se seguindo os procedimentos da teoria das nulidades. Dessa forma, a nulidade absoluta pode ser arguida a qualquer tempo, enquanto não houver sentença condenatória. Nas hipóteses de sentença condenatória ou absolutória imprópria, a nulidade pode ser arguida a qualquer momento por meio da revisão criminal.

Já a nulidade relativa deve ser sustentada em momento oportuno, sob pena de preclusão, e deve haver a indispensável comprovação do prejuízo. Contudo, se a nulidade relativa for sanada ou houver preclusão em face de sua não arguição em momento oportuno, a prova ilegítima poderá ser validamente utilizada, tanto pela acusação, como pela defesa.

2.5.1 Prova ilícita por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada ou teoria da ilicitude por derivação ou teoria da mácula)

Consoante Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001), a prova obtida de forma ilícita, em observância aos princípios e normas constitucionais, transmite a sua ilicitude às provas derivadas, provocando o seu banimento do processo.

Esta teoria surgiu a partir do precedente do caso SILVERTHORNE LUMBER CO, de 1920, no qual a Suprema Corte Norte Americana declarou inválida uma intimação que foi expedida a partir de uma informação obtida de uma busca ilegal. Posteriormente, em 1939, no caso NARDONE v. US, a teoria foi cunhada de frutos da árvore envenenada, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os frutos.

No Brasil, a teoria foi adotada em 1999 pelo Supremo Tribunal Federal:

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que, sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – *contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta*. Habeas corpus concedido. (BRASIL, 1999, não paginado, grifo nosso).

Com o advento da Lei nº 11.690/2008, a teoria passou a constar expressamente no ordenamento pátrio: “Art. 157, §1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.” (BRASIL, 1941, não paginado).

Portanto, resta evidente que o ordenamento jurídico adota a prova ilícita por derivação, vez que o Estado não pode apurar um fato da forma que lhe parece mais conveniente, mas respeitando todos os direitos e garantias constitucionalmente protegidos (RANGEL, 2015).

A título de exemplo da teoria ora analisada, Nucci (2015) cita uma interceptação telefônica ilegal efetivada que colhe dados acerca da localização de coisa furtada e, após a obtenção de mandado judicial, a polícia invade o local e apreende o material. Como explica o professor, a apreensão do material está eivada de vício, uma vez que a prova primária é ilegal e, se a segunda prova for aceita como lícita, estar-se compactuando com o ilícito.

2.5.2 Princípio da razoabilidade/proporcionalidade

Sobre os princípios e as normas constitucionais, seguem os ensinamentos de Alexy (2008, p. 117):

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima de proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência

de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para relativização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

O intérprete da norma deve levar em consideração, dentre os bens jurídicos tutelados, o de maior relevância para o caso concreto. Dessa forma, no âmbito do processo penal, o julgador necessita ponderar entre o *jus puniendi estatal* e a legalidade na produção probatória.

2.5.2.1 Princípio da razoabilidade/proporcionalidade em prol da sociedade

A aplicação deste princípio em prol da sociedade é aceita por pequena parcela da doutrina. Barbosa Moreira, que se filia ao posicionamento dessa minoria, é a favor da flexibilização de direitos fundamentais para o uso de provas ilícitas nas hipóteses de crime organizado.

Moreira (1997) se manifesta no sentido de que as sociedades contemporâneas enfrentam o fortalecimento da criminalidade organizada e que, inclusive, no Brasil, certos traficantes estão mais bem armados que a polícia, coibindo testemunhas e impondo suas próprias regras nas áreas de seus domínios. Assim, a fim de trazer equilíbrio processual para a relação acusação/defesa, em determinados casos, é possível a flexibilização de direitos fundamentais.

Segue julgado do Supremo Tribunal Federal, que neste caso, ponderou pelo princípio da proporcionalidade, permitindo provas ilícitas a favor da acusação.

Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. (BRASIL, 2001a, não paginado).

Em que pese a opinião do nobre professor, bem como o julgado isolado acima exposto, a admissibilidade de provas ilícitas, conferindo ao Estado ampla e irrestrita liberdade para violar direitos fundamentais, ainda é rechaçada pela imensa parcela da doutrina. Tratando-se de perigosos precedentes, poderia resultar na reiteração de julgados redutores de direitos e garantias individuais, sob a justificativa de combate ao crime organizado. Além disso, tornaria letra morta o dispositivo art. 5º, inciso LVI da Carta Magna, alhures.

É oportuno trazer ao presente estudo o pensamento de Barroso (1998, p. 162):

O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País. [...] Embora a ideia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de 'lege ferenda', enveredar por flexibilizações arriscadas.

2.5.2.2 Princípio da proporcionalidade/razoabilidade em prol do réu

Em regra, a doutrina e a jurisprudência admitem a aplicação do princípio da proporcionalidade a fim de permitir o uso de provas ilícitas em favor do réu. Os direitos constitucionais de defesa e a presunção de inocência se sobrepõem ao direito de punir do Estado.

Com efeito, seria inadmissível o Estado condenar injustamente um indivíduo inocente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova oriunda de meios ilícitos. Ademais, ao Estado não interessa a condenação de um inocente, mas a punição do criminoso. Exemplificando: o direito à liberdade de locomoção se prioriza em detrimento do direito à intimidade, concretizado pelo sigilo das comunicações. Ora, é muito mais abominável condenar um inocente que relativizar o direito à intimidade (LOPES JÚNIOR, 2016).

Rangel (2015, p. 488) propõe a Teoria da Exclusão da ilicitude para justificar o uso da prova ilícita. O réu estaria amparado pela legítima defesa ou pelo estado de necessidade, a depender do caso concreto, assim, a prova não poderia ser considerada ilícita. O autor diz que pode ser admitida uma interceptação telefônica sem ordem judicial, desde que destinada a fazer prova da inocência do réu em processo penal.

No mesmo sentido estão as lições de Oliveira (2008, p. 283):

[...] quando a obtenção da prova é feita pelo próprio interessado (o acusado), ou mesmo por outra pessoa que tenha conhecimento da situação de necessidade, o caso será de exclusão da ilicitude, presente, pois, uma das causas de justificação: o estado de necessidade. Mas mesmo quando a prova for obtida por terceiros sem o conhecimento da necessidade, ou mesmo sem a existência da necessidade (porque ainda não iniciada a persecução penal, por exemplo), ela poderá ser validamente aproveitada no processo, em favor do acusado, ainda que ilícita a sua obtenção. E assim é porque o seu não-aproveitamento, fundado na ilicitude, ou seja, com a finalidade de proteção do direito, constituiria um insuperável paradoxo: a condenação de quem se sabe e se julga inocente, pela qualidade probatória da prova obtida ilicitamente, seria, sob quaisquer aspectos, uma

violação abominável ao Direito, ainda que justificada pela finalidade originária de sua proteção (do Direito).

Por fim, cabe reforçar que o julgador, no emprego do princípio da proporcionalidade/razoabilidade no processo penal, precisar agir com imensa sensibilidade, uma vez que a flexibilização de garantias pode ensejar um Estado instável e intolerante, o que pode equiparar o Estado ao infrator.

Sendo assim, a doutrina, de forma quase uníssona, tolera a aplicação do princípio da razoabilidade somente no que tange à preservação dos interesses do acusado. Ou seja, uma prova ilícita funcionando em favor da inocência, para inibir uma condenação descabida. É claro que é necessário avaliar os meios jurídicos utilizados para produção dessa prova, os bens jurídicos violados e o grau de contribuição para demonstrar a inocência do réu.

Frisa-se a concepção de Lopes Júnior (2007, p. 568):

[...] a prova ilícita utilizada para demonstrar a inocência, amparada pela proporcionalidade, não pode servir para prejudicar terceiros. Os efeitos são limitados à obtenção da inocência, não cabendo a utilização desta prova para demonstrar a culpa de outrem, no mesmo ou em outro processo, pois seria verdadeira proporcionalidade às avessas.

Portanto, o Poder Público não pode agir imoderadamente. Tendo em vista que a atividade estatal está limitada pela razoabilidade e pelos diversos direitos e garantias constitucionais, é indispensável que o Estado, durante a persecução penal, não extrapole os liames legais.

2.6 Sistemas de valoração das provas

A gestão da prova e sua apreciação pelo magistrado está diretamente associada ao sistema de valoração da prova adotado pelo ordenamento jurídico (TÁVORA; ALENCAR, 2015). Este sistema indica a forma como a autoridade judicial está (ou não) vinculada a determinada modalidade de prova.

2.6.1 Sistema da íntima convicção do magistrado/certeza moral do juiz

Na forma das lições de Lima (2016), neste sistema o juiz tem plena liberdade para julgar, despido de qualquer limite. Ele pode trazer suas íntimas convicções para o processo penal, utilizando, por exemplo, critérios religiosos, culturais, científicos, etc.

