

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

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O OBSCURANTISMO INQUISITORIAL NA
PRODUÇÃO DA PROVA**

IANA VIRGÍNIA FRANÇA GOMES

Aprovada para depositar na coordenação de monografia.

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2018.



**RIO DE JANEIRO
2018/ 2º SEMESTRE**

IANA VIRGÍNIA FRANÇA GOMES

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O OBSCURANTISMO INQUISITORIAL NA
PRODUÇÃO DA PROVA**

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

**RIO DE JANEIRO
2018/ 2º SEMESTRE**

G633i Gomes, Iana Virgínia França
Interceptação telefônica e o obscurantismo
inquisitorial na produção da prova / Iana Virgínia
França Gomes. -- Rio de Janeiro, 2018.2.
67 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.2.

1. Interceptação telefônica e o obscurantismo
inquisitorial na produção da prova. 2. Sistema
acusatório. 3. Determinação da medida de ofício pelo
juiz. 4. Prazo de duração. 5. Transcrição das
conversas interceptadas. I. Santoro, Antonio
Eduardo Ramires, orient. II. Título.

IANA VIRGÍNIA FRANÇA GOMES

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O OBSCURANTISMO INQUISITORIAL NA
PRODUÇÃO DA PROVA**

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

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2018/ 2º SEMESTRE**

AGRADECIMENTOS

De modo algum poderia deixar de expressar minha gratidão e dedicar este trabalho àqueles que contribuíram para que eu pudesse realizar a minha jornada acadêmica.

Aos meus pais, Georgia e Mário, por sempre se fazerem presentes, apesar da distância física. Vocês são exemplos de força e dedicação. O apoio e o amor de vocês é sentido, acolhido e essencial para mim (peço desculpas por não dizer isso diariamente).

Às minhas irmãs, Júlia e Clara, que me completam. Obrigada por sonharem junto comigo desde pequenas. Vocês são mulheres incríveis!

Ao meu parceiro de vida, Pedro Doná, por todo carinho, atenção e paciência.

Aos amigos que encontrei nesta jornada, por me proporcionarem a alegria de compartilhar momentos com pessoas tão singulares e especiais. Em especial, à amada Isabelle Calixto, irmã de alma desde 2013.2, quando nos conhecemos no trote, sujas dos pés à cabeça.

Por fim, mas não menos importante, dedico e agradeço à Faculdade Nacional de Direito e aos professores que tive, por semearem em mim o modo crítico de pensamento e atuação jurídica e me inspirarem, muitas vezes sem saber, a resistir e lutar por um Direito plural, igualitário e democrático.

*“Sem questionamento não há crítica, sem crítica
pasteuriza-se o direito.”*
Antonio Santoro

RESUMO

Este trabalho propõe uma análise crítica do texto da Lei n.º 9.296/1996 (Lei de Interceptações Telefônicas) e da sua interpretação jurisprudencial, sob uma ótica constitucional. Ao tratar da possibilidade de violação ao direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas, previsto no inciso XII do art. 5º da Constituição de 1988, a referida lei aproxima-se de um processo penal inquisitório, em desacordo com o estabelecido pela Carta Magna. Desse modo, o presente trabalho demarcou a clara opção constitucional por um sistema acusatório, compatível com um Estado Democrático de Direito e caracterizado, para dizer o mínimo, pela separação das funções – acusar, defender e julgar – entre sujeitos processuais distintos, pela gestão da prova nas mãos das partes e pela consideração do acusado como sujeito de direitos. Nesse contexto, três pontos relacionados às interceptações telefônicas foram criticados: a possibilidade de a medida ser determinada de ofício pelo juiz, conforme previsto no art. 3º da Lei 9.296/96; a inexistência de limite temporal de duração da medida restritiva de direitos; e a possibilidade de transcrição apenas de partes das conversas interceptadas. Aponta-se, portanto, para um obscurantismo inquisitorial na produção da prova pelo meio de obtenção de prova que é a interceptação, em clara violação do projeto acusatório-democrático.

Palavras-chave: Interceptação Telefônica; Sistema acusatório; Obscurantismo inquisitorial; Inviolabilidade das comunicações telefônicas.

ABSTRACT

This study proposes a critical analysis of the text of Law No. 9,296/1996 (Lawful interception) and its jurisprudential interpretation from a constitutional point of view. When addressing the possibility of violating the right of telephone communications inviolability, provided in item XII in article 5th from the 1988 Constitution, the said law comes close to an inquisitorial criminal proceeding, in disagreement with that established by the Magna Carta. Therefore, the present study demarcated the clear constitutional choice for an accusatory system, compatible with a Democratic State of Law and characterized, to say the least, by the separation of duties – accusing, defending and judging – between different procedural subjects, by the management of the evidence in the hands of the parties and the consideration of the accused as a subject of rights. In this respect, three points related to phone interceptions were criticized: the possibility of the measure being determined by the judge on their own initiative, in accordance with the article 3rd of Law 9,296/96; the absence of a time limit of duration of the restrictive measure of rights; and the possibility of transcription of only parts of intercepted conversations. Consequently, an obscurantism inquisitorial is indicated in the production of evidence by means of obtaining evidence that is the interception, in violation of a democratic prosecution project.

Keywords: Interception of phone calls; Prosecuting system; Inquisitorial obscurantism; Phone communications inviolability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 – SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS	13
1.1. O princípio inquisitivo e o sistema inquisitório	13
1.2. O princípio e o sistema acusatório.	16
1.3 A falácia do sistema processual misto e o sistema brasileiro	20
2 – UM SISTEMA ACUSATÓRIO: DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS	25
2.1. O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade	26
2.2. A garantia do contraditório	28
2.3. A ampla defesa.	30
2.3.1. Defesa técnica	31
2.3.2. Autodefesa.	32
2.4. O princípio da publicidade	34
2.5. O direito à duração razoável do processo	35
2.6. O princípio da proporcionalidade	37
2.7. O direito a intimidade	39
2.7.1. A inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas	40
3 – AS PROVAS	42
3.1. A busca da verdade real (inalcansável)	43
3.2. A distinção entre fontes de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova	45
4 – AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	48
4.1. Requisitos para a interceptação de comunicações telefônicas	49
4.2. Interceptação telefônica e o obscurantismo inquisitorial na produção da prova ..	52
4.2.1. Determinação de ofício pelo juiz (inquisidor)	52
4.2.2. O tempo de duração da medida restritiva de direitos	54
4.2.3. A transcrição das conversas – requisito para o exercício de um contraditório efetivo	58
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico propõe uma análise crítica do texto da Lei n.º 9.296/1996 (Lei de Interceptações Telefônicas), bem como de seu entendimento jurisprudencial, sob a ótica constitucional. A sanção do referido texto legal, objeto do nosso estudo, em 24 de julho de 1996, representou a regulamentação da exceção legítima ao direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas, tal qual previsto no inciso XII do artigo 5º da Carta Magna.

De tal sorte, caberia à lei n.º 9.296/1996, conforme expressa orientação constitucional, estabelecer as hipóteses e a forma sob as quais – e em último caso – seria autorizada a violação do direito fundamental à intimidade para fins de investigação criminal ou instrução processual penal que, englobadas, representam a persecução penal.

Para compreender, portanto, se o texto normativo e sua respectiva orientação jurisprudencial se apresentam dentro das balizas constitucionais, fez-se necessário, já no primeiro capítulo, demarcar a posição firmada pelo texto da Magna-Carta. Desse modo, restou clara e indiscutível a opção constitucional pelo sistema processual penal acusatório em detrimento do sistema inquisitório, este incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Logo, toda e qualquer estrutura processual ordinária, como o processo penal, deve ser aplicada em conformidade com o sistema acusatório, cujo modelo prevê, em síntese (i) a separação das funções – acusar, defender e julgar - entre sujeitos processuais distintos; (ii) a gestão de provas nas mãos das partes; e (iii) o acusado como sujeito processual. *A contrario sensu*, tem-se que todo e qualquer dispositivo do Código de Processo Penal ou de lei extravagante de teor processual penal que possua traços inquisitórios deve ser rechaçado, uma vez que inconstitucional.

Desta feita, no capítulo dois adentramos os princípios e garantias processuais atinentes ao sistema acusatório a fim de circunscrever o ideário constitucional que deve delimitar os limites do intérprete e das demais leis infraconstitucionais. Como se verá, os princípios e garantias processuais constitucionais buscam justamente delimitar a intervenção estatal na esfera das liberdades individuais.

Assim, abordamos o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade; as garantias do contraditório e da ampla defesa – sendo que esta última engloba a autodefesa e a defesa técnica –; o princípio da publicidade; o direito à duração razoável do processo; o princípio da proporcionalidade, tanto seus pressupostos como seus requisitos; e, por fim, o direito à intimidade, do qual se desdobram vários outros direitos, como inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.

Em continuidade lógica, o capítulo três tratou sobre as provas. Sem a falaciosa pretensão de exaurir o estudo da teoria geral das provas neste trabalho de conclusão, relacionamos, como não poderia deixar de ser, o direito à prova – assegurado constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV, da CRFB – ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Concomitantemente, a prova propicia ao julgador segurança na formação da convicção acerca da realidade dos fatos, pois proporciona a reconstrução histórica do fato que se quer conhecer. Nesse sentido, as provas são também dotadas de papel persuasivo.

Destarte, no referido capítulo trabalhamos sobre alguns conceitos relativos às provas e suas características. Discorremos, assim, sobre a busca da (inalcançável) verdade real. Expusemos a distinção entre fontes de prova, meios de prova e meios de obtenção de provas. Ao fim, esclarecemos que a atividade probatória como um todo está relacionada com o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato.

Toda a exposição realizada ao longo do trabalho serviu de sustentação e conferiu embasamento ao último capítulo, possibilitando-nos uma leitura reflexiva e densa acerca do texto da Lei n.º 9.296/1996 e do entendimento jurisprudencial que a rodeia. Sem abordar previamente desde a orientação constitucional, perpassando pelos princípios e garantias atinentes ao tema e estudando a teoria geral das provas, jamais nos habilitaríamos a analisar de maneira crítica o referido texto legal sob o filtro constitucional.

Posto isto, passamos a distinguir a interceptação telefônica em sentido estrito – objeto da lei – de demais meios de captação ou gravação de conversas telefônicas ou escutas ambientais, a fim de demonstrar aquelas compreendidas no raio de aplicação do texto legal.

Em seguida, foi destrinchada a natureza jurídica da medida de interceptação com base nos esclarecimentos feitos no capítulo três. De tal maneira, ficou claro que a interceptação telefônica se trata de um meio de obtenção de prova e, através dela, são obtidos elementos de prova. Após, analisamos de um a um os requisitos determinados pelo legislador, que redigiu a lei de modo a disciplinar negativamente as hipóteses de cabimento da medida, ou seja, definiu em quais situações não seria admissível a restrição de direito fundamental, o que parte da doutrina entende como problemático.

Por fim, foram apontados e dissecados três pontos considerados cruciais para a verificação de aspectos concernentes ao modelo inquisitorial quando da realização da interceptação telefônica, seja em virtude da previsão legal ou mesmo por conta da interpretação jurisprudencial atual.

Em primeiro lugar, destacamos a possibilidade de determinação da medida de ofício pelo juiz, uma característica nitidamente inquisitiva e incompatível com os parâmetros constitucionais apontados no primeiro capítulo. Depois, tocamos na questão da ausência de prazo máximo de duração da medida, em tese uma lacuna legal, que hoje encontra na jurisprudência respaldo a permitir incontáveis renovações, desde que justificada. Por último, avaliamos a necessidade da transcrição das conversas gravadas como requisito para o exercício de um contraditório efetivo.

Ao final, já em sede de conclusão, buscamos, depois de reveladas as incompatibilidades da lei e de sua aplicação com os ditames constitucionais, apontar possíveis maneiras não só de dirimir os problemas já existentes como de evitar que lacunas no texto legal e interpretações desarmoniosas possam prosperar sobre os preceitos inscritos na Carta-Magna.

1 - SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Sistema é um conjunto, uma reunião de elementos interdependentes intelectualmente organizados. Dessa maneira, entende-se por sistema processual penal um conjunto de normas (regras e princípios) que, com base em um princípio unificador, formam um todo coerente.

O conjunto é, portanto, orientado por um princípio nuclear, que poderá ser inquisitório ou acusatório, na medida em que retrata a escolha por um projeto político-ideológico específico (não sendo uma seleção acidental ou descabida). Nas palavras de Rubens Casara e Antonio Pedro Melchior¹:

o princípio unificador é o que oferece coerência interna ao sistema, sendo, portanto, responsável por entrelaçar os diversos elementos que o compõem. Em cada sistema processual, os princípios inquisitivo e acusatório disputam essa posição de elemento normativo unificador.

A depender da natureza inquisitiva ou acusatória do princípio unificador adotado, as garantias orgânicas, relacionadas com os atores processuais e as funções por eles desempenhadas (sobretudo no que se refere ao ator processual juiz), e as garantias procedimentais, associadas à externalização dos atos processuais, sofrem bruscas modificações².

1.1 O princípio inquisitivo e o sistema inquisitório

Propagado, posteriormente, para toda a Europa, o sistema inquisitorial foi adotado pelo direito canônico no início do século XIII.

A Igreja Católica, no final do século XII, vivenciou uma perda de poder e aceitação de sua doutrina, atribuindo tal enfraquecimento à propagação de discursos heréticos. É nesse contexto, de combate aos hereges, que se inicia o desenvolvimento do sistema inquisitivo do processo penal canônico.

¹ CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais**, v. 1. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013, p. 66.

² *Ibidem*, p. 86.

Amparado em uma maior atribuição de poder punitivo e de liberdade investigatória nas mãos do julgador, tal processo foi fortalecido e difundido em razão da permissão e do apoio dados pelo Estado, “*em prol da manutenção da pureza da fé*”³.

Tendo como ponto de partida a ideologia pautada na “guerra aos hereges”, surgiu uma atividade extremamente tendenciosa por parte do inquisidor. Ao possuir na figura do juiz-inquisidor o investigador unilateral da causa, uma vez que este exercia, ao mesmo tempo, as funções de acusador e julgador, o modelo inquisitivo trouxe como consequência um ilimitado arbítrio judicial.

Uma das características básicas desse sistema é, portanto, a possibilidade do procedimento investigativo ser iniciado e impulsionado de ofício pelo juiz, que poderia se utilizar da pessoa do acusado da maneira que desejasse, visando sempre um único objetivo a ser alcançado: a comprovação da culpa.

O julgador buscava, a qualquer custo, a descoberta da verdade plena, e estando o investigado na posição de um mero pecador, este se tornou apenas um objeto sobre o qual incidia a investigação, do qual o inquisidor exigia a “colaboração”, pelo fato de ser o dono da verdade que deveria ser extraída.

O sistema inquisitorial pode ter sofrido alterações ao longo dos anos, adaptando-se aos diversos governos autoritários e ditatoriais em que foi adotado - uma vez que a opção por tal sistema processual é, antes de tudo, uma opção política que visa promover o robustecimento do Estado-juiz -, todavia, o seu princípio fundador não se altera.

O princípio inquisitivo, que dá coesão ao sistema inquisitório, compreende a concentração de poderes nas mãos do órgão julgador como característica essencial. O julgador detém a gestão da prova, ou seja, passa a decidir sobre a oportunidade e a conveniência de produzir determinada prova. Além disso, com o objetivo de encontrar a verdade dos fatos, o julgador inclina-se a contemplar o investigado como mero objeto de investigação.

³ LINHARES, Raul Marques; WEDY, Miguel Tedesco. **Processo Penal e História – A origem dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo.** Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.114.12.PDF>. Acesso em: 23 de outubro de 2018.

Nesse sentido, lecionam Rubens Casara e Antonio Pedro Melchior⁴:

a afirmação da inquisitorialidade como princípio unificador do processo penal remete a um modelo de organização sistêmica concentradora do poder, com os componentes que gravitam no sistema atuando em função do fortalecimento do Estado-juiz.

Dessa maneira, um sistema processual orientado pelo princípio inquisitivo é um sistema que relativiza o papel exercido pelas partes, menosprezando ou atenuando elementos normativos que auxiliam na racionalização do exercício do poder punitivo.

A essência de um modelo inquisitório é, portanto, a concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única pessoa, o chamado juiz inquisidor, senhor soberano do processo. O julgador detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é tido como detentor da verdade sobre o crime, transformando-se em um mero objeto de investigação que tem por função prestar contas ao inquisidor.

Não há que se falar em uma estrutura dialética, ou seja, não existe um conflito originado pela contradição de ideias/teses entre a defesa e a acusação. Não existe contraditório.

Ressalta-se também o comprometimento da imparcialidade, uma vez que o juiz inquisidor possui total liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, pois dotado de ampla iniciativa probatória. Em outras palavras, a mesma pessoa que busca a prova, é a que decide com base na prova que ela mesma produziu.

É inquestionável a incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Como consequência, o juiz que atua como acusador, por ser o gestor da prova durante toda a investigação, poderá associar-se psicologicamente a um determinado resultado, decidindo antes, e, posteriormente, buscando, até de forma obsessiva, a prova que seria necessária para justificar a sua decisão:

O estilo inquisitivo no processo penal, sob esta ótica, forneceria um padrão psicológico em que o juiz, ao invés de se convencer através da prova carreada aos autos, inversamente, utilizar-se-ia da prova para demonstrar o acerto da hipótese (imputação) a que aderiu antes mesmo do início da instrução.⁵

⁴ CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Op. Cit.*, p. 83.

⁵ *Ibidem*, p. 89.

Evidentemente, nota-se que o sistema inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais. O acusado não é reconhecido como um sujeito de direitos. Tal modelo atende à ideia de prevalência dos interesses abstratos da coletividade em desfavor dos interesses concretos individuais.

Segundo destaca Jacinto Coutinho, “*a noção de parte não tem nenhum sentido*”⁶, pois o investigado é somente um objeto de verificação utilizado pelo inquisidor, que concentra as funções de acusar e julgar.

Há uma disparidade de poderes gigante entre acusação e defesa. A desigualdade de armas e oportunidades é visível, justificada pela ideia de descobrimento da verdade, que será alcançada, em tese, pela ampla atividade probatória.

Por todo exposto, conclui-se que o sistema processual penal inquisitivo é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

1.2 O princípio e o sistema acusatório

Tratando-se de sistema acusatório, tem no princípio acusatório o seu indicador de coerência entre os diversos elementos que compõem o sistema.

O princípio acusatório exprime a indispensabilidade da separação de funções entre os sujeitos processuais, sendo incumbência das partes a gestão das provas, que contribuirão para a construção da decisão judicial de forma democrática, por meio de um método dialético.

Assim - diferentemente da objetificação que se dá no princípio inquisitivo -, no princípio acusatório o acusado é tido como sujeito de direitos, possuidor de obrigações e ônus processuais, elevando a defesa à posição de importância, vez que antes era considerada desnecessária e dispensável no modelo inquisitório, onde prevalecia a crença em um inquisidor justo e bondoso, que encontraria a verdade real dos fatos e absolveria aqueles que fossem inocentes.

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In: *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*, p. 18 *apud* LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ed. 13. Editora Saraiva: São Paulo, 2016, p. 42.

Considerando o seu propósito de distribuição das funções de acusar e julgar para sujeitos distintos e a observação e respeito aos direitos fundamentais, é notório o fato de o princípio acusatório derivar dos princípios democrático e republicano.

Isto posto, percebe-se que a diferenciação entre os princípios inquisitivo e acusatório e, conseqüentemente, entre os sistemas inquisitorial e acusatório, está na posição dos sujeitos processuais e na gestão da prova. Segundo ensinamentos de Ferrajoli, a separação entre juiz e acusação é o componente que caracteriza um modelo teórico acusatório de maior importância, pois pressuposto dos demais⁷. O ilustre professor esclarece:

[...] pode se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.⁸

Nesse contexto de separação das funções de acusar, defender e julgar, a acusação e a defesa se contrapõem em iguais condições, tornam-se protagonistas do procedimento e os sujeitos atuantes. O juiz, por sua vez, encontra-se equidistante das partes, imparcial com relação as teses defendidas por cada sujeito, e, por conta disso, inerte, cabendo a agência judicial apenas assegurar a regularidade do feito. Assim é o magistério do professor Salo de Carvalho:

Acusação e defesa, em paridade de armas, movimentam-se no debate do jogo processual para dar substância às (hipó)teses probatoriamente construídas. Neste momento de formação do arsenal probatório, portanto, a posição inerte do julgador (mediador, espectador) é fundamental, sob pena de influenciar sua condução e prejudicar o caso antes de encerradas todas as possibilidades de inserção de elementos de convicção. Encerrada a fase probatória, no momento da decisão, o magistrado toma para si a palavra das partes, passando a encenar o personagem principal da trama judiciária.⁹

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. rev. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 454.

⁸ *Ibidem*, p. 452.

⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6 ed. rev. e ampl. Editora Saraiva: São Paulo, 2015, p. 165/166.

Logo, cabendo às partes (acusação e defesa) toda a produção da prova, a prática de atos de natureza probatória pelo juiz é totalmente inconciliável com o sistema acusatório. O magistrado deve permanecer distante da produção das provas durante todo o processo, ou seja, incumbe-se que seja passivo quanto à reconstrução dos fatos, haja vista não ser dotado de interesse probatório.

Além de consolidar uma estrutura dialética, o afastamento do juiz com relação à iniciativa probatória assegura a imparcialidade do julgador. É a gestão da prova na mão das partes que possibilita a existência da figura do juiz imparcial, espectador.

Nessa perspectiva, o professor Eugênio Pacelli sustenta que é na fase de prolação da sentença o momento reservado ao julgador para tomar conhecimento quanto ao material probatório reunido, pois estará exercendo função tipicamente jurisdicional. Anteriormente, a coleta de todo e qualquer material de convencimento deverá ser realizada pela parte a que interessa o ajuizamento ou não da ação penal, de modo algum ao julgador, sob pena de violação explícita ao sistema acusatório.¹⁰

Assim sendo, visando a garantia de um contraditório concreto e eficaz, é imprescindível a não inclusão do juiz entre os protagonistas - acusação e defesa - no espaço dialético de produção probatória. A função do julgador, até o momento da sentença, é a de garantir as regras do jogo processual, ou seja, será responsável por fiscalizar a regularidade na produção das provas.¹¹

Diante do exposto, constata-se a enorme diferença entre o julgador dos sistemas inquisitório e do acusatório. Naquele, o juiz é atuante no sentido de buscar a prova e, via de consequência, seu próprio convencimento, pois como representante de um interesse punitivo, lhe é concedida capacidade investigativa. Por sua vez, ante um sistema acusatório, a posição do juiz corresponde a um juiz-espectador, imparcial, equidistante das partes e, portanto, afastado da gestão da prova, zelando pelas garantias individuais das partes, como adiante será visto.

¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18 ed. rev. e ampl. Editora Atlas: São Paulo, 2014, p. 11/12.

¹¹ CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Op. Cit.*, p. 72.

Importa ressaltar que a mera separação entre as funções de acusar e julgar na mão de sujeitos distintos, ou melhor, a existência formal de um acusador diferente do julgador, não satisfaz a característica elementar do sistema acusatório. Impreterivelmente, tal separação de funções deverá ocorrer em concreto, na prática. De nada ou pouco adianta estabelecer os limites formais de exercício de função dos sujeitos, se na atuação perante o caso concreto as distinções não forem devidamente respeitadas.

Em outras palavras, a separação inicial das funções acusar, defender e julgar não condiz com o sistema processual penal baseado no princípio acusatório se ao longo do processo for permitida ao julgador a atuação de ofício na gestão da prova, ou seja, sem provocação. É fundamental que o desmembramento das funções não se rompa durante a instrução processual.

Em suma, as características essenciais de um modelo acusatório são: (i) a repartição das funções processuais – acusar, defender e julgar – entre três sujeitos processuais diferentes; (ii) a gestão da prova nas mãos das partes, que exercem o contraditório em igualdade de condições e constroem a solução do caso de forma dialética; (iii) e o acusado como parte, ou seja, sujeito processual possuidor de direitos, e não mero objeto de investigação.

Indubitavelmente, o sistema acusatório é o modelo de processo penal mais comprometido com as garantias individuais do acusado, tido como sujeito de direitos, uma vez que busca resguardar a imparcialidade do julgador, mantendo-o afastado das teses apresentadas durante o processo. Há uma diminuição do poder punitivo estatal pelo fato de não existir uma concentração de funções nas mãos do juiz, como no modelo inquisitório. Outra vez, elucidam os ilustres professores Rubens Casara e Antonio Pedro Melchior¹²:

[...] o sistema acusatório é o que mais se identifica com o projeto político-constitucional de redução do poder estatal, de efetividade das garantias constitucionais e com o Estado de direito. O sistema inquisitivo, ao contrário, “responde a uma concepção absoluta do poder central, à prevalência do valor da autoridade, à centralização do poder de maneira que todos os atributos inerentes à soberania se reúnam em uma única mão”.

¹² CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Op. Cit.*, p. 87.

A Constituição Federal de 1988 adotou, de forma clara e indiscutível, o sistema processual penal acusatório ao tornar função privativa do Ministério Público a propositura de ação penal pública (art. 129, inciso I da CF)¹³.

O problema, entretanto, está no fato de que “*na prática muitas vezes não se observam os elementos essenciais do sistema acusatório*”¹⁴, conforme assevera Geraldo Prado. Tais inconvenientes serão afastados apenas através de uma leitura constitucional do processo penal, ou seja, da aplicação da estrutura processual ordinária em conformidade com a Carta Magna.

1.3 A falácia do sistema processual misto e o sistema brasileiro

Com origem situada no Código napoleônico de 1808, o sistema misto nasce de uma junção entre os sistemas inquisitório e acusatório.

Foi intitulado misto por ser dividido em duas fases: uma primeira fase de viés inquisitorial – “*escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado da liberdade*”¹⁵; e uma segunda fase predominantemente acusatória, caracterizada pela existência de um contraditório público e oral entre a acusação e a defesa.

Uma vez criado a partir da união de dois sistemas diametralmente opostos, e, naturalmente, provenientes de princípios unificadores distintos, nota-se a ausência de um princípio unificador fundante de um suposto sistema misto.

Conforme, acertadamente, aponta Miranda Coutinho¹⁶, o denominado sistema misto é desprovido de um princípio unificador próprio e, por conta disso, será essencialmente inquisitório, com algumas particularidades (secundárias) oriundas do modelo acusatório, ou

¹³ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

¹⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 7.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 454.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. p. 18 *apud* CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Op. Cit.*, p. 84.

será essencialmente acusatório, com elementos (também secundários) adotados do sistema inquisitório.

A conclusão a que chegaram Casara e Melchior, portanto, é a de que “*o chamado sistema misto é uma falácia do ponto de vista de uma teoria dos sistemas*”¹⁷, dada a inexistência de um princípio unificador apropriado para orientar e conduzir todos os elementos do referido sistema.

Aury Lopes Jr.¹⁸ defende a revisão do pensamento tradicional que abraça a ideia da existência de um sistema processual penal misto. O professor considera o entendimento reducionista, uma vez que, atualmente, os modelos puros – acusatório e inquisitório – são apenas uma referência histórica, tendo em vista que todos os sistemas são mistos na prática. Logo, o que se torna determinante é a análise com relação ao núcleo fundante, ao princípio unificador, para verificar se há o predomínio de uma ou outra estrutura processual, ou seja, se o princípio orientador é inquisitivo (com a gestão da prova sob responsabilidade do julgador) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes – acusação e defesa):

Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.¹⁹

Assim, como será classificado o sistema processual penal brasileiro contemporâneo?

A doutrina brasileira, majoritariamente, ainda classifica o nosso sistema como sendo um sistema misto, pelo fato de encontrarmos duas etapas: uma primeira fase em que há o predomínio da vertente inquisitória (fase probatória que visa a colheita de elementos que informarão ao Estado sobre a ocorrência e autoria de um crime - inquérito policial e demais procedimentos investigativos pré-processuais) e uma segunda fase predominantemente acusatória (o processo judicial em contraditório, realizado dentro de uma estrutura formal de repartição das funções de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos).

¹⁷ CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Op. Cit.*, p. 84.

¹⁸ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 45.

¹⁹ *Ibidem*, p. 41.

Levando tal fato em consideração, uma grande parcela da doutrina opta por estabelecer o sistema processual penal brasileiro como misto. Afinal, nosso modelo contém elementos pertencentes tanto ao sistema acusatório quanto ao sistema inquisitorial. No entanto, se levarmos em consideração que todo sistema processual pressupõe um princípio unificador (o que se infere da própria definição de sistema), é simples compreender a incoerência teórica do sistema misto, devido a impossibilidade de um princípio misto.

Dessa maneira, a afirmação de que o sistema processual penal brasileiro é misto não merece prosperar, já que *“dizer que um sistema é misto é não dizer quase nada sobre ele, pois misto todos são”*²⁰.

Na experiência prática, os sistemas acusatório e inquisitório não aparecem em estado puro, mas constantemente misturados. Atualmente, não é possível encontrar um sistema que tenha adotado todas, e exclusivamente, as características essenciais de um modelo processual em detrimento das do outro.

A Constituição da República de 1988 nitidamente demarca a escolha pelo sistema acusatório, uma vez que retrata o núcleo desse sistema ao estabelecer a separação entre as funções de acusar e julgar (acusação como atividade do Ministério Público – art. 129), e, em especial, ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de inocência.

Certamente, não se trata de um sistema acusatório puro. Deve-se ponderar que o Código de Processo Penal de 1941 possui inspiração no modelo fascista italiano, autoritário, que faz prevalecer a preocupação com a segurança pública, pautando-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente.

O legislador constituinte, entretanto, caminhou em direção diametralmente oposta, sendo extremamente necessária uma releitura da legislação infraconstitucional diante da ordem constitucional. Em outras palavras, o Código de Processo Penal deve ser interpretado à luz dos princípios, direitos e garantias incorporados pela Carta Magna promulgada em 1988.

²⁰ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 47.

Novamente, assiste razão ao professor Aury, que afirma sobre a indispensabilidade de se fazer uma filtragem constitucional dos dispositivos infraconstitucionais:

A Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma ‘filtragem constitucional’ dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório, pois são ‘substancialmente inconstitucionais’.²¹

Ressalta-se, portanto, que no plano normativo, a nossa Constituição foi clara ao optar pelo modelo acusatório, o que pode ser notado através de uma série de regras estabelecidas, além do já citado art. 129 - que confere titularidade exclusiva da ação penal pública para o Ministério Público -, como por exemplo: a previsão do devido processo legal (art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV); e da presunção de inocência (art. 5º, LVII).

No entanto, o grande obstáculo é a insistência da não submissão prática do Código de Processo Penal à filtragem constitucional, o que acarreta na corrupção do sistema acusatório. Ou seja, no cotidiano, o modelo acusatório traçado pelo legislador constituinte manifesta-se inquisitorial. Por conta disso, Julio Maier²² afirma que o chamado sistema misto é, em verdade, uma mera remodelação do sistema inquisitivo.

Por conta disso, alguns autores, como Aury Lopes Jr²³, que sustentam que o sistema penal brasileiro é essencialmente inquisitório (ou neoinquisitório), na medida em que ao longo do processo a gestão da prova está nas mãos do julgador, que assume papel ativo na atividade probatória, não bastando apenas a separação inicial das funções acusar e julgar.

Em um contexto no qual todo sistema é composto por uma simultaneidade de elementos, nem sempre guiados a um mesmo resultado, a escolha por um princípio nuclear é vital, como a única maneira de orientar a dispersão dos componentes.

Sendo assim, a opção constitucional por um sistema acusatório, condizente com o regime político democrático, norteia o caminho que deve ser seguido. De acordo com Rubens

²¹ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 49.

²² MAIER, Julio. **Derecho procesal penal argentino 1**. Buenos Aires, 1989, p. 213 *apud* CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Op. Cit.*, p. 85.

²³ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 47

Casara e Antonio Pedro Melchior²⁴, para que aconteça a mudança na funcionalidade concreta, o compromisso do ator jurídico é com a máxima acusatoriedade possível. Portanto, todo e qualquer dispositivo do CPP que possua traços inquisitórios, deve ser rejeitado, uma vez que inconstitucional.

²⁴ CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Op. Cit.*, p. 96.

2 – UM SISTEMA ACUSATÓRIO: DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS

Como anteriormente mencionado, a Constituição Brasileira de 1988 claramente adotou o modelo acusatório como fundante e orientador de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, é esse ideário constitucional que deve delimitar os limites do intérprete e das demais leis infraconstitucionais.

De acordo com o magistério de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: “*a Constituição brasileira é uma carta de princípios por meio da qual o povo assumiu um compromisso, um ideário político que amolda, tange, direciona toda a atividade do País, delimitando as atividades estatais e particulares, em busca de um fim comum*”²⁵.

A nossa Constituição foi minuciosa quando da demarcação dos limites da intervenção estatal na esfera das liberdades individuais, ou seja, traçou de forma precisa as hipóteses e formas em que é lícito ao Estado intervir no âmbito privado do cidadão. E é justamente esse o papel realizado pelos princípios e garantias processuais constitucionais, o de dar legitimidade à interferência estatal na esfera individual através do controle jurisdicional, fazendo com que caso haja a necessidade de imposição de uma constrição de direitos, ela seja extremamente necessária, adequada e proporcional²⁶.

Como o Código de Processo Penal vigente (Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941) foi promulgado em pleno Estado Novo - em cenário político foi demarcado pelo autoritarismo e por uma centralização do poder que, conseqüentemente, alargou a intervenção estatal na esfera privada -, sofreu diretamente as influências políticas do contexto em que foi estabelecido, evidenciando o traço político da época: a preponderância do interesse do Estado sobre o interesse do cidadão.