Não há necessidade da fundamentação das decisões. As provas não possuem qualquer valor probatório. Sendo assim, o julgador pode decidir contrariamente às provas.

Em regra, este sistema não foi adotado pela Constituição Federal de 1988.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: X todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988, não paginado, grifo nosso).

Ressalta-se que, no âmbito do júri, a Constituição prevê exceção a esta regra, adotando o sistema ora analisado. “XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos.” (BRASIL, 1988, não paginado). O Conselho de Sentença está, pois, dispensado de fundamentar sua decisão, podendo seguir critérios subjetivos, o que simboliza o sistema da íntima convicção.

2.6.2 Sistema da prova tarifada ou da certeza moral do legislador

De acordo com o professor Rangel (2015), o sistema da íntima convicção foi abandonado pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, vez que se revelou um verdadeiro atentado contra os indivíduos, que eram submetidos ao livre arbítrio do julgador. Diante disso, o legislador, desconfiando o juiz, passou a estabelecer previamente o valor de cada prova, não dando margem para discricionariedade, adotando-se a partir de então, o sistema da prova tarifada ou da certeza moral do legislador.

Este método de valoração de provas é típico do sistema inquisitivo e estabelece que as provas possuem valor fixado previamente pelo legislador. O magistrado age de forma vinculada. Dessa forma, cabe ao juiz apenas aplicar o valor do conjunto probatório estabelecido em lei, o que aniquila a liberdade de apreciação do magistrado.

A concepção de confissão como rainha das provas deriva desse sistema de apreciação. Tal ideia estabelece o absurdo de que, por exemplo, as declarações de diversas testemunhas não devam ser levadas em consideração se contrariam a confissão do réu.

Verifica-se resquício deste sistema no ordenamento jurídico pátrio no Código de Processo Penal: “Art. 155. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.” (BRASIL, 1941, não paginado).

Lima (2016) comenta o artigo acima referido ao citar o exemplo do advogado que quer provar que seu cliente está morto, não podendo fazê-lo por prova testemunhal, mas tão somente pela juntada da certidão de óbito. Assim, quanto ao estado das pessoas, o juiz só pode se fundamentar por meio das regras estabelecidas pelo legislador.

2.6.3 Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional

O legislador, percebendo seu erro em preestabelecer valor aos meios de prova, impondo ao juiz um critério de avaliação em que não se lhe dava liberdade para decidir de forma contrária ao que estava patente ser errado, procurou um novo sistema em que se reunisse o da íntima convicção e o da certeza legal. Surge, assim, o do livre convencimento. (RANGEL, 2015, p. 520).

Este é o sistema vigente no ordenamento jurídico brasileiro, o qual determina que o juiz está livre para apreciar e valorar as provas, desde que suas decisões sejam devidamente fundamentadas, bem como estejam em observância ao conjunto normativo pátrio.

O sistema da persuasão racional está previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, alhures, bem como no Código de Processo Penal: “Art. 155, caput: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação [...]” (BRASIL, 1941, não paginado).

Conforme Greco Filho (2012) leciona em sua obra, a obrigação de fundamentar do julgador permite às partes aferir se a convicção do magistrado foi extraída das provas dos autos, bem como os motivos legais que levaram à sua decisão.

Sendo assim, as provas não têm valor previamente estabelecido. O juiz analisa o caso concreto, porém não forma sua convicção com absoluta liberdade. Ele deve arrimar seu entendimento ao conjunto probatório constante nos autos o qual, por sua vez, deve respeitar os procedimentos da persecução penal.

Nesse sentido, Gomes Filho (2008, p. 249) pondera:

[...] a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável.

Lima (2016, p. 835) destaca as consequências da adoção do livre convencimento motivado, em suma, aduzidas:

- a. O magistrado, em sua fundamentação, deve valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que para refutá-las, uma vez que as partes possuem o direito de verem apreciados todos os seus argumentos e provas.
- b. Não há hierarquia de provas, ou seja, todas provas têm valor relativo. Dessa forma, a confissão não pode ser considerada a rainha das provas. O seu valor deve ser apreciado pelo juiz em decisão devidamente fundamentada.
- c. Somente são válidas as provas constantes dos autos. Conhecimentos privados do magistrado não podem ser considerados.

Por derradeiro, cita-se o pensamento de Lopes Júnior (2016, p. 310) sobre o assunto: “[...] o livre convencimento é, na verdade, muito mais *limitado* do que *livre*. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle.”

3 DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E O ADVENTO DA LEI DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O direito fundamental à intimidade está previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Todavia, o inciso XII, do mesmo artigo prevê a relativização deste direito, por meio da violação das comunicações telefônicas, desde que haja lei regulamentadora, o que resultou no surgimento da Lei nº 9.296/1996, que regula as interceptações telefônicas.

3.1 Conceito de direito fundamental

Canotilho (1994) afirma que os direitos fundamentais são os direitos de defesa dos cidadãos em duas perspectivas: no plano jurídico-objetivo são as normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo a interferência do Estado na esfera jurídica individual; no plano jurídico-subjetivo é o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais, como liberdades positivas.

3.2 Breve evolução histórica dos direitos fundamentais

Consoante as lições de Silva (2007), as condições reais e históricas (objetivas ou materiais) aliadas às concepções doutrinárias e filosóficas dos séculos XVII e XVIII propiciaram o surgimento dos direitos fundamentais.

Silva (2007) leciona que, à época, as nações eram regidas por monarquias absolutistas, estagnadoras e petrificadas, nas quais o Governante concentrava todos os poderes, o que se chocava com a nova sociedade que surgia, tendente a uma expansão comercial e cultural. Neste contexto de insurgência contra os desmandos estatais, surgiram os direitos fundamentais de primeira dimensão, aqueles protetores dos direitos e garantias individuais das pessoas, em especial a liberdade.

As condições subjetivas ou ideológicas deste período também influenciaram diretamente nesta mudança de sistema de Poder do Estado, o qual deixou de ser autoritário e passou a ser garantidor das liberdades individuais, também conhecido por negativismo estatal.

Exemplo dessas condições ideológicas são as doutrinas de direito natural dos séculos XVII e XVIII, de natureza racional, como o Iluminismo, com suas ideias sobre a

ordem natural e exaltação dos valores individuais do homem, além do ressurgimento das concepções do cristianismo primitivo, que propagavam as mensagens de libertação do homem e a dignidade como direito de todas as pessoas (SILVA, 2007).

Assim como o referido Silva (22007), Bonavides (2016, p. 562-563) afirma que os direitos fundamentais de liberdade são, na essência, direitos do homem, que os possui, de forma isolada e livre de quaisquer interferências do Estado, o qual deixa de ter poderio ilimitado.

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade da pessoa humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela primeira vez, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célere Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

[...]

Os direitos da 1ª Geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

O renascimento das atividades mercantis dos Estados e a impulsão da economia provocaram o surgimento de um proletariado amplo, sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Com isso, as lutas dessa classe oprimida, operária, proporcionaram o surgimento dos direitos fundamentais de 2ª Dimensão, que são os direitos econômicos e sociais, que suscitaram atuações positivas do Estado, isto é, políticas públicas destinadas a assegurar educação, moradia, saúde, dignidade de trabalho, dentre outras.

Posteriormente, surgiram os direitos fundamentais de terceira dimensão, os quais tutelam os direitos difusos, tais como: o meio ambiente equilibrado, a paz e a solidariedade. O Ministro Celso de Melo explica:

[...] direitos de terceira geração que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas formações sociais consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (BRASIL, 1995, não paginado).

Portanto, os direitos constitucionais presentes nas Cartas Políticas são frutos de um processo dinâmico e ascendente, entrecortado de eventuais recuos, conforme a natureza e o modelo de sociedade, mas permitindo visar o reconhecimento formal dos direitos fundamentais e, progressivamente, sua concretização (BONAVIDES, 2016).

3.3 A relativização dos direitos fundamentais

Segundo os ensinamentos do doutrinador Moraes (2014), os direitos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais, não podem servir como escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, tampouco para o afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal, sob pena de total desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

Com isso, o nobre autor, em observância ao princípio da razoabilidade acima estudado, estabelece que os direitos fundamentais não são absolutos e têm a obrigação de respeitar os demais direitos igualmente consagrados na Constituição.

Igualmente, Barroso (2015) posiciona-se no sentido da flexibilização desses direitos e que, no caso de conflitos, a solução deve estar prevista na Constituição, na lei desde que previsto na Constituição, ou cabe ao intérprete da norma a resolução da demanda.

Logo, o direito à inviolabilidade da interceptação telefônica prevista no art. 5º, inciso XII, da Carta Magna:

[...] 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.