Com o advento da CF de 1988, orientada por outros princípios (completamente distintos daqueles preponderantes no contexto político, e conseqüentemente jurídico, de 1941), que moldam um Estado Democrático de Direito, é imprescindível que seja feita uma releitura do

²⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed., ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.

²⁶ *Idem*.

CPP a partir dos princípios constitucionalizados, visando uma adequação das antigas regras ao atual ideário constituinte. Segundo leciona Aury Lopes Jr. é *“imprescindível que o processo penal passe por uma constitucionalização, sofra uma profunda filtragem constitucional, estabelecendo-se um (inafastável) sistema de garantias mínimas”*²⁷.

Mais adiante, o jurista completa que *“todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal.”*²⁸

Ressalta-se que, além dos princípios processuais penais terem sido elencados na própria Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil também colaboraram com a inclusão de diversas garantias ao modelo processual penal brasileiro.²⁹

Uma vez que a ordem constitucional não deixa margem a dúvidas no que se refere a indispensabilidade de sujeitar a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, ao amparo e realização dos direitos humanos, considerados fundamentais no ordenamento constitucional³⁰, analisaremos neste capítulo alguns dos princípios constitucionais (salientando, desde já, que não é objeto do presente trabalho dissecá-los em seus pormenores).

2.1 O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade

No ordenamento nacional, antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, tal princípio apenas existia de maneira implícita, decorrente da cláusula do devido processo legal. Entretanto, com a Carta Constitucional de 88, o princípio da não culpabilidade foi expressamente consignado no inciso LVII do art. 5º: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Essa garantia também está prevista em outros institutos como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 9º³¹; no art. 11.1³² da Declaração

²⁷ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 57.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Com relação ao status normativo dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tem prevalecido a tese de supralegalidade, ou seja, estão abaixo da Constituição, mas acima da legislação interna – como o próprio CPP.

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. Cit.* p. 35.

³¹ Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Universal de Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia das Nações Unidas (ONU); e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, §2º^{33, 34}.

A presunção de inocência garante (ou deveria garantir) a todo e qualquer indivíduo o respeito a seu estado de inocência, que será afastado apenas após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, ou seja, depois de percorrido todo *iter* processual. Em outras palavras, assegura a liberdade do acusado perante o interesse coletivo voltado à repressão penal.

Consiste, portanto, em um direito de ser declarado culpado somente ao final do devido processo legal, através de sentença transitada em julgado, após o acusado ter se servido de todos os meios de prova convenientes para sua defesa – ampla defesa – e oportunos para desconstruir a credibilidade das provas expostas pela acusação – contraditório.

Conforme esclarece Badaró³⁵, o princípio da não culpabilidade é um componente fundante e estrutural do processo acusatório, de um sistema processual penal voltado para o respeito da dignidade e dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O princípio, como desenvolvido pelo professor Pacelli, impele a observância de dois preceitos específicos por parte do Poder Público com relação ao acusado: o primeiro, está relacionado a uma regra de tratamento, segundo a qual o indivíduo durante todo o *iter* persecutório não poderá sofrer restrições pessoais que se fundem unicamente na possibilidade futura de condenação; e o segundo, de natureza probatória, estipula que o ônus da prova é exclusivo da acusação, cabendo a esta o dever de comprovar a existência do fato e a autoria do mesmo. Ficaria a cargo da defesa apenas a demonstração de incidência ocasional de fatos que caracterizassem excludentes de ilicitude e culpabilidade alegados por ela³⁶.

³² Artigo 11.1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

³³ 8º, §2º Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodium, 2016, p. 16.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.* p. 63.

³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. Cit.*, p. 48.

Dessa maneira, não cabe ao acusado provar a sua inocência, mas a parte acusadora demonstrar a culpabilidade do indivíduo. Não havendo certeza com relação aos fatos que estão sendo discutidos em juízo, a decisão deve sempre ser a favor do imputado, que não possui obrigação de provar não ter praticado o delito. O ônus da prova recai integralmente sobre a parte acusadora.

Alguns autores, como Aury Lopes Jr., consideram ainda que a presunção de inocência impõe um dever de tratamento externo ao processo, exigindo uma proteção em combate à estigmatização do réu frente a uma publicidade abusiva, a uma exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial³⁷. Juntamente com as garantias constitucionais da imagem, privacidade e dignidade, a presunção de inocência demanda uma proteção em face da publicização excessiva e desmedida.

Em resumo, até que se prove o contrário - atividade exclusiva da parte acusadora - todo e qualquer indivíduo deverá obrigatoriamente ser considerado e tratado como se inocente fosse, porque o é, até a comprovação da sua culpa. Até que seja comprovada a culpabilidade do acusado, condenado através de sentença fundamentada nas provas acostadas aos autos e exercido o direito do contraditório e da ampla defesa, o sujeito é inocente.

2.2 A garantia do contraditório

Assegurado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal³⁸, o contraditório consiste na formalização do embate, disciplinado e ritualizado, entre partes contrárias, quais sejam: a acusação (que expressa o interesse punitivo estatal) e a defesa (que representa o interesse individual do acusado).

Inicialmente, o contraditório se resumia ao direito à informação e à possibilidade de reação, reduzido, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis. Ou seja, com base na concepção original do princípio do contraditório, no que se refere à reação, somente era necessário que a mesma fosse possibilitada (tratando-se, pois, de uma reação possível).

³⁷ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 96

³⁸ Art. 5º, LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

No entanto, com suporte nos ensinamentos do italiano Elio Fazzalari, passa-se a considerar e analisar dentro do contraditório o respeito à igualdade de tratamento, a *par conditio* ou paridade de armas. Em verdade, notou-se que a possibilidade formal de se manifestar e contestar atos da parte contrária, de nada, ou pouquíssimo, adiantava se não são oferecidos os meios para que sejam reais e efetivas as condições de contrariá-los. A possibilidade formal de reação não é suficiente por si só. É crucial que seja assegurado o equilíbrio entre as partes - acusação e defesa -, que devem estar munidas de forças similares³⁹.

Surge a necessidade de igualar os desiguais. Ao passo que se altera a concepção, há a superação de uma igualdade meramente formal, visando atingir uma igualdade substancial, real (a compreensão do princípio da isonomia é alterada). Expressando de outro modo, é preciso que seja assegurada uma participação igualitária e material dos sujeitos processuais no decorrer de todo o processo, proporcionando um contraditório pleno e efetivo. O contraditório, dessa forma, deixa de ser apenas uma possibilidade de participação, convertendo-se em uma realidade.

A reconstrução da história do delito (tomado como fato passado estudado e analisado no presente) será feita levando-se em consideração tanto a versão apresentada pela acusação como a versão alegada pela defesa⁴⁰. Lopes Jr. sustenta que o contraditório, garantia fundamental do modelo acusatório, traz a ‘oportunidade de fala’, ainda que a parte acusada não queira fazer uso desse direito. Nas palavras do autor: “o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade”⁴¹.

Analisando os efeitos da implementação do contraditório, Eugênio Pacelli conclui:

[...] uma estrutura dialética de afirmações e negações pode se revelar extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial, permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito. Decisão judicial que tem como suporte a participação efetiva dos interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão⁴².

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, p. 21-22.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 97.

⁴¹ *Ibidem*, p. 98.

⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. Cit.*, p. 44

À vista disso, impõe-se o contraditório ao longo de toda persecução criminal objetivando uma contribuição para uma maior aproximação possível com o fato delituoso em análise. Afinal, quanto maior a efetiva participação dialética das partes - acusação e defesa -, maior se torna a probabilidade de proximidade dos fatos, colaborando para uma aplicação mais eficaz do direito ao formar o convencimento do julgador perante uma estrutura dialética.

Ressalta-se um ponto tocado por Badaró em sua obra: a despeito de o contraditório estar ligado mais fortemente à questão fática do processo, considerando as atividades probatórias e argumentativas, também deve ser aplicado no que diz respeito às questões de direito, não existindo razão para que não se aplique a tais matérias⁴³. As partes devem ter oportunidade de manifestação, seja a matéria fática ou de direito, processual ou de mérito.

2.3 A ampla defesa

Instituída no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, juntamente com o contraditório, está a garantia da ampla defesa.

Vinculada diretamente ao princípio do contraditório, a ampla defesa garante-o e por meio dele se manifesta. O exercício da ampla defesa apenas torna-se viável em razão do direito à informação - elemento abarcado pelo contraditório -, bem como se exterioriza através do segundo elemento daquele princípio, a reação. Ou seja, ao passo que o contraditório reivindica a garantia de participação do acusado, é por meio da ampla defesa que tal participação é efetivada. Pellegrini Grinover⁴⁴ esclarece que a defesa e o contraditório estão intrinsecamente conectados, posto que o exercício de defesa emana do primeiro momento do contraditório (direito a informação), mas é justamente a defesa que garante e possibilita o contraditório.

No momento em que a Constituição assegura a ampla defesa, deve-se compreender que tal proteção engloba um direito a defesa técnica e a autodefesa, que se complementam. A primeira trata-se de uma defesa desempenhada por um profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória (seja advogado constituído, seja nomeado ou seja defensor público). Por sua vez, a

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 56.

⁴⁴ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 87.

autodefesa refere-se àquela exercida pelo próprio acusado em momentos essenciais do processo.⁴⁵

2.3.1 Defesa Técnica

A defesa técnica requer a assessoria de alguém com conhecimentos teóricos do Direito, portanto, deverá ser exercida pelo advogado.

É garantia indisponível e irrenunciável e para que tal defesa seja ampla e efetiva, conforme estabelece a Carta Magna, não há a possibilidade de que alguém seja processado sem que tenha a sua disposição um defensor qualificado. Assim também prevê o art. 261 do CPP, que a consagra expressamente: “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Conforme leciona, acertadamente, Lopes Jr.⁴⁶, a defesa técnica é justificada em razão de uma suposição acertada de que o indivíduo acusado não possui os conhecimentos suficientes e indispensáveis para que se resista à pretensão estatal, proporcionais as condições técnicas que tem o acusador. Isto é, o imputado encontra-se em uma situação de desvantagem com relação ao poder da autoridade estatal – responsável pela acusação.

Nesse sentido, o autor esclarece:

Trata-se, ainda, de verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive, fortalece a própria imparcialidade do juiz, pois, quanto mais atuante e eficiente forem ambas as partes, mais alheio ficará o julgador.⁴⁷

Por proporcionar a paridade de armas, não se pode admitir um processo penal sem a existência efetiva da defesa técnica. Caso o processo tenha seguimento sem que seja exercida a defesa técnica, independentemente do motivo que ensejou o prosseguimento do feito sem defensor técnico qualificado (seja advogado constituído, seja advogado dativo nomeado pelo

⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 58.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 99.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 100.

juiz ou seja defensor público), estaremos diante de um processo que afronta a garantia da ampla defesa e, por conta disso, maculado por nulidade absoluta – art. 564, inciso III, “c”⁴⁸.

Importante salientar que, caso o acusado seja hipossuficiente, não tenha condições de arcar com os custos de contratar um advogado para que exerça sua defesa técnica, poderá buscar o auxílio da Defensoria Pública, incumbida a orientar juridicamente e defender os necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CF⁴⁹. Da mesma maneira que o Estado estrutura um serviço de acusação, tem o dever de instituir um serviço público de defesa, uma vez que a tutela de inocência do imputado é um interesse social, além de individual⁵⁰.

2.3.2 Autodefesa

Juntamente com a defesa técnica, estão as atuações do acusado com o intuito de resistência pessoal à pretensão punitiva estatal. Logo, são chamadas de autodefesa ou defesa pessoal as atuações individuais do imputado que defende a si mesmo, em favor de seu interesse privado.

Aqui, diferentemente do que ocorre na defesa técnica, mesmo que não possa ser desconsiderada pelo magistrado, estamos diante de um direito disponível, renunciável, não sendo possível forçar o acusado a exercer tal direito.

Tal defesa, conforme explica Renato Brasileiro⁵¹, se revela no processo penal de várias formas: **a)** direito de audiência; **b)** direito de presença; e **c)** direito de postular pessoalmente.

O direito de audiência se concretiza por meio do interrogatório. Pode ser compreendido como o direito do acusado de apresentar ao magistrado a sua versão dos fatos que lhe foram imputados na peça acusatória. Sendo assim, aqui o acusado apresenta a sua defesa pessoalmente, em contato direto com o juiz natural.

⁴⁸ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

⁴⁹ Art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 100.

⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, p. 1035.

Destaca-se, entretanto, que o acusado não tem a obrigação de responder ou esclarecer qualquer indagação feita pelo juiz, em atenção ao direito ao silêncio, enunciado no art. 5º, inciso LXIII, da CF⁵², e dessa inércia não poderá resultar nenhum prejuízo jurídico, objetivo ou subjetivo, para o sujeito que resolveu calar-se. Não poderá, portanto, sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica como consequência do uso de tal prerrogativa: “*do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado*”⁵³.

Salienta-se que, apesar do inciso LXIII do art. 5º da CF fazer menção ao direito do “preso” permanecer em silêncio, impecavelmente sustenta Aury⁵⁴ que tal direito aplica-se também àquele sujeito que esteja em liberdade. Um fator contributivo expressivo é a previsão do art. 8.2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, onde se lê que toda pessoa (dessa maneira, presa ou em liberdade) tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, ou declarar-se culpada. Além disso, tal conclusão também pode ser extraída do próprio CPP, em seu art. 186⁵⁵.

Uma segunda forma de manifestação do direito a autodefesa, é o direito de presença. Neste, possibilita-se ao acusado o acompanhamento dos atos de instrução, promovendo uma colaboração do acusado ao defensor na realização da defesa. Por isso a relevância da obrigatória intimação do defensor e do acusado para todos os atos processuais. Contudo, levando-se em consideração que o direito de presença é um desdobramento da autodefesa, renunciável, conclui-se que o acompanhamento e o comparecimento do acusado aos atos processuais é, em princípio, um direito e não um dever ou obrigação.

Por fim, no que se refere ao terceiro desdobramento da autodefesa, depreende-se que em alguns momentos do processo penal, ao acusado é outorgado capacidade postulatória autônoma, ou seja, poderá postular independentemente da presença do seu advogado. Tal capacidade é concedida em algumas situações como: na interposição de recursos (art. 577, caput, CPP), na impetração de habeas corpus (art. 654, caput, CPP), ao ajuizar revisão

⁵² Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

⁵³ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 104.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 104.

⁵⁵ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

criminal (art. 623, CPP), bem como na formulação de pedidos relacionados à execução da pena (art. 195, caput, da Lei nº 7.210/84).⁵⁶

2.4 O princípio da publicidade

O art. 93, inciso IX, da Carta Magna⁵⁷ estabelece que, em regra, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, o que também é previsto, de maneira similar, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça” (Dec. 678/92, art. 8º, § 5º).

O princípio da publicidade é diametralmente oposto aos estados autoritários, regidos por um sistema processual penal inquisitório, em que a regra são os processos secretos. À vista disso, tal princípio, pode ser considerado como uma verdadeira exigência política, que tem como objetivo o controle do poder punitivo estatal, segundo expõe Gustavo Badaró⁵⁸:

O princípio da publicidade dos atos processuais tem direta relação com a legitimidade do exercício do poder de punir pelo Estado. Os processos secretos são típicos de Estados autoritários. O desconhecimento da existência do processo, ou mesmo de alguns dos seus atos, é uma forma de esconder as arbitrariedades do exercício do poder. Quando se faz algo errado ou ilegal, quanto menor o número de pessoas que tiverem conhecimento de tal ato, menor será a possibilidade de criticá-lo ou de demonstrar o equívoco do ato abusivo.

Entretanto, o autor sopesa que apesar do segredo ser um mal que corrompe o processo, também é preciso ficar atento quanto a exarcebação da publicidade processual, uma vez que esta poderá causar sérios danos aos sujeitos do processo – acusado e vítima⁵⁹. Assevera ainda que um “*forte sensacionalismo pode levar a um seríssimo comprometimento da serenidade do julgador que, em casos extremos, pode levar à perda da imparcialidade*”⁶⁰, em razão de uma sugestionabilidade ou, até mesmo, de uma verdadeira coação midiática sobre o julgador.

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, p. 30.

⁵⁷ Art. 93, IX - 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;

⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 69.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 72.

⁶⁰ *Idem*.

O princípio da publicidade, portanto, não é uma garantia absoluta, podendo sofrer restrições nas oportunidades em que o interesse público à informação precisará sucumbir por força de um outro interesse de maior relevância no caso concreto em análise.

O Código de Processo Penal, em seu art. 792, caput⁶¹, prevê a publicidade como regra, mas admite no §1º a possibilidade de que seja decretada pelo magistrado uma publicidade restrita tendo em vista a ocorrência de determinadas situações. A Constituição Federal, assim como o Código de 1941, admite restrições ao regime de publicidade.

Cabe ressaltar, no entanto, que a própria Carta Magna assegura que as restrições à publicidade dos atos processuais somente poderão se dar quando a defesa da intimidade ou o interesse social por isto reclamarem, de acordo com o previsto no art. 5º, inciso LX, da CF⁶².

2.5 O direito à duração razoável do processo

A Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, incluiu ao art. 5º da Constituição, o inciso LXXVIII⁶³, que assegura a razoável duração do processo, posto que ainda não havia dispositivo parecido no ordenamento pátrio.

Não se pode dizer, no entanto, que se tratava de um tema inovador, uma vez que essa garantia já estava prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (promulgada pelo Brasil através do Decreto n.º 678/1992⁶⁴), em seu art. 7º, n. 5⁶⁵. Dessa maneira, a emenda constitucional apenas acolheu o mesmo ideário protetor da CADH.

⁶¹ Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

⁶² Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

⁶³ Art. 5º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁶⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Op. Cit.* p. 251.

⁶⁵ Art. 7º, n. 5 – Toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

De acordo com o magistério de Aury Lopes Jr.⁶⁶, no momento em que um processo excede o limite da duração razoável, o Estado, indevidamente, se apodera do tempo do indivíduo, de maneira penosa e irreversível, independentemente de submeter o sujeito a uma prisão cautelar, já que o próprio processo, *per si*, é uma pena. Nesse sentido, o autor afirma que “*a questão da dilação indevida do processo também deve ser reconhecida quando o imputado está solto, pois ele pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia*”⁶⁷. Em continuidade ao raciocínio, Lopes Jr.⁶⁸ ensina, com acerto, que a punitividade não se trata apenas de uma questão espacial, no sentido de se estar intramuros, mas também do tempo de sujeição ao constrangimento estatal que é o processo em si.

É necessário que se compreenda que a pena-processo não traz como consequência somente um sacrifício econômico, mas também um desgaste social e psicológico⁶⁹. Justamente por isso, sustenta-se que haja uma razoabilidade no que se refere ao tempo de duração do processo, ou seja, um limite à eternização dos mesmos.

No Brasil, estamos diante de uma grave situação, uma vez que não foram estabelecidos limites para duração processual penal, o que deve ser objeto de normatização precisa.

A Constituição Brasileira optou pela doutrina do não prazo e, nesse contexto de imprecisão, Lopes Jr.⁷⁰ sugere que sejam adotados quatro critérios já utilizados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e pela Corte Americana de Direitos Humanos enquanto não existem limites temporais claros, quais sejam: **a)** a complexidade do caso; **b)** a atividade processual do interessado/imputado (que não poderá se favorecer da sua própria morosidade); **c)** a atuação das autoridades judiciárias; e, por fim, **d)** o princípio da razoabilidade.

Verifica-se, atualmente, que o sistema brasileiro é inapropriado, em virtude de não possuir elementos capazes de efetivar a garantia a um processo sem dilações descabidas, não se adequando, portanto, às diretrizes da CADH.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 76.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 76.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 77.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 78.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 82/83.

Segundo esclarecimentos do professor Aury Lopes Jr.⁷¹, a solução processual mais adequada no que se refere aos processos prorrogados além do prazo razoável, é a extinção do feito, pois, uma vez caracterizada a ilegitimidade do poder punitivo por conta de descuido ou inércia estatal, o processo deve findar. A continuidade do processo ofende o princípio da legalidade, que requer limites precisos. Assim, o autor reconhece a lucidez da interpretação do TEDH:

[...] lúcida interpretação do TEDH, no sentido de que o reconhecimento da culpabilidade do acusado através da sentença condenatória não justifica a duração excessiva do processo. É um importante alerta, frente à equivocada tendência de considerar que qualquer abuso ou excesso está justificado pela sentença condenatória ao final proferida, como se o “fim” justificasse os arbitrários “meios” empregados.⁷²

Pelo exposto, é urgente que sejam feitas reformas que visem a efetivação do princípio de duração razoável do processo, estabelecendo limites precisos na legislação pátria, objetivando combater a violação de direitos fundamentais que cresce na medida em que o processo se prolonga indevidamente.

2.6 O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não está expressamente previsto na Constituição de 1988. Por conta disso, há discussão doutrinária acerca da sua sede constitucional, considerado como inserido no princípio do devido processo legal, no princípio do Estado de Direito ou no princípio da dignidade⁷³.

De qualquer forma, a relevância do princípio da proporcionalidade na seara processual penal está no fato de avaliar a razoabilidade dos atos estatais, ou seja, exerce controle sobre o agir do Poder Público, visando conter os excessos praticados. Em outras palavras, condiciona o Poder Público a não agir de forma exagerada, imoderada.

Para se distanciar de um princípio vago, foram estabelecidos alguns contornos pela doutrina e jurisprudência, que identificaram pressupostos (legalidade e justificação teleológica) e requisitos (extrínsecos e intrínsecos).

⁷¹ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 89.

⁷² *Ibidem*, p. 91.

⁷³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Op. Cit.* p. 64.

Em decorrência do pressuposto de legalidade, conclui-se que as restrições processuais apenas existirão caso previstas em lei⁷⁴. Quando não houver previsão, não poderá haver restrição. Por sua vez, com relação ao pressuposto da justificação teleológica, Luis Gustavo Grandinetti leciona que o pressuposto “*limita a aplicação de qualquer restrição aos fins objetivados pela lei que a instituiu, ou seja, a restrição deve estar vinculada à proteção de outro interesse jurídico*”⁷⁵.

No que diz respeito aos requisitos extrínsecos, estão a judicialidade e a motivação. Do primeiro depreende-se que as limitações aos direitos fundamentais serão determinadas exclusivamente por órgão jurisdicional competente. Quanto à motivação, impõe-se à decisão judicial que restringiu direitos a devida fundamentação, expondo os motivos de fato e de direito que foram considerados, pois, dessa maneira, há a possibilidade de impugnação do ato pelo cidadão que o considerar inconstitucional ou ilegal⁷⁶.