É limitado pela Lei nº 9.296/96, que o regulamenta.

A Declaração de Direitos Humanos das Nações Unidas destaca a relatividade dos direitos fundamentais ao dispor expressamente no art. 29 de seu texto:

[...] toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, não paginado).

Portanto, como explicitado no subcapítulo sobre o princípio da proporcionalidade e reiterado no presente tópico, é possível que, em uma situação, haja mais de um direito constitucionalmente tutelado. Frente a esse conflito entre os bens jurídicos, são necessários a observância das normas constitucionais e da legislação ordinária, além da sensibilidade do julgador diante do caso concreto.

3.4 O direito à intimidade

O direito à intimidade é empregado costumeiramente como sinônimo de direito à privacidade. No entanto, a Constituição Federal distingue a intimidade de outras manifestações da privacidade. O art. 5º, inciso X estabelece: “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” (BRASIL, 1988, não paginado).

Como leciona Silva (2007), a terminologia ‘direito à privacidade’ pode ser utilizada de forma ampla e genérica, referindo-se a todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade.

Sila (2007) define a privacidade como o conjunto de informações acerca do indivíduo, o qual pode decidir guardar para si ou comunicar a terceiros, em que momento e em quais condições. Dessa forma, a esfera da inviolabilidade é ampla, abrangendo o modo de vida doméstico, nas relações familiares, afetivas, profissionais, sociais, bem como hábitos, imagens e segredos.

Além de conceituar privacidade como gênero, o doutrinador classifica as espécies de direito à privacidade previstas no art. 5º, inciso X: intimidade, vida privada, honra e imagem (BRASIL, 1988).

A intimidade se caracteriza como a esfera de vida mais secreta, na qual o indivíduo deposita seus segredos e tem o poder de evitar o conhecimento dos demais. Como exemplos têm-se os direitos à inviolabilidade de domicílio e ao sigilo de comunicações telefônicas.

Por sua vez, a esfera da vida privada (*stricto sensu*) se refere à vida exterior, isto é, as pessoas nas suas relações sociais e nas suas liberdades públicas, isto é, o que foge de seus segredos íntimos. Já a honra e a imagem tratam da dignidade da pessoa, da reputação, do respeito das pessoas perante à sociedade, o bom nome.

Enfim, a intimidade se caracteriza pelo âmbito da vida do indivíduo marcado, em regra, pela impenetrabilidade, longe da curiosidade alheia. Corroborando com isto, Moraes (2014, p. 54) afirma o seguinte: “Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas”.

3.5 O advento da Lei nº 9.296/1996

A primeira Constituição a tratar do sigilo das comunicações foi a de 1946, que o fez de maneira bem tímida, não havendo qualquer referência à comunicação telefônica. Porém, entendia-se que estava assegurada no art. 141, § 6º, dispondo acerca da garantia de inviolabilidade do sigilo à correspondência (BRASIL, 1946).

Já a Emenda Constitucional de 1969 contemplava a inviolabilidade do sigilo à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas. Esse texto constitucional, aparentemente, protegia o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas de modo absoluto, contudo, a doutrina majoritária da época adotava a posição de que era permitida a interceptação telefônica, desde que respeitado o art. 57 da Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) (GOMES; MACIEL, 2013).

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - O conhecimento dado:

a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;

b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação. (BRASIL, 1962, não paginado).

Por sua vez, a Carta de Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso XII, resguarda as comunicações telefônicas da seguinte forma:

[...] 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, 1988, não paginado).

Como se nota, a Constituição garante o direito à intimidade como regra, mas abre a possibilidade de relativização deste direito, desde que por meio de lei (reserva legal). Assim, a norma constitucional não é autoaplicável.

Ademais, como bem explicitado no julgado abaixo, a Carta Política de 1988 não recepcionou o art. 57 da Lei nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações).

O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é autoaplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. **a)** Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). **b)** O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. (BRASIL, 2000, não paginado).

Dessa forma, os anos que decorreram do surgimento da Constituição de 1988 até a criação da Lei nº 9.296/1996 foram marcados por uma zona cinzenta no ordenamento, no que se refere ao direito à intimidade e às interceptações telefônicas.

Isto porque os órgãos persecutórios do Estado pressionavam o Judiciário para contar com esse poderoso instrumento a seu favor, mas havia um eloquente silêncio legislativo. O cenário era de incursões duvidosas no âmbito da intimidade das pessoas, conseqüente desrespeito a vários direitos fundamentais, insegurança jurídica e frustração da polícia investigativa.

Como bem salienta Gomes e Maciel (2013) se fazia indispensável a criação da referida lei para coibir os abusos que, nesse campo, eram rotineiros. Os autores afirmam que, durante o período militar, a interceptação telefônica existia como uma forma reprovável de invasão à privacidade alheia. Segue trecho da obra:

Não só os integrantes do poder, aliás, valeram-se desse procedimento ilegal, se bem que por motivações óbvias (conquista ou manutenção do-poder, imposição de uma determinada ideologia, controle dos ‘perigosos’, etc.). O desrespeito a intimidade alheia também sempre pareceu conveniente para os muitos ‘particulares’ (espionagem industrial, operações políticas, casos de infidelidade conjugal etc.), que sempre puderam contar com o auxílio inclusive de policiais, particularmente dos que conquistaram know-how no tempo da repressão política. (GOMES; MACIEL, 2013, p. 20).

As sucessivas decisões da Suprema Corte em adotar uma posição garantista e em não recepcionar o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, tornando inadmissível, portanto, as interceptações telefônicas, levaram o legislador a dar mais atenção ao tema.

Em 25.07.1996, enfim, foi criada a Lei nº 9.296/1996, que descreveu um estatuto jurídico para as interceptações telefônicas, respeitando o sigilo e o direito à intimidade (GOMES; MACIEL, 2013).

3.6 A intertemporalidade da Lei nº 9.296/1996

O advento dessa lei trouxe grande celeuma em relação à tempestividade de sua aplicação, vez que é norma de caráter processual. Surgiu a discussão se a norma poderia ser aplicada para os processos já em curso ou somente para os crimes doravante praticados.

No entanto, como as normas processuais têm aplicação imediata (princípio do *tempus regit actum*), a jurisprudência e a doutrina entenderam que a nova lei poderia ser utilizada para os processos já em curso, servindo como novo meio de obtenção de prova.

Consoante Gomes e Maciel (2013), de modo algum é possível a convalidação das autorizações judiciais das interceptações telefônicas dadas antes da vigência da aludida lei,

pois estas autorizações não são regidas por lei alguma, seja porque o Código de Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/1962) não foi recepcionado, seja porque não havia lei que editava a matéria.

Portanto, a interceptação telefônica passou a poder ser realizada nos processos que já estavam em curso, porém, para que fosse revestida de licitude, fazia-se necessário que a autorização judicial fosse dada após a vigência da Lei nº 9.296/1996.

3.7 Conceito, natureza jurídica e finalidade da interceptação telefônica (*strictu sensu*)

A princípio, faz-se necessário esclarecer o que são comunicações telefônicas. O art. 1º da Lei nº 9.296/1996 dispõe:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. (BRASIL, 1996, não paginado).

Interpretando o dispositivo acima, Gomes e Maciel (2013) afirmam que as comunicações telefônicas podem ocorrer via radioeletricidade, meios eletromagnéticos, ópticos, seja se valendo da informática ou não, recepção e/ou transferências de dados de qualquer natureza, enfim, todas as comunicações permitidas pelo desenvolvimento tecnológico.

Em harmonia à interpretação de Gomes e Maciel (2013), Távora e Alencar (2015) afirmam que o sigilo das comunicações telefônicas também compreende as conversas realizadas por e-mail, bem como aplicativos instalados em qualquer espécie de telefone.

De outro lado, o professor Greco Filho (2012) entende que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96 é inconstitucional, vez que a Carta Magna somente autoriza a interceptação de comunicação telefônica, não incluindo a transmissão de dados. Em que pese a opinião do nobre autor, esse não parece ser o entendimento seguido pela doutrina majoritária.

Acerca do tema, Jesus (1996, p. 458) esclarece:

Inclino-me pela constitucionalidade do referido parágrafo único. A Carta Magna, quando excepciona o princípio do sigilo na hipótese de comunicações telefônicas, não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal por esse meio, isto é, quando usados dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona 'comunicações telefônicas', estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de 'dados'. É o

caso do uso do modem. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, ‘digitar’ e não ‘falar’. [...] A circunstância de a CF expressamente só abrir exceção no caso da comunicação telefônica não significa que o legislador ordinário não possa permitir a interceptação na hipótese de transmissão de dados.