Por fim, os requisitos intrínsecos são: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Com base na adequação, deve-se analisar se há uma relação de meio e fim, ou seja, se a medida restritiva é capaz de alcançar o resultado pretendido, não podendo permitir ataque a um direito fundamental em casos que o meio escolhido não é apropriado para atingir o resultado que se deseja.

O segundo requisito intrínseco, o da necessidade, faz com que a opção do Poder Público seja pela medida restritiva menos gravosa, a que menos interfira no direito fundamental que será restringido e que, ao mesmo tempo, seja eficiente na proteção do interesse público para o qual foi decretada (diminuição da interferência na esfera dos direitos individuais).

O último requisito, da proporcionalidade em sentido estrito, estabelece que seja feita uma ponderação entre o sacrifício do interesse individual e o interesse coletivo, reflexão do custo-benefício (danos causados versus resultados obtidos).

⁷⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Op. Cit.* p. 66.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, p. 50.

Em atenção à banalização e ao esvaziamento do princípio da proporcionalidade, no sentido de ser transformado em uma máxima segundo a qual não existiriam direitos absolutos, o ministro Eros Grau explicou, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal como relator do HC 95.009-4/SP, que “*em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta a supressão*”⁷⁷. Esta é a proporcionalidade que deve ser imposta no processo penal, pois quanto mais nos distanciarmos dela, mais próximos estaremos da barbárie.

2.7 O direito a intimidade

Previsto no inciso X do art. 5º da CF⁷⁸, o direito à intimidade está diretamente relacionado com o modo de organização da sociedade.

Grandinetti⁷⁹ elucida que a transformação da sociedade - que deixou de ser rural e passou a ser industrial - fez surgir diversos ambientes sociais distintos, ou seja, provocou a multiplicação de ambientes. Em razão disto, legitima-se o controle, pelo próprio indivíduo, das informações relativas a si próprio, possibilitando uma filtragem e fazendo com que ambientes específicos não tomem conhecimento de aspectos de sua personalidade, mesmo que já conhecidos em outro ambiente social, se assim desejar o sujeito.

Sendo assim, Ada Pellegrini delinea o direito à intimidade como “*a esfera de que o indivíduo necessita vitalmente para poder livre e harmoniosamente desenvolver sua personalidade, ao abrigo de interferências arbitrárias*”⁸⁰.

Em 1958, o alemão Henkel criou a teoria comumente chamada de ‘os três círculos concêntricos da intimidade’. O estudioso decompôs a intimidade da seguinte maneira: na primeira esfera, detentora do maior raio, estaria a vida privada *strictu sensu*, ou seja, episódios e atitudes que o indivíduo não deseja tornar públicos. No raio intermediário, estaria a esfera

⁷⁷ STF, HC 95.009-4/SP, Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 06.11.2008, m.v., itens 34 e 35 do voto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc95009eg.pdf>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

⁷⁸ Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁷⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Op. Cit.* p. 81.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 95 *apud* CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Op. Cit.* p. 82.

da intimidade, onde estariam os acontecimentos que o indivíduo compartilha com pessoas em quem tem certa confiança. Por fim, o menor círculo refere-se a esfera do segredo, de conhecimento exclusivo do indivíduo ou de pessoa especialmente autorizada. Logo, levando essa teoria em consideração, a proteção legal aumentaria na medida em que diminuísse o raio (ou seja, atingisse a menor esfera)⁸¹.

O direito à intimidade pode ser resumido, portanto, na garantia individual de impedir o conhecimento por outras pessoas daquilo que o indivíduo, como titular, não pretende revelar, sejam fatos, acontecimentos, pensamentos ou emoções.

Isto posto, salienta-se que do direito à intimidade (ou à vida privada) se desdobram vários outros direitos que estejam em território pessoal, de não conhecimento do público sem a prévia autorização do titular, como por exemplo, o direito ao sigilo telefônico.

2.7.1 A inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas

Decorrentes da garantia ao direito à intimidade, a proteção da correspondência e das comunicações - telegráficas, de dados e telefônicas -, está constitucionalmente prevista no inciso XII do art. 5º⁸².

Entretanto, o mesmo artigo que garante a inviolabilidade, ao final, admite uma possibilidade de restrição de tal direito, expressamente autorizada pelo juiz e que será efetivada através de lei ordinária.

Chama-se atenção para o seguinte: o dispositivo carece de redação precisa, o que o torna confuso, dando abertura a interpretações diversas com relação à aplicação da restrição, se é cabível para todos os tipos de comunicações citadas no artigo, ou se é cabível exclusivamente às comunicações telefônicas.

⁸¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Op. Cit.* p. 83.

⁸² Art. 5º, XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Apesar do debate sobre o assunto, a maior parte da doutrina assume que a restrição se refere apenas às comunicações telefônicas. O professor Geraldo Prado⁸³ explica, de forma convincente, que a Carta Magna possibilitou tal restrição (excepcional) às comunicações telefônicas porque estas não ficam armazenadas em lugar nenhum, são instantâneas, não sendo possível sua posterior apreensão, como pode ocorrer com os demais tipos – seja em papel (cartas), seja no sistema telegráfico (telegrama), seja no banco de dados do computador.

Em face da imprecisão do artigo, mais sensato limitar a intervenção estatal, interpretando a restrição apenas às comunicações telefônicas.

Como a referida norma constitucional é de eficácia contida, ou seja, depende de uma outra norma para sua aplicabilidade, a Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, surgiu para regulamentar a interceptação telefônica. Sendo assim, somente a partir dessa lei, e conforme as suas condições, a violabilidade das comunicações telefônicas é, em tese, lícita.

A Lei de Interceptações Telefônicas, objeto deste trabalho monográfico, será melhor abordada nos próximos capítulos.

⁸³ PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 71/72 *apud* CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Op. Cit.* p. 113.

3 - AS PROVAS⁸⁴

Por via indireta de interpretação, o direito à prova está assegurado constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, como forma do exercício do contraditório e da ampla defesa.

Conforme previsão do artigo 155 do Código de Processo Penal⁸⁵, verifica-se a relevância da prova na convicção do magistrado, alertando para a observância do contraditório e da ampla defesa quando da produção destas, definindo ainda as exceções nas quais estes princípios poderão ser mitigados (provas cautelares, não repetíveis e antecipadas)⁸⁶.

Guilherme Sousa Nucci esclarece que o termo prova é originário do termo latim *probatio*, que traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, confirmação ou aprovação. Decorrente deste, deriva o verbo provar, do latim *probare*, correspondendo a verificar, examinar, aprovar, reconhecer por experiência, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar⁸⁷.

Por sua vez, o eminente professor Luigi Ferrajoli propõe que se chame de prova “*o fato probatório experimentado no presente, do qual se infere o delito ou outro fato do passado*”⁸⁸. Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr. leciona que as provas são meios que possibilitam a reconstrução do fato passado (crime), destinadas a elucidar, instruir o julgador, uma vez que o processo penal deve ser visto como um instrumento de retrospectão, ou seja, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico⁸⁹.

⁸⁴ O estudo da teoria geral das provas não será exaurido no presente trabalho, em razão da sua grandeza e complexidade, que não cabem neste momento.

⁸⁵ Art. 155. 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, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

⁸⁶ Provas cautelares: são aquelas em que há risco de perecimento do objeto de prova em razão da demora, ou seja, é aquela que tende a desaparecer se não for produzida desde logo – nestes casos, o contraditório é exercido em juízo, posteriormente, com a possibilidade das partes argumentarem contra a prova, impugnam e oferecerem contraprova, é o chamado “contraditório diferido”; Provas não repetíveis: produzidas na fase de inquérito e que não podem ser reproduzidas em juízo; Provas antecipadas: as produzidas perante o juiz, em momento anterior àquele que seria adequado, em razão de sua urgência e relevância.

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 405.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 104.

⁸⁹ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 355.

Sendo assim, o objetivo da prova é propiciar ao julgador segurança na formação da convicção acerca da realidade dos fatos. Esta convicção íntima e racional deve ater-se ao conjunto produzido no processo, afastando as ideias pré-concebidas e a vivência pessoal, na medida do possível, o que macularia o princípio da imparcialidade do juiz⁹⁰.

Afirma Aury Lopes Jr.:

Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade cognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade cognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.⁹¹

Depreende-se, dessa maneira, que as provas são signos, materiais, ferramentas que proporcionam uma reconstrução histórica do fato que se quer conhecer, sobre as quais incidirá a averiguação das hipóteses formuladas (atribuição do julgador). Objetivam, portanto, convencer o juiz – dotadas de papel persuasivo. Segundo Pedro Aragoneses Alonso, a concepção de prova vincula-se a de atividade que busca conquistar o convencimento psicológico do juiz⁹².

3.1 A busca da verdade real (inalcançável)

Tendo como objetivo a reconstrução dos fatos investigados, a prova judiciária busca a maior correspondência possível com o que ocorreu no passado.

Erroneamente, durante muito tempo, acreditou-se na reconstrução da verdade, na possibilidade de saber efetivamente o que ocorreu no espaço e tempo pretéritos. Tal busca pela verdade real provocou o acolhimento de práticas probatórias das mais diversas, a despeito de estarem legalmente previstas, já que autorizadas pela sua nobre finalidade: a descoberta da verdade.

A disseminação de uma cultura inquisitorial pode ser considerada a consequência mais nefasta dessa busca pela verdade real, uma vez que, ao fazer crer que tal verdade estaria ao

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p. 408-409.

⁹¹ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 356.

⁹² ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de Derecho Processual Penal**. 5. Ed. Madrid, Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984. p. 251 *apud* LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 358.

alcance do Estado, tornou urgente a perseguição da mesma – meta principal do processo penal. A descoberta da verdade justificava a ampla iniciativa probatória dada ao julgador.

Atualmente, “*tem-se consciência de que a verdade absoluta ou ontológica é algo inatingível*”, conforme ensina Gustavo Badaró⁹³. A verdade alcançada dentro do processo, de acordo com o que foi demonstrado e extraído das provas, refere-se a um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que os fatos tenham ocorrido daquela maneira, não podendo ser considerada uma verdade real, absoluta, no entanto.

Nas palavras de Badaró:

Não existe mais a outrora tão propalada “verdade real”, muito menos o atingimento de tal verdade é o fim último do processo penal. Foi a crença em um modelo científico que permitiria, em qualquer caso, obter a verdade absoluta sobre os fatos, de um lado, e a importância política de um modelo de concentração de poder que desse ao julgador meios ilimitados para procurar tal verdade – mas, se sabia, sempre a “alcançaria” – que justificaram o modelo inquisitório.⁹⁴

Como já explicitado nos capítulos anteriores do presente trabalho, após o advento da Constituição Federal de 1988 - que instituiu um sistema de garantias e direitos individuais (art. 5º da CF) -, a atual configuração do modelo processual penal brasileiro não deve mais resguardar quaisquer posturas com características inquisitoriais. Impõe-se, portanto, o redimensionamento dos institutos relativos à produção probatória que adotem traços inquisitivos, em especial, no tocante a iniciativa probatória por parte do juiz⁹⁵.

Se por um lado o sistema inquisitório admite a relativização de garantias em prol da descoberta, a qualquer custo, da suposta verdade real, o modelo acusatório (adotado pela Constituição Brasileira) é pautado por um formalismo protetor⁹⁶. O processo acusatório deixa de lado o ranço inquisitório de buscar a condenação e valora o respeito às garantias, às regras do jogo. A busca da verdade real não é mais o fim último do processo penal.

Conclui-se, dessa forma, que a verdade real é inalcançável e as provas são meios que proporcionam a reconstrução aproximada (e não exata) de fatos ocorridos no passado.

⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 381.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 383.

⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. Cit.*, p. 334.

⁹⁶ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 365.

3.2 A distinção entre fontes de prova, meios de prova e meios de obtenção de provas

Cometido o crime, entende-se por fonte de prova tudo aquilo que possa auxiliar no esclarecimento quanto a existência desse fato delituoso. Isto é, usa-se a expressão fonte de prova para indicar todas as pessoas (fontes pessoais – testemunhas, acusado, ofendido, peritos) ou coisas (fontes reais - documentos) das quais são extraídas as provas.

As fontes de prova são anteriores ao processo e independem da existência do mesmo. Emanam do próprio fato delituoso e são incorporadas ao processo através dos meios de prova⁹⁷.

De forma exemplificativa, imaginando que um determinado crime seja cometido dentro de um local X, todas as pessoas que ali estavam presentes e presenciaram o cometimento do delito serão consideradas fontes de prova. Entretanto, a incorporação das informações que tais pessoas possuem ao processo, para apreciação judicial, ocorrerá através de um meio de prova, nesse caso especificamente, pela prova testemunhal.

Conforme anteriormente mencionado, os meios de prova, por sua vez, são os instrumentos que introduzem as fontes de prova no processo. Diferentemente das fontes de prova, os meios de prova apenas existem no processo, uma vez que correspondem a uma atividade endoprocessual⁹⁸, desenvolvida perante o juiz, com a participação das partes (em um sistema processual penal acusatório, como apresentado no primeiro capítulo deste trabalho), aspirando a fixação de dados probatórios no processo.

Esclarece Lopes Jr. que o meio de prova “*é o meio através do qual se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão*”⁹⁹.

Insta salientar que os meios de prova poderão ser lícitos ou ilícitos e apenas os primeiros deverão ser admitidos pelo magistrado, de acordo com o disposto no art. 157 do

⁹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.* p. 474.

⁹⁸ No direito, significa tudo aquilo que está dentro do processo.

⁹⁹ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 366

CPP¹⁰⁰, que estabelece a inadmissibilidade das provas ilícitas (entendidas como aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais) e o seu desentranhamento dos autos.

Por sua vez, os meios de obtenção de provas, também chamados meios de investigação ou de pesquisa de provas, são procedimentos regulados por lei que visam obter, colher fontes ou elementos de prova¹⁰¹, como por exemplo, as interceptações telefônicas e as buscas e apreensões.

Os meios de pesquisa de provas, como explica Magalhães Gomes Filho, não são considerados por si só fontes de conhecimento, são usados para colher coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Ou seja, são métodos, caminhos para se alcançar a prova, não são provas propriamente ditas¹⁰².

Em regra, os meios de obtenção de provas são extraprocessuais e têm a surpresa como uma importante característica. Ou seja, precisam ser produzidos sem a comunicação prévia à parte que sofrerá o procedimento (o oposto do que acontece nos meios de prova, que rigorosamente devem observar o contraditório, que implica tanto o conhecimento em relação a produção da prova, quanto a efetiva participação na realização da mesma). Segundo ensina Gustavo Henrique Badaró:

Uma característica dos meios de obtenção de prova apontada pela doutrina é o seu caráter de surpresa. Ou seja, sua eficiência visando à efetiva colheita de elementos de prova úteis depende do desconhecimento do investigado de que é ou será alvo de busca e apreensão, de interceptação telefônica etc. Justamente por isso afirma-se que nestes casos o requerimento, a admissibilidade e a efetiva realização de tal meio devem ocorrer sem a ciência da parte investigada, sendo o resultado de tal operação submetido, posteriormente, ao contraditório diferido.¹⁰³

Por conta de seu caráter de surpresa, via de regra, os meios de obtenção de prova acarretam restrição a direitos fundamentais do investigado, normalmente associados à intimidade, privacidade ou liberdade de manifestação do pensamento, o que pode ser notado

¹⁰⁰ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

¹⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. Cit.* p. 389.

¹⁰² **Notas sobre a terminologia da prova – reflexos no processo penal brasileiro.** In: YARSHELL, Flávio Luiz e ZANOIDE DE MORAES, Maurício (orgs.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, DSJ Ed., 2005. p. 303-318 *apud* LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 366.

¹⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 389/390.

na realização de interceptações telefônicas - exceção constitucionalmente prevista à liberdade de comunicação telefônica (art. 5º, XII, CF).

Ressalta-se que a diferenciação entre meios de prova e meios de obtenção de prova é relevante quando irrompem eventuais irregularidades no momento de sua produção. Isso se dá pelo fato de que quando da ocorrência de possíveis vícios relacionados aos meios de prova, a consequência gerada é a nulidade da prova produzida, já que se trata de atividade endoprocessual. Em contrapartida, quando verificada alguma irregularidade ou violação de regras quanto ao meio de obtenção de prova, por ser extraprocessual, trará como consequência o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo (art. 5.º, inciso LVI da CF), devendo ser desentranhada dos autos (art. 157, caput, CPP).

Deve-se esclarecer ainda que elementos de prova se referem ao dado bruto que se extrai da fonte de prova, ainda não valorado pelo julgador. Já o resultado probatório é a conclusão do juiz com relação a credibilidade da fonte e atendibilidade do elemento obtido.

Por fim, atividade probatória está relacionada com o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato.

4 – AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A inviolabilidade das comunicações telefônicas – conforme esclarecido no capítulo 2 deste trabalho – é uma decorrência do direito à intimidade, que está previsto no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988. No entanto, o mesmo dispositivo que prevê a inviolabilidade, acolhe a possibilidade de que tal direito seja restringido.

Em razão da referida norma constitucional depender de uma outra norma para sua aplicabilidade (norma de eficácia contida), a existência de um estatuto jurídico específico para a regulamentação das interceptações telefônicas tornou-se indispensável. Sendo assim, em 24 de julho de 1996, foi decretada a Lei de Interceptações Telefônicas – Lei n.º 9.296/96.

A partir da vigência da Lei 9.296/96, portanto, o direito constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas e, conseqüentemente, o direito à intimidade, passam a ser passíveis de restrição legítima, conforme as regras, condições e hipóteses previstas no texto legal.

Uma importante ressalva deve ser feita com relação ao âmbito de aplicação da referida Lei: ela disciplina a interceptação telefônica em sentido estrito, ou seja, aquela que ocorre quando um terceiro capta, sem o conhecimento dos interlocutores, os sinais de comunicação telefônica de outrem¹⁰⁴.

À vista disso, algumas situações merecerem ser diferenciadas: 1) a captação, por um terceiro, de comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos interlocutores, é denominada interceptação telefônica (ou interceptação em sentido estrito) – há uma intervenção de terceiro na comunicação alheia, sem que os comunicadores saibam disso; 2) a escuta telefônica, por sua vez, consiste na comunicação telefônica em que apesar de existir a interferência de um terceiro, um dos interlocutores tem ciência disto – ou seja, um dos interlocutores permite a intromissão do terceiro; 3) chama-se de gravação telefônica clandestina a gravação de comunicação telefônica por um dos interlocutores, sem que a outra parte saiba – é uma gravação da própria comunicação sem o conhecimento do outro interlocutor; 4) a conversa entre presentes gravada por um terceiro que não participa da comunicação, sem o conhecimento dos interlocutores, é nomeada de interceptação ambiental;

¹⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 510.

por fim, 5) a comunicação entre presentes gravada por um dos interlocutores, sem que o outro tenha conhecimento, consiste na gravação ambiental.¹⁰⁵

Algumas outras situações podem ser imaginadas, entretanto, não cabem no presente estudo, uma vez que, por existir a ciência e anuência de todos os interlocutores da comunicação, não possuem relevância jurídica no que diz respeito a liberdade das comunicações e a proteção da intimidade.

Após diferenciação, frisa-se que a Lei 9.296/96 regulamenta apenas a primeira hipótese, qual seja, a interceptação telefônica em sentido estrito.

No que se refere a natureza jurídica da medida, de acordo com o esclarecido no capítulo anterior, temos que a interceptação telefônica é um meio de obtenção de prova, isto é, é um procedimento regulado por lei que tem como objetivo colher elementos ou fontes de prova.

A interceptação não é considerada, por si só, fonte de conhecimento. É um método para se alcançar a prova, não sendo uma prova propriamente dita. Conforme leciona Gustavo Badaró¹⁰⁶, a interceptação das conversas, somente, não ilustra fato juridicamente significativo para o processo, no entanto, o conteúdo das conversas interceptadas, quando incluído no processo, poderá constituir prova. Em resumo, nas palavras do professor, “*por meio da interceptação telefônica são obtidos elementos de prova*”¹⁰⁷.

Como medida restritiva de direitos constitucionalmente previstos, diferentemente do que se verifica nos dias de hoje, a interceptação deverá ser uma providência excepcional e, quando utilizada, todos os requisitos estipulados em lei deverão estar presentes. Logo, analisaremos os requisitos determinados pelo legislador.

4.1 Requisitos para a interceptação de comunicações telefônicas

A Lei n.º 9.296/1996, em seu artigo 2º, estabeleceu requisitos negativos, ou seja, indicou em quais casos não é possível decretar a interceptação. Ao invés de definir em quais

¹⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 504.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 511.

¹⁰⁷ *Idem*.

hipóteses a medida é cabível, fez o oposto, determinou três requisitos que não podem ocorrer para que seja admissível a referida restrição de direito fundamental.

Desde já, enfatiza-se que a forma escolhida pelo legislador para disciplinar tal medida, que restringe direito fundamental do investigado ou acusado, não foi a melhor opção. Já que a liberdade de comunicação é a regra, o legislador deveria ter optado por disciplinar, precisa e categoricamente, em quais situações a quebra de sigilo telefônico seria aceitável¹⁰⁸. Conforme acertadamente assevera Badaró, “a disciplina negativa permite que, fora o campo de exclusão, em todas as demais hipóteses seja cabível a interpretação, com o alargamento da exceção permitida constitucionalmente”¹⁰⁹.

O artigo 2º da Lei n.º 9.296/1996 prevê:

Art. 2º 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.

Parágrafo único. 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.

Assim, o primeiro requisito negativo (art. 2º, I) vincula a admissão da interceptação telefônica à existência de indícios razoáveis da autoria, ou seja, de que o sujeito a sofrer a interceptação tenha cometido ou participado do cometimento do delito. Meras suspeitas com relação a autoria não são válidas para cumprir esse primeiro requisito. Certamente, não é necessária a certeza, mas deve ser levado em consideração um grau de probabilidade – é preciso que predominem elementos convergentes no tocante à autoria delitiva, e não elementos divergentes¹¹⁰.

O requerimento do Ministério Público, a representação da autoridade policial e até mesmo a determinação de ofício pelo juiz, adiante abordada, precisam estar acompanhados de elementos informativos formulados com base na investigação e que demonstrem grandes chances de que o indivíduo a ser interceptado é o autor da infração penal.

¹⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 512.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 512.

¹¹⁰ *Idem*.

O segundo requisito negativo (art. 2º, II) condiciona a autorização da interceptação desde que a prova que se pretende produzir não possa ser feita através de outros métodos, sendo reforçado pelo artigo 4º, caput, da mesma Lei¹¹¹, que prevê que no pedido de interceptação de comunicação telefônica deverá ser demonstrado que a sua realização é essencial para apuração da infração penal.