A interceptação telefônica (*lato sensu*), submetida ao regime jurídico da Lei nº 9.296/1996, é subdividida em interceptação telefônica (*strictu sensu*) e escuta telefônica. O professor Nucci (2014) define a interceptação (*strictu sensu*), do ponto de vista jurídico, como o ato de imiscuir-se em conversa alheia, seja por meio telefônico ou computadorizado, seja por outras fontes abertas ou ambientais.

Nessa linha, Gomes e Maciel (2013) afirmam que interceptação telefônica é tomar conhecimento do conteúdo de conversa telefônica alheia, isto é, o interceptador é um terceiro que não participa da conversa. Assim, os protagonistas são os interlocutores, que não sabem que estão sendo monitorados e o terceiro, que capta a conversa.

Já na escuta telefônica, um dos comunicadores tem ciência da ingerência de um terceiro na comunicação. Exemplo de escuta telefônica ocorre frequentemente nos casos de sequestro ou extorsão mediante sequestro, no qual a família da vítima tem ciência de que sua conversa com o criminoso está sendo monitorada pela polícia investigativa.

Cabe pontuar que a interceptação de conversa telefônica não se confunde com a quebra do sigilo de dados telefônicos. Enquanto este último está associado ao registro das chamadas, duração, bem como horário das ligações, aquele se refere ao conteúdo das chamadas.

A Lei nº 9.296/1996 não abrange a quebra do sigilo dos dados telefônicos. Não há necessidade de observância dos requisitos previstos na lei para acesso aos aludidos dados. Claro que há proteção aos dados cadastrais, mas não na mesma medida quanto às comunicações telefônicas (LIMA, 2016). Nesse sentido se amolda a jurisprudência:

[...] Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve ‘quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de-base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial’. 4. A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’, ainda quando armazenados em computador, (cf. voto no MS 21.729, Pleno, DJ de 19.10.2001), red. Neri da Silveira - RTJ179/225, 270). (BRASIL, 2006b, não paginado).

Em relação à natureza jurídica da interceptação das comunicações telefônicas, Távora e Alencar (2015) a classificam como uma medida cautelar probatória, com a finalidade de assegurar a utilização jurídica de eventuais elementos probatórios por ela revelados. Por exemplo, o Ministério Público oferece uma denúncia com base nos elementos de informação colhidos nesse meio de obtenção de prova.

Essa medida cautelar pode ser preparatória, executada durante as investigações, a fim de deflagrar a ação penal ou incidental, realizada após a denúncia para conglobar as provas já existentes no processo.

Por derradeiro, a interceptação telefônica se destina à obtenção de elementos probatórios para prova em investigação ou instrução processual penal, consoante o art. 1º de sua lei regulamentadora, alhures.

Tanto a Carta Magna, quanto a Lei nº 9.296/1996 reportam-se à “investigação criminal” e não fazem nenhuma referência específica ao inquérito policial. Dessa forma, esse meio de prova também pode ser realizado por outros procedimentos distintos do inquérito policial, como uma investigação do Ministério Público independente da Polícia Civil ou em sede de CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) (LIMA, 2016).

3.8 A gravação telefônica, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental

A gravação telefônica consiste na gravação da comunicação telefônica por um dos interlocutores, podendo ou não haver a ciência do outro interlocutor. Caso não haja o consentimento de um dos interlocutores, denomina-se gravação clandestina.

Já a gravação ambiental é a captação da comunicação ambiental (áudio/imagem), isto é, conversa realizada sem o uso de meios digitais, eletrônicos, telefônicos ou artificiais, feita por um dos comunicadores, sem o consentimento de seu interlocutor (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Ambas as gravações não são espécies de comunicações protegidas pela Lei nº 9.296/1996, ou seja, não obedecem aos requisitos previstos neste diploma legislativo, não tendo que se submeter às suas peculiaridades.

Porém, como frisam Gomes e Maciel (2013), o ato de gravar sua conversa com o seu interlocutor configura, em certa medida, violação à intimidade alheia, por isso, é ilícito, em regra, divulgar o conteúdo dessa conversa a terceiros. Os autores propõem a seguinte ideia:

O ato de gravar, tão somente gravar, não configura um ilícito penal. Mas sem sombra de dúvida já configura uma violação à intimidade alheia. Por isso, em *regra*, não se pode divulgar o conteúdo da gravação. A isso dá-se o nome de ‘direito a reserva’, que se distingue do ‘direito ao segredo’: neste o que se visa é evitar que um terceiro capte a comunicação alheia; por aquele o que se pretende é a não divulgação daquilo que foi gravado clandestinamente. (GOMES; MACIEL, 2013, p. 40).

Gomes e Maciel (2013) ainda, afirmam que a divulgação da gravação clandestina à sociedade, além de ferir o “direito à reserva”, é crime, tipificado no art. 151, do CP. Segundo

os autores, o sujeito que revela um fato à pessoa determinada, não o teria feito, se soubesse que seria levado ao conhecimento público.

Ressalta-se que os referidos doutrinadores admitem exceção a essa regra somente em uma única hipótese: se a prova é utilizada em favor do réu. Os professores justificam aludindo ao princípio da proporcionalidade, a fim de admitir o uso da prova originada por gravação clandestina para tutelar o direito à inocência.

Importante mencionar que parte da doutrina adota posição mais flexível em relação ao uso de provas oriundas de gravações clandestinas. Para Lima (2016), é necessário avaliar a existência ou não de justa causa no caso concreto, vez que somente esta pode excluir a ilicitude de uma prova.

Isto é, se houver outro interesse jurídico mais relevante que a proteção à intimidade, como a vida, integridade física, liberdade ou ampla defesa, suscita-se o princípio da proporcionalidade e a gravação clandestina deve ser admitida.

O doutrinador cita o julgado¹ do Supremo Tribunal Federal que recebeu a denúncia de corrupção de um ex-Ministro do Trabalho, com base apenas em uma gravação clandestina realizada por seu ex-assessor.

Por fim, a interceptação ambiental, de forma semelhante à gravação ambiental, é a captação de comunicação ambiental, realizada por um agente que não participa da conversa. Nos mesmo moldes é a escuta ambiental, que consiste na interceptação por um terceiro, no ambiente da conversa, com o consentimento de um dos comunicadores.

Essas também estão fora da disciplina legal da Lei nº 9.296/1996 e precisam apenas de autorização judicial para a sua licitude, tendo em vista que violam a vida privada. Se realizadas em local público, a autorização judicial para as duas é dispensável, vez que não há violação à intimidade.

Portanto, a gravação telefônica clandestina e a gravação ambiental podem ser realizadas desde que o seu conteúdo não seja divulgado a terceiros, exceto se houver justa causa no caso concreto, como entende Lima (2016).

Por seu turno, a interceptação ambiental, bem como a escuta telefônica não estão submetidas ao procedimento da Lei nº 9.296/1996, mas necessitam de autorização judicial a fim de que sejam consideradas válidas.

¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 657-DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 30 de setembro de 1993. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 nov. 1993. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749223/inquerito-inq-657-df>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

4 AS PECULIARIDADES DA LEI Nº 9.296/1996

A Lei nº 9.296/1996 se destina a regulamentar as interceptações das comunicações telefônicas para que sejam meios de obtenção de provas no processo penal, considerando o direito constitucional à intimidade.

4.1 Requisitos da Lei nº 9.296/1996

O art. 2º da Lei de Interceptação Telefônica estabelece as hipóteses em que tal medida não pode ser autorizada:

Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. (BRASIL, 1996, não paginado).

O primeiro requisito para autorização da interceptação telefônica (inciso I) é que o pedido esteja acompanhado de elementos de informação que apontem, no mínimo, indícios de autoria, isto é, razoáveis sinais de probabilidade quanto ao agente do fato delituoso. Assim, o *fumus comissi delicti* resta caracterizado, uma vez que se consubstancia nos critérios de probabilidade e verossimilhança das alegações, os quais são exigidos para a decretação de medidas cautelares (LIMA, 2016).

Não é possível a interceptação das comunicações telefônicas de uma pessoa para dar início a uma investigação. O que ocorre é o inverso: a interceptação se destina a provar um delito praticado pelo já investigado.

De mais a mais, é vedada a interceptação de prospecção, aquela desconectada do delito sem qualquer base empírica de ocorrência do crime. Távora e Alencar (2015), em sua obra, afirmam que também é proibida a interceptação telefônica baseada apenas em denúncia anônima, sem outros elementos de informação para corroborá-la.

Outra exigência para a autorização da interceptação telefônica (inciso II) é a de que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis. Isso se deve à própria natureza excepcional da medida, tendo em vista que o direito à vida privada e à intimidade estão assegurados na legislação pátria, a nível constitucional.

Em consonância ao princípio da proporcionalidade, é indispensável a análise do caso concreto, averiguando-se a real necessidade da interceptação telefônica e a possibilidade

de haver outros meios de prova disponíveis (prova testemunhal, pericial, etc.), a fim de respeitar as liberdades individuais e evitar a banalização da interceptação telefônica.

Neste contexto, juntamente com o mencionado *fumus comissi delicti*, encontra-se a outra condição para a decretação de qualquer medida cautelar: o *periculum in mora*. A não realização imediata da medida pode ser um grave risco para a investigação ou para a instrução processual penal. Dessa forma, a utilização da interceptação telefônica como único meio para obtenção de provas e sua urgência devem estar presentes no pedido (LIMA, 2016).

Nota-se que a interceptação telefônica é baseada na cláusula *rebus sic stantibus*. Assim, mesmo que, a princípio, a medida não possa ser admitida, caso ocorra a mudança fática, esta pode passar a ser indispensável à produção de provas, podendo vir a ser autorizada.

Em relação à determinação do inciso III, a lei determina que a interceptação é proibida para crimes punidos com pena de detenção, isto é, a medida pode ser aplicada apenas para os crimes punidos com pena de reclusão. Com isso, o legislador veda o uso da interceptação telefônica para crimes de menor gravidade ofensiva.

O doutrinador Avolio (2003) critica a Lei nº 9.296/1996 no ponto acima. Para o nobre autor, a legislação não deve se ater às formas de restrição de liberdade da pena, mas à ofensividade do delito, analisada no caso concreto. Por exemplo, a ameaça é punida com detenção, mas este crime, se praticado reiteradamente contra mesma vítima, pode ser considerado mais gravoso. Logo, a interceptação seria um importante meio para obtenção de prova, no caso dessa ameaça ser realizada por meio telefônico.

Ademais, Lima (2016, p. 1009) ressalta que não basta que o fato seja típico e punido com reclusão, mas também antijurídico e culpável. Assim, deve-se aferir, por exemplo, as presenças de causas extintivas de punibilidade e inimputabilidade penal no caso concreto. Em síntese, é necessário avaliar a real possibilidade de punição antes da decretação da medida.

Portanto, a interceptação deve ser realizada no bojo de investigações de infrações criminais, punidas com penas de reclusão, não podendo ser decretada para apurar ilícito cível ou administrativo. No entanto, o resultado da interceptação pode servir para crimes apenados apenas com detenção, desde que conexos com o crime a que a interceptação foi destinada a investigar e também servir como prova emprestada para processos não criminais, quais sejam (TÁVORA; ALENCAR, 2015):

- a) Processo cível para apuração de um ilícito, isto é, ação civil pública para apuração de improbidade administrativa;
- b) Processo administrativo disciplinar para apuração de falta grave;
- c) Processo de cassação de mandato de parlamentar.

Por fim, observa-se que como a Lei nº 9.296/1996 não se referiu ao uso da interceptação telefônica exclusivamente para as ações penais públicas, elas podem ser utilizadas para as ações penais privadas (GOMES; MACIEL, 2013).

4.2 Iniciativa

A iniciativa da interceptação telefônica está expressa no art. 3º de seu diploma regulamentador “A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I - da autoridade policial, na investigação criminal; II – do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.” (BRASIL, 1996, não paginado).

No curso das investigações, o procedimento para a inauguração da interceptação telefônica pode ocorrer por requerimento do Ministério Público à autoridade judicial ou representação da autoridade policial ao juiz. Neste último caso, o magistrado deve ouvir previamente o Ministério Público, por este ser o titular da *opinio delicti*.

Frisa-se que é pacífico o entendimento da doutrina, no sentido da inconstitucionalidade do art. 3º, em sua parte que autoriza o juiz a decretar a interceptação telefônica de ofício.

Rangel (2015) defende que, em respeito ao sistema acusatório e à imparcialidade do julgador, a interpretação que se harmoniza com a Constituição é a de que o juiz não pode decretar a interceptação de ofício, no curso de investigação, vez que ele estaria auxiliando a acusação na colheita de elementos de informação para fundamentar a peça que serviria para provocar o órgão jurisdicional.

Nesse sentido, o Procurador Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.450² pleiteando a declaração da inconstitucionalidade do trecho do dispositivo acima que possibilita a iniciativa da interceptação telefônica de ofício, no transcorrer de investigações preliminares.

Em relação à iniciativa da interceptação telefônica no curso da ação penal, esta pode ocorrer por requerimento do Ministério Público ou de ofício pelo juiz.

Em que pese não estar expresso na lei, a doutrina majoritária aceita que o ofendido, nas ações penais privadas, representado por advogado (na investigação preliminar) e o querelante (durante a ação penal privada) podem requerer a interceptação telefônica, tendo

² Pendente de julgamento.

em vista que este, já como parte, e aquele, como futuro detentor da ação penal, podem produzir provas (LIMA, 2016).

Como a lei não conferiu à vítima, representada pelo assistente de acusação, a possibilidade de requerer as interceptações telefônicas nas ações penais públicas, estas não podem fazê-lo. No entanto, não há impedimento para que a vítima sugira ao delegado de polícia ou ao Órgão Ministerial, a fim de que estes pugnem por esse meio de obtenção de prova.

Questão relevante é trazida por Gomes e Maciel (2013) acerca da possibilidade da defesa do acusado requerer a interceptação telefônica. Os autores se posicionam no sentido de que a Lei nº 9.296/1996 não exige que este meio de obtenção de prova seja destinado somente à acusação.

Com isso, a interceptação telefônica pode ser utilizada por um acusado, por exemplo, para comprovar que, de fato, é a vítima (funcionário público) que está exigindo uma vantagem indevida e não o acusado que está oferecendo. Obviamente é necessário que os requisitos da lei, anteriormente analisados, devem estar presentes para a autorização da medida, a exemplo da interceptação como único meio para demonstrar o alegado.

4.3 O procedimento das interceptações telefônicas

O pedido de interceptação telefônica segue um procedimento específico, a fim de respeitar o sigilo desse meio de prova para não comprometer o resultado das investigações e o direito à intimidade dos investigados, bem como em razão da natureza excepcional dessa medida.

O art. 2º, parágrafo único determina: “Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.” (BRASIL, 1996, não paginado).

Portanto, o pedido deve descrever a situação fática do crime investigado. O ilustre doutrinador Lima (2016) cita o exemplo de um crime de homicídio, no qual o pedido deve descrever a data e o local em que a vítima fora assassinada, o *modus operandi* do crime, os indícios de autoria/participação, com base nos elementos de informação, dentre outras informações que entender necessárias ao deferimento do pedido.

Também deve constar do requerimento a qualificação dos investigados, salvo impossibilidade de fazê-lo. Essa disposição da lei visa evitar interceptações em face de fatos e pessoas indeterminadas.

Ademais, o art. 8º, do mesmo diploma legal, estabelece: “A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.” (BRASIL, 1996, não paginado).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 59/2008, que regula o procedimento da interceptação telefônica, a fim de resguardar o seu sigilo. Dentre outras regras, cabe mencionar as seguintes (BRASIL, 2008a):

- a) Os pedidos de interceptação de comunicações telefônicas, telemática ou informática devem ser encaminhados à distribuição em envelopes lacrados, contendo os pedidos e os documentos necessários. Na parte exterior desse envelope deve haver a informação de que se trata de medida cautelar sigilosa, bem como da origem do remetente – identificação da delegacia ou do Órgão Ministerial (arts. 2º e 3º da Resolução);
- b) É vedada a exibição do nome do representado/requerido, da natureza da medida cautelar ou qualquer outra informação na parte externa do aludido envelope (art. 4º da Resolução);
- c) Outro envelope lacrado dentro do referido envelope, contendo o ano e o número do inquérito ou do procedimento investigatório. Além disso, a Resolução determina cautela na abertura do segundo envelope, a fim de que apenas viabilize o cadastro de dados no sistema e não permita a identificação da diligência ou dos investigados (arts. 5º ao 9º da Resolução).

Ressalta-se que o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.296/1996 faculta ao juiz admitir, excepcionalmente, o pedido de interceptação de forma verbal, desde que seja reduzido a termo e, evidentemente, obedeça aos demais requisitos explanados nos tópicos anteriores (BRASIL, 1996).

Outra condição da Resolução nº 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça, no art. 10, inciso II, prevê que a ordem judicial deve individualizar a linha telefônica da conversa a ser captada (BRASIL, 2008a).

Em relação à execução da interceptação, esta pode ser realizada por meio da concessionária telefônica, empresas terceirizadas ou recursos da própria polícia (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Destaca-se que, em que pese tratar-se de atividade designada costumeiramente à Polícia Civil, a jurisprudência aceita que a interceptação seja conduzida pela Polícia Militar, notadamente nos casos nos quais as autoridades das policiais civis são investigadas, conforme o julgado abaixo:

Habeas Corpus. 2. Prisão em flagrante. Denúncia. Crimes de rufianismo e favorecimento da prostituição. 3. Interceptação telefônica realizada pela Polícia Militar. Nulidade. Não ocorrência. 4. Medida executada nos termos da Lei nº 9.296/96 (requerimento do Ministério Público e deferimento pelo Juízo competente). Excepcionalidade do caso: suspeita de envolvimento de autoridades policiais da delegacia local. (BRASIL, 2012a, não paginado).

Por derradeiro, após a conclusão das interceptações, interpretando-se a Lei nº 9.269/1996 em harmonia com o Código de Processo Penal, Távora e Alencar (2015) afirmam que a anexação do apenso de interceptação telefônica aos autos principais, para oportunizar o direito do exercício da ampla defesa e do contraditório aos acusados, pode ocorrer em dois momentos:

- a) medida realizada no curso do inquérito policial: a apensação ocorre após a autoridade policial lançar o relatório conclusivo;
- b) medida é realizada no curso da ação penal: a apensação ocorre com o recebimento da denúncia ou após o encerramento da audiência de instrução.

4.4 Autorização judicial

A Constituição Federal, em seu art. 5º, e a Lei nº 9.296/1996, no art. 1º, estabelecem que a interceptação telefônica deve ser autorizada mediante ordem judicial, adotando o sistema de cláusula de reserva de jurisdição. Dessa maneira, o Ministério Público ou a autoridade policial não podem ordenar a realização da interceptação e submetê-la, posteriormente, ao juiz (BRASIL, 1988, 1996).

Essa regra só pode ser excepcionada nas hipóteses de decretação de Estado de Defesa e Estado de Sítio, expressas na própria Constituição, respectivamente, nos art. 136, §1º, inciso I e art. 139, inciso III (BRASIL, 1988).

Como bem pontua Gomes e Maciel (2013), ainda que haja o consentimento posterior dos interlocutores, se não há ordem judicial, a prova não é válida.

Do mesmo modo a gravação clandestina. Mesmo que haja posterior consentimento dos interlocutores, a divulgação a terceiros do conteúdo da conversa não é válida se não há autorização judicial prévia.

Essa ordem deve ser emanada por um juiz revestido de jurisdição penal. Assim, todos os juízes criminais, no âmbito estadual ou federal, atuando até na Justiça Eleitoral são competentes para conceder a interceptação telefônica (LIMA, 2016).

Importante mencionar que a doutrina e a jurisprudência ressalvam uma hipótese em que o juiz que decreta a interceptação telefônica como medida cautelar não precisará necessariamente ser o juiz competente para o julgamento do processo penal.

Explica-se: o juiz é competente para apreciar o pedido no curso de uma investigação, baseado nos elementos de informação dos autos. Contudo, se ocorrer a alteração das circunstâncias fáticas (*rebus sic stantibus*), o órgão competente para julgar a ação principal pode ser outro e a prova oriunda da interceptação telefônica não será inválida.

O doutrinador Lima (2016) denomina essa validação de provas obtidas por juiz diferente do julgador principal do processo, em decorrência da alteração da situação fática, como Teoria do Juiz Aparente. O professor cita, ainda, o exemplo de uma investigação de tráfico de drogas doméstico, na qual o juiz estadual autoriza a interceptação telefônica, porém posteriormente, os fatos apontam para um tráfico de drogas internacional, competência da Justiça Federal.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. DESDOBRAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. IDENTIFICAÇÃO, NO CURSO DAS DILIGÊNCIAS, DE POLICIAL MILITAR COMO SUPOSTO AUTOR DO DELITO APURADO. DESLOCAMENTO DA PERSECUÇÃO PARA A JUSTIÇA MILITAR. VALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO DEFERIDA PELO JUÍZO ESTADUAL COMUM. ORDEM DENEGADA. 1. Não é ilícita a prova obtida mediante interceptação telefônica autorizada por Juízo competente. O posterior reconhecimento da incompetência do Juízo que deferiu a diligência não implica, necessariamente, a invalidação da prova legalmente produzida. A não ser que '*o motivo da incompetência declarada [fosse] contemporâneo da decisão judicial de que se cuida*' (HC 81.260, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). (BRASIL, 2011a, não paginado, grifo nosso).

Como explicitado acima, as provas provenientes da interceptação telefônica autorizada por um juiz diverso do julgador da ação principal também são consideradas lícitas, desde que o magistrado que decretou a medida não devesse ter ciência da sua incompetência absoluta para decidir o mérito da ação.

Ressalta-se que os Tribunais podem se organizar para criação de juízos exclusivamente destinados à análise de requerimentos de medidas cautelares, como as interceptações telefônicas. Ilustrando, há, no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, a Vara de Central de Inquéritos da Comarca de São Luís, responsável pela análise de pedidos de interceptações ocorridas no bojo de inquéritos policiais, dentre outras medidas cautelares.

4.5 Segredo de Justiça da interceptação telefônica e o sigilo profissional do advogado

O art. 1º da Lei nº 9.296/1996 determina expressamente que o procedimento da interceptação telefônica está protegido pelo segredo de justiça. Isso porque o investigado não pode ter conhecimento da medida que está sendo realizada em seu desfavor, sob pena de completa inutilidade desse meio de obtenção de prova (BRASIL, 1996).

Logo, a interceptação telefônica é uma medida *inaudita altera parte*. Mesmo sem haver ciência do investigado e de seu defensor, a diligência é realizada, no intuito de garantir a eficácia da medida cautelar (LIMA, 2016).

O direito ao contraditório e à ampla defesa somente é exercido ao fim da interceptação, oportunidade na qual é franqueado o acesso ao conteúdo da interceptação ao investigado e ao seu defensor. Este, a partir de então, tem a faculdade de propor impugnações à prova, perícias fonéticas, etc.

Quanto ao sigilo profissional do advogado, o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994) prevê como direito do advogado, no art. 7º, inciso II: “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.” (BRASIL, 1994, não paginado).

Dessa forma, gravações de conversas telefônicas do investigado com o seu causídico, não podem ser admitidas no processo. A parte final do dispositivo acima transcrito prevê que o sigilo do diálogo deve ser mantido quando corresponder às tratativas acerca da defesa nos autos.

Todavia, o sigilo do advogado não é absoluto. Havendo indícios de participação do advogado no delito apurado, também é possível a interceptação telefônica de seus diálogos, sendo, portanto, relativa a confidencialidade da conversa.

Em caso análogo, ao referir-se à interceptação ambiental, Távora e Alencar (2015, p. 700) afirmam:

Quanto às conversas entre advogado e preso no interior do estabelecimento prisional, entendemos que há de ser reservado espaço para que seja reservado o sigilo profissional. Deve ser reservado um núcleo intangível que permita ao advogado – que não seja acusado por crime em coautoria com o detento - entrevistar o seu cliente sem que sejam devassadas as conversas por interceptação ambiental.

4.6 Prazos da interceptação telefônica

A princípio, cabe mencionar o dispositivo da Lei nº 9.296/1996 que regula os prazos dessa medida cautelar:

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova. (BRASIL, 1996, não paginado).

O citado prazo de 15 (quinze) dias das interceptações telefônicas não se inicia com a autorização judicial da medida, mas a partir da efetiva realização da interceptação.

Neste sentido, segue julgado do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA NA ORIGEM. ESVAZIAMENTO DO WRIT NESSE PARTICULAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DESCABIMENTO. PRORROGAÇÃO POR MAIS DE TRINTA DIAS. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA NECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA. 1. [...]

2. Em relação às interceptações telefônicas, o prazo de 15 (quinze) dias, previsto na Lei nº 9.296/96, é contado a partir da efetivação da medida constritiva, ou seja, do dia em que se iniciou a escuta telefônica e não da data da decisão judicial. 3. No caso, não há falar em nulidade da primeira escuta realizada (28.12.2007), pois, embora o Magistrado tenha autorizado a quebra no dia 10.12.2007, a interceptação teve início no dia 20.12.2007. Em consequência, também se afasta a alegação de nulidade das interceptações subsequentes. 4. [...]. (BRASIL, 2011b, não paginado).

Existe grande controvérsia acerca das renovações das interceptações telefônicas. Parte minoritária da doutrina entende que “uma vez” na redação do dispositivo supracitado é um adjunto adverbial” (AVOLIO, 2003, p. 188). Destarte, somente pode haver a renovação da interceptação telefônica uma única vez, resultando em 30 (trinta) dias a duração máxima dessa medida.

Outra parte da doutrina entende ser lícito o prazo da interceptação telefônica exceder 30 (trinta) dias, quando for comprovado que é absolutamente indispensável e desde que não ofenda o princípio da razoabilidade/proporcionalidade quanto à duração da interceptação.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça já adotou esse entendimento³, ao considerar ilícita a interceptação telefônica realizada durante aproximadamente 2 (dois) anos, reputando que fugiu à razoabilidade.

Já a doutrina majoritária adota posição na qual é possível a renovação da interceptação telefônica indefinidamente, desde que comprovada a indispensabilidade desse

³ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 76.686-PR. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 9 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 10 nov. 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200700264056&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

meio de obtenção de prova. Essa corrente entende que “uma vez” no dispositivo supracitado não é classificado gramaticalmente como um adjunto adverbial, mas como preposição (LIMA, 2016). Para essa corrente 30 (trinta) dias é um prazo muito exíguo para o esclarecimento do fato delituoso.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também se amolda aos ditames da corrente majoritária, com reiteradas decisões acerca da possibilidade de renovações sucessivas das interceptações telefônicas, como se verifica no julgado abaixo:

Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Interceptação telefônica. Crimes de tortura, corrupção passiva, extorsão, peculato, formação de quadrilha e receptação. Eventual ilegalidade da decisão que autorizou a interceptação telefônica e suas prorrogações por 30 (trinta) dias consecutivos. Não ocorrência. Possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem. Precedentes. Decisão proferida com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º). 1. É da jurisprudência desta Corte o entendimento de ser possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessiva, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua (HC nº 83.515/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 4/3/05). 2. Cabe registrar que a autorização da interceptação por 30 (dias) dias consecutivos nada mais é do que a soma dos períodos, ou seja, 15 (quinze) dias prorrogáveis por mais 15 (quinze) dias, em função da quantidade de investigados e da complexidade da organização criminosa. 3. Nesse contexto, considerando o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem, não há que se falar, na espécie, em nulidade da referida escuta e de suas prorrogações, uma vez que autorizada pelo Juízo de piso, com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º) 4. [...]. (BRASIL, 2012b, não paginado).

4.7 Transcrição da gravação telefônica

A respeito do tema, o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/1996 prescreve: “No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição” (BRASIL, 1996, não paginado). A razão desse dispositivo se deve à melhor aferição da veracidade das gravações, o que possibilita melhor valoração dessa prova.

A jurisprudência se posiciona pela desnecessidade da transcrição integral das gravações, desde que todo o conteúdo dessas conversas esteja disponível às partes para eventuais impugnações. Tal entendimento valoriza a célere e eficiente persecução penal, haja vista que, em determinados casos, as gravações telefônicas se estendem por mais de 6 (seis) meses, com centenas de horas de conversas gravadas.

Só se faz, necessário, portanto, a transcrição do conteúdo das conversas que interessem ao processo penal.

Nessa esteira, a jurisprudência pátria:

DENÚNCIA CONTRA DEPUTADO FEDERAL POR CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DA TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS: AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE OS FATOS NARRADOS NA INICIAL E OS ELEMENTOS CONFIGURADORES DO TIPO DO ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL: DENÚNCIA REJEITADA. 1. O Supremo Tribunal Federal afasta a necessidade de transcrição integral dos diálogos gravados durante quebra de sigilo telefônico, rejeitando alegação de cerceamento de defesa pela não transcrição de partes da interceptação irrelevantes para o embasamento da denúncia. Precedentes. 2. Juntada aos autos, no que interessa ao embasamento da denúncia, da transcrição das conversas telefônicas interceptadas; menção na denúncia aos trechos que motivariam a imputação dos fatos ao Denunciado. 3. Ausência de subsunção dos fatos narrados na inicial ao tipo do art. 299 do Código Eleitoral. Carência na denúncia dos elementos do tipo penal imputado o Denunciado. Rejeição da denúncia. 4. Denúncia rejeitada por atipicidade dos fatos descritos. Improcedência da ação penal (art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal). (BRASIL, 2014, não paginado).

Destaca-se que a transcrição das gravações telefônicas pode ser realizada por qualquer pessoa, a exemplo dos policiais que atuam na investigação. Não se exige conhecimentos especializados de peritos para essa atividade (LIMA, 2016).

De mais a mais, o art. 6º, § 2º estabelece: “Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado que deverá conter o resumo das operações realizadas” (BRASIL, 1996, não paginado).

Távora e Alencar (2015) explica que esse auto circunstanciado deve descrever as diligências efetuadas pelas autoridades policiais, podendo conter a sua interpretação das gravações e traduções de possíveis gírias.

Caso a defesa dos investigados não concorde quanto à autenticidade das gravações, esta pode requerer a perícia técnica, isto é, o exame de espectrograma da voz, que compara a fidedignidade das vozes constantes nas gravações com as dos investigados.

Sobre o tema, importante mencionar o art. 422 do Código de Processo Civil que, em uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico pátrio, se aplica ao caso:

Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida. (BRASIL, 2015, não paginado).

Logo, se o investigado não se manifestar quanto a eventual falsidade das gravações, subtede-se a sua autenticidade.

4.8 Inutilização de gravação telefônica

Como mencionado no tópico anterior, a interceptação telefônica pode perdurar vários meses, com centenas de horas de gravações telefônicas dos investigados. Evidente que nessas conversas também são captados diálogos que em nada auxiliam na persecução penal, relacionados apenas à intimidade dos investigados.

A autoridade judicial deve determinar a inutilização dessas gravações, respeitando a vida privada/intimidade. Acerca do tema, a Lei de Interceptação Telefônica estabelece:

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal. (BRASIL, 1996, não paginado).

Desse modo, o requerimento de exclusão da prova pode ser formulado pelo Ministério Público ou pela parte interessada, isto é, aquela que demonstre desejo na inutilização das gravações, qual seja: os próprios investigados ou terceiros que não participam do processo, mas tiveram sua conversa telefônica com um dos investigados gravada.

Na hipótese do terceiro com interesse no processo requerer a eliminação da gravação, o Ministério Público deve ser notificado da decisão de inutilização para o acompanhamento de destruição desse arquivo.

Cabe pontuar que Távora e Alencar (2015) se posicionam pela máxima cautela ao se inutilizar a gravação telefônica. Isso porque o trecho que, aparentemente, não mais interessa ao processo pode servir, posteriormente, para embasar eventual decisão de inocência do réu.

4.9 Caso concreto de interceptação telefônica fora dos parâmetros legais

É de conhecimento público e notório a conduta do juiz Sérgio Moro em divulgar as gravações das conversas telefônicas dos ex-presidentes Lula e Dilma, no dia 16 de março de 2016.

De acordo Canário e Vasconcellos (2016), o fato ocorreu no bojo do Inquérito Policial nº 4232/DF, que apura a prática do crime de obstrução de justiça do ex-presidente Lula, ao ser nomeado Ministro da Casa Civil. Supostamente, o único intuito de Lula em ocupar o referido cargo seria a obtenção da prerrogativa de função e não mais ser julgado pelo juiz de primeiro grau nos processos que envolvem a operação Lava-Jato.

Nessa vertente, o magistrado autorizou a interceptação telefônica do investigado Lula, que captou diversos diálogos com a então Presidente da República Dilma Rousseff. O juiz Sérgio Moro divulgou tais gravações aos veículos de comunicação, provocando imensa convulsão social (CANÁRIO; VASCONCELLOS, 2016).

A atitude do magistrado foi alvo de críticas pelos operadores do direito que alegam a ilicitude da conduta. O professor Cezar Bitencourt argumentou que não havia autorização judicial para a interceptação. Isso porque o juiz Sérgio Moro, por entender cessados os motivos que ensejaram a interceptação, havia suspenso a autorização para realização das gravações, com a devida comunicação às empresas de telefonia algumas horas antes da polêmica gravação da conversa entre os ex-presidentes Lula e Dilma (CANÁRIO; VASCONCELLOS, 2016).

Inobstante a suspensão da autorização judicial, a gravação foi realizada. Ainda, o magistrado, ao invés de declarar a ilicitude da medida, suspendeu o sigilo do processo, divulgando as referidas conversas.

Em entrevista, Bitencourt afirmou: “Essa gravação, após encerrada a autorização judicial, é uma interceptação ilegal, e a sua divulgação também é ilegal, pois feita com a consciência de que se tratava de uma gravação ilegal [...] houve, no mínimo, má-fé” (CANÁRIO; VASCONCELLOS, 2016, não paginado).

Ainda segundo Canário e Vasconcelos (2016, não paginado), o doutrinador Gustavo Badaró também concorda com Cezar Bitencourt ao declarar: “Se havia um despacho dele mesmo mandando cessar as interceptações, qualquer gravação feita depois disso é ilegal”.

Ademais, as gravações telefônicas e suas transcrições são protegidas pelo sigilo (art. 8º da Lei nº 9.296/1996), não devendo o seu conteúdo ser divulgado além dos autos do processo.

Sobre o caso, Alberto Zacharias Toron afirmou: “Ainda que o juiz queira abrir o sigilo do inquérito, jamais poderia tê-lo feito em relação às interceptações.” (CANÁRIO; VASCONCELLOS, 2016, não paginado).

Nessa esteira, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki anulou essa gravação telefônica, considerando a prova ilícita. Em sua decisão o Ministro declarou: “Divulgação pública das conversações telefônicas interceptadas, nas circunstâncias em que ocorreu, comprometeu o direito fundamental à garantia de sigilo, que tem assento constitucional.” (BRASIL, 2011b, p. 14).

De mais a mais, o juiz também usurpou a competência da Suprema Corte ao divulgar as gravações telefônicas. Ao verificar mínimos indícios da participação da então

Presidente Dilma Rousseff, detentora da prerrogativa de função, o juiz deveria, imediatamente, encaminhar os autos do processo ao Supremo Tribunal Federal para que este órgão jurisdicional decida se a Presidente seria investigada e de que forma ocorreria esse procedimento. Isto também foi trazido pelo ex-Ministro em sua decisão:

Com efeito, a violação da competência do Supremo Tribunal se deu no mesmo momento em que o juízo reclamado, ao se deparar com possível envolvimento de autoridade detentora de foro na prática de crime, deixou de encaminhar a este Supremo Tribunal Federal o procedimento investigatório para análise do conteúdo interceptado. E, o que é ainda mais grave, procedeu a juízo de valor sobre referências e condutas de ocupantes de cargos previstos no art. 102, I, *b e c*, da Constituição da República [...].(BRASIL, 2001b, p. 8).

Portanto, a ocorrência da gravação telefônicas dos ex-presidentes Lula e Dilma, após a determinação judicial da suspensão da interceptação telefônica e sua posterior divulgação, de forma usurpadora da competência do Supremo Tribunal Federal viola frontalmente a Constituição Federal e a Lei nº 9.296/1996.

Por fim, cumpre mencionar que, em decorrência da decretação dessa medida, o magistrado responde a processo administrativo por falta disciplinar no Conselho Nacional de Justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se destinou à análise da viabilidade da interceptação telefônica como meio de obtenção de prova ao processo penal, observando o direito à intimidade, na forma da Lei nº 9.296/1996.

O primeiro capítulo da pesquisa teve o escopo de explicar o instituto da prova no processo penal. Observou-se que, em regra, a interceptação telefônica funciona como um meio de obtenção de prova ou meio de investigação, ou seja, é extraprocessual, sendo os seus resultados posteriormente submetidos ao crivo do contraditório e ampla defesa.

Porém, também se verificou que a interceptação telefônica pode ser classificada como fonte de prova, quando revela fatos ou pessoas novas à investigação, o que é conhecido como Teoria do Encontro Fortuito de Provas ou Princípio da Serendipidade.

Em seguida, houve a conceituação das provas ilícitas e ilegítimas, além de suscitação da celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca de suas respectivas consequências ao processo penal, trazida pela Lei nº 11.690/2008. O entendimento defendido é o de que as provas ilícitas são violadoras do direito material, sendo inadmissíveis ao processo e as provas ilegítimas são transgressoras do direito processual, seguindo a Teoria das Nulidades.

Ainda no citado capítulo, a pesquisa desenvolveu a aplicação do princípio da proporcionalidade/razoabilidade aos resultados das interceptações telefônicas. O presente trabalho sustentou a tese de que as provas ilícitas podem ser admitidas se utilizadas em prol do réu, a fim de comprovar a sua inocência. Dentre os bens jurídicos tutelados, o direito à intimidade é subjugado ao direito à liberdade de locomoção.

Por sua vez, o segundo capítulo propõe-se a estudar a formação histórica dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos de primeira dimensão, representantes das liberdades e garantias individuais, como o direito à intimidade. Tais direitos não são absolutos, devendo respeitar os demais direitos igualmente protegidos no ordenamento jurídico.

Logo, em detrimento do *jus puniendi* estatal, permite-se a relativização do direito fundamental à intimidade, desde que respeitado o disposto no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, isto é, havendo ordem judicial, nas hipóteses estabelecidas na lei.

Esse capítulo também contextualiza o surgimento das interceptações telefônicas no ordenamento jurídico pátrio, a princípio, respaldadas pelo art. 57, da Lei nº 4.117/1962. No entanto, a Carta Magna de 1988 não recepcionou o citado dispositivo, provocando um cenário de incursões duvidosas e sensação de frustração da Polícia Judiciária até o advento da Lei nº 9.296/1996.

Posteriormente, o mencionado capítulo explicita a interceptação telefônica *lato sensu*, dividida em interceptação telefônica *stricto sensu* e escuta telefônica, além das modalidades não regulamentadas pela Lei nº 9.296/1996, quais sejam: gravação telefônica, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental.

Por fim, o terceiro capítulo se dedica a detalhar todos os requisitos para a decretação de uma interceptação de comunicação telefônica lícita. Isto é, assim como qualquer outra medida cautelar, são necessárias as presenças dos *fumus comissi delicti* e *periculum in mora*, representados, respectivamente, pelos requisitos dos indícios razoáveis de autoria e a prova não poder ser produzida por outros meios disponíveis.

Além destas exigências, o art. 2º, III, da Lei nº 9.296/1996 estabelece que a infração não pode ser punida, no máximo, com pena de detenção.

O capítulo traz também a possibilidade, defendida por alguns doutrinadores, de a defesa do acusado requerer a interceptação telefônica, utilizando esta medida cautelar em seu favor.

A pesquisa aborda a discussão acerca da inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei nº 9.296/1996, em sua parte que autoriza o juiz a, de ofício, decretar uma interceptação telefônica, ainda na fase investigativa, em razão de violação ao sistema acusatório, sendo a questão objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Outra celeuma analisada no trabalho é o prazo de duração da interceptação de comunicação telefônica, sendo defendida a posição segundo a qual a medida cautelar pode ser prorrogada indefinidamente, desde que comprovada a indispensabilidade desse meio de prova.

Por derradeiro, o capítulo analisa a polêmica interceptação da comunicação telefônica dos ex-presidentes Lula e Dilma Roussef, sendo, ainda, divulgados os respectivos áudios pelo juiz Sérgio Moro. A pesquisa apontou os pontos inconstitucionais e ilegais de tal medida, que violaram a Constituição Federal e a Lei nº 9.296/1996.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012. (Universitária, 1).
- BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 213, p. 149-163, jul./set. 1998.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 59, de 9 de setembro de 2008. Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação telefônica e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996. Brasília, DF, 2008a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_59consolidada.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- _____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 dez. 2017.
- _____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 29 dez. 2017.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018.
- _____. Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 dez. 1962. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4117-27-agosto-1962-353835-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 30 dez. 2017.

_____. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 29 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 135.771-PE. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 4 de agosto de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 24 ago. 2011b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21099236/habeas-corpus-hc-135771-pe-2009-0087436-3-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 76.686-PR. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 9 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 10 nov. 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200700264056&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102293-RS. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 24 de maio de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 dez. 2011a. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20998323/habeas-corpus-hc-102293-rs-stf>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106129. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 6 de março de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 mar. 2012b. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/>>. Acesso em 8 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.588-PB. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 12 de junho de 1996. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 4 ago. 2000. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+72588%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+72588%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8ck2qv>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73.351-SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 9 de maio de 1996. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 mar. 1999. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+73351%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+73351%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m3j2odd>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.949-RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 de outubro de 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 14 dez.

2001a. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+80949%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+80949%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/asen9hm>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82-788-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de abril de 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, 2 jun. 2006a. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82788%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82788%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/anmjc2j>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96986 MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 de maio de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 14 fev. 2012a. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869934/habeas-corpus-hc-96986-mg-stf/inteiro-teor-111144841>>. Acesso em 7 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3693-PA. Ministra: Carmen Lúcia. Brasília, DF, 10 abr. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 30 out. 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342527/inquerito-inq-3693-pa-stf>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 657-DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 30 de setembro de 1993. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 nov. 1993. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749223/inquerito-inq-657-df>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164-SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de outubro de 1995. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 17 nov. 1995. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+22164%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+22164%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kpozytb>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 23.457-PR. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 24 de agosto de 2001b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 90.376-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 3 de abril de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 maio 2007. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+90376%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+90376%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/catfrh9>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 418.416-SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 de maio de 2006. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 dez. 2006b. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+418416%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+418416%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/9m9m9m9>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

E+E+418416%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+418416%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o6638a7>. Acesso em: 3 dez. 2017.

CANÁRIO, Pedro; VASCONCELLOS, Marcos de. **Sergio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. **Interceptação Telefônica: comentários à Lei 9.296/1996, de 24-07-1996**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarence. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei nº 9.296/96. **Revista dos Tribunais**, v. 735, p. 458-473, jul. 1996.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 337, p. 125-134, jan./fev. 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>>. Acesso em: 20 set. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015.