É crucial que seja indicado por quais motivos a reconstrução fática não será possível senão por meio da interceptação telefônica. Aqui, não é o bastante alegar que a investigação não poderá ser realizada por outros meios, isso seria apenas reproduzir os termos da lei, não sendo suficiente para satisfazer o requisito.

Há que se demonstrar a real necessidade da interceptação telefônica, não pode ser utilizada simplesmente por ser um meio mais fácil e cômodo para a investigação¹¹².

A excepcionalidade caracterizadora desse meio de investigação faz presumir a indispensável apresentação de justificativa empírica da necessidade de aplicação de tal medida. Não cabem pedidos e decisões que se resumam a uma simples repetição dos requisitos previstos em lei.

Nessa perspectiva, o requisito previsto no inciso II do art. 2º da lei 9.296/96 demarca o meio de obtenção de prova que é a interceptação como *ultima ratio*, ou seja, a escolha por esse meio é a última opção possível. Antes de interceptar e, conseqüentemente, restringir direitos fundamentais do indivíduo investigado, é preciso que se esgotem todos os outros meios capazes de obter as provas que serão acostadas ao processo.

¹¹¹ Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

¹¹² HC 0049876-36.2012.4.01.0000, Rel. Des. Tourinho Neto *apud* ROSA, Alexandre Morais da; MINAGÉ, Thiago M. Interceptação Telefônica – O jogo (sujo) na interceptação: Compartilhamento e barriga de aluguel. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. **Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei n.º 9.296/96**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 23.

Dentre todas as medidas que restringem direitos fundamentais, o Poder Público deverá sempre optar pela menos gravosa, como estabelece o princípio da proporcionalidade (abordado no capítulo 2, subcapítulo 2.6 deste trabalho). A busca é pela medida investigatória que ao mesmo tempo que é capaz de atingir o fim que se deseja, é também aquela que produzirá menores restrições à liberdade individual do investigado.

Levando em consideração a alarmante violação ao direito à intimidade resultante da interceptação telefônica, não só com relação ao investigado, mas também aos terceiros que com ele se comunicaram, antes de decretar tal medida, o magistrado tem o dever de averiguar se não há um outro meio de obtenção de prova menos ofensivo.

Por fim, o terceiro requisito negativo (art. 2º, III) é o fato investigado consistir em infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Em outras palavras, a interceptação telefônica será admitida exclusivamente nos casos em que o crime investigado é punido com reclusão. Fica impossibilitada, dessa maneira, o uso da interceptação nos casos de contravenções penais e nos delitos que sejam punidos com detenção¹¹³.

4.2 Interceptação telefônica e o obscurantismo inquisitorial na produção na prova

Neste trabalho, serão abordados três pontos considerados cruciais para a verificação de uma aproximação a um modelo inquisitorial quando da realização da interceptação telefônica (em desacordo com os mandamentos e princípios acolhidos pela Constituição de 1988 ao optar por um sistema processual acusatório), seja em razão da previsão legal, seja por conta da interpretação que vem sendo dada pela jurisprudência.

4.2.1 Determinação de ofício pelo juiz (inquisidor)

O artigo 3º da Lei n.º 9.296/96¹¹⁴, em desacordo com um sistema processual acusatório – modelo escolhido pela norma constitucional brasileira, prevê a possibilidade da interceptação telefônica ser determinada de ofício pelo juiz.

¹¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 513.

¹¹⁴ Art. 3º 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.

Como abordado de forma mais detalhada no primeiro capítulo deste trabalho, a separação inicial de funções (acusar, defender e julgar) entre sujeitos processuais distintos não basta para que estejamos perante um sistema acusatório, base de um Estado Democrático de Direito.

É imprescindível que se observe uma separação de funções durante toda a persecução criminal. Não cabe ao juiz, dentro de um modelo acusatório, a gestão da prova. A prática de atos de natureza probatória pelo julgador é inconciliável ao sistema processual penal escolhido pela Constituição de 1988.

O magistrado, no que se refere à reconstrução dos fatos, por não ser dotado de interesse probatório, deve permanecer inerte, cabendo à agência judicial apenas assegurar a regularidade do feito. Assim, urge-se por um julgador distante da produção das provas.

O artigo em questão, portanto, ao estabelecer a possibilidade da interceptação ser decretada de ofício pelo magistrado, aproxima-o de uma função investigativa, persecutória. Conseqüentemente, um juiz atuante, no sentido de buscar a prova, nos aproxima de um modelo inquisitorial.¹¹⁵

Nessa linha de pensamento, acertada é a corrente defendida por Cervini e Gomes, apesar de minoritária, que declara inconstitucional a decretação de ofício da interceptação telefônica, vez que concede ao magistrado poderes inquisitórios.¹¹⁶

Em resumo, se perante um sistema acusatório há a obrigatoriedade de que o julgador se distancie da atividade probatória – pressuposto básico desse sistema –, o artigo 3º da Lei de Interceptações Telefônicas, está em desacordo com a opção constitucional pelo modelo acusatório, uma vez que estabelece a possibilidade de que o juiz atue no âmbito probatório de ofício, ou seja, sem que seja provocado por uma das partes – acusação ou defesa.

¹¹⁵ CÂMARA, Jorge Luis. A inserção da interceptação telefônica em um sistema acusatório coerente com a centralidade do direito de defesa. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. *Op. Cit.* p. 240.

¹¹⁶ CERVINI, Raul; GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 199. *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 515.

Isto posto, conclui-se pela inconstitucionalidade do referido artigo no que se refere a atuação judicial, devendo ser aceito somente no tocante a determinação do meio de obtenção de prova por requerimento da autoridade policial (art. 3º, I) – responsável por uma atividade persecutória, de investigação das infrações penais - ou do Ministério Público (art. 3º, II) – órgão que exerce a pretensão punitiva estatal.

Desse modo, no que pese a redação expressa do dispositivo trazer como possibilidade a decretação de interceptação telefônica de ofício pelo juiz, ao ser analisado à luz da Constituição Federal, verifica-se que o mesmo não está de acordo com os princípios e preceitos constitucionais. O que cabe ao julgador, desde que seja provocado, é a análise quanto a necessidade e proporcionalidade da implementação da interceptação, autorizando-a somente nos casos em que estejam presentes todos os requisitos analisados anteriormente (art. 2º da lei 9.296/96).

4.2.2 O tempo de duração da medida restritiva de direitos

A Lei n.º 9.296/96 prevê em seu art. 5º¹¹⁷ o prazo de duração da interceptação telefônica, qual seja, de 15 dias. Tal prazo, de acordo com o mesmo dispositivo, poderá ser renovado por igual período de tempo, desde que justificada a necessidade de renovação da diligência.

O inconveniente está no fato de não ter sido delimitado, expressamente, por quantas vezes poderia se dar a renovação do prazo. A inexistência de um limite trouxe como consequência a realização de interceptações por longos períodos de tempo, tendo em vista que o entendimento jurisprudencial que prevalece atualmente é o de que não há uma limitação quanto ao número de vezes que a medida poderá ser concedida, provocando, assim, o enfraquecimento da garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII, da CF).

Nas palavras do ilustre professor Gustavo Badaró:

¹¹⁷ 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.

A ausência de um marco cronológico absoluto representa um seríssimo déficit legislativo da Lei de Interceptação Telefônica – Lei nº 9.296/1996 – que, na prática tem permitido que o direito constitucional seja, muitas vezes, simplesmente aniquilado, por ingerências durante anos e anos. Com isso, muito mais do que suspender temporariamente o direito à liberdade das comunicações telefônicas, o direito do inciso XII do caput do art. 5º da Constituição tem sido substancialmente negado.¹¹⁸

É certo que a expressão “uma vez”, usada na parte final do artigo 5º, não está indicando o número de vezes que se pode prorrogar a medida, indica apenas qual o requisito para que isto possa ser feito¹¹⁹ – “*uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*”¹²⁰.

Contudo, isso não quer dizer que esse entendimento – de que não há limitação e a interceptação telefônica pode ser renovada tantas vezes quantas seja demonstrada a necessidade da medida para a investigação –, possa ser aceito e deva prosperar. É essencial que se faça uma apreciação constitucional da admissibilidade de restrição ao direito de liberdade de comunicações telefônicas que garanta, em última instância, o direito à intimidade do sujeito cuja intimidade é reiteradamente violada pela imposição da medida.¹²¹

Cabe o registro de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 13/06/2013, a repercussão geral da matéria no Recurso Extraordinário 625263/PR¹²² que tem como objeto a constitucionalidade de renovações consecutivas de interceptação telefônica¹²³. No que pese o mérito do recurso ainda não ter sido apreciado, o entendimento atual consiste na possibilidade das sucessivas prorrogações:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.
PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA,

¹¹⁸ BADARÓ, Gustavo. A busca da verdade no processo penal e os seus limites: Ainda e sempre o problema do prazo de duração da interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. *Op. Cit.* p. 189.

¹¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 519.

¹²⁰ Art. 5º da Lei n.º 9.296/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em: 18 de novembro de 2018.

¹²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 519.

¹²² Ementa: PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º; 93, INCISO IX; E 136, § 2º DA CF. ARTIGO 5º DA LEI N. 9.296/96. DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DE SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DA MEDIDA. ALEGAÇÃO DE COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RELEVÂNCIA SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA DA MATÉRIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (RE 625263 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 13/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 06-09-2013 PUBLIC 09-09-2013). Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000698&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 20/11/2018.

¹²³ SCHREIBER, Simone. Algumas reflexões sobre a medida cautelar de interceptação telefônica, vinte anos depois. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. *Op. Cit.* p. 454-455.

QUADRILHA E FRAUDE EM LICITAÇÕES. ARTIGOS 288 E 333, DO CÓDIGO PENAL, E 92, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/93. HABEAS CORPUS ORIGINARIAMENTE SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.** AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ALEGAÇÃO DE PREVENÇÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. PRECLUSÃO. ARTIGO 67, § 6º, DO RISTF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. Nos autos do RE 625.263, foi reconhecida a repercussão geral da matéria quanto à constitucionalidade de sucessivas prorrogações de interceptação telefônica, tendo esta Corte inúmeros precedentes admitindo essa possibilidade (HC 120.027, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 18/2/2016; HC 120.027, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 24/11/2015; HC 106.225, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22/3/2012)** 2. In casu, o recorrente foi denunciado, juntamente com outros cinco corréus, pela prática dos crimes previstos nos artigos 288 e 333, do Código Penal, e artigo 92, parágrafo único, da Lei 8.666/93. 3. Inexiste excepcionalidade que permita a concessão da ordem de ofício ante a ausência de teratologia na decisão atacada, flagrante ilegalidade ou abuso de poder. 4. Verifica-se a existência de óbice processual, porquanto o habeas corpus impetrado perante o Tribunal a quo foi manejado em substituição a recurso cabível. 5. A alegação de prevenção para distribuição do processo deve ocorrer na primeira oportunidade em que a parte se manifestar nos autos, sob pena de preclusão, nos termos do artigo 67, § 6º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 6. Agravo regimental desprovido. (RHC 117495 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-130 DIVULG 16-06-2017 PUBLIC 19-06-2017)¹²⁴

Geraldo Prado¹²⁵ esclarece que, ao se admitir a possibilidade de sucessivas prorrogações de interceptações, ao invés de ser fixado um prazo máximo para realização da medida, o princípio da razoabilidade é lesionado, bem como ocorre o distanciamento da interpretação sistemática da Constituição, já que se prioriza a segurança pública em prejuízo de um juiz garantidor dos direitos fundamentais, como indicado na Carta Magna.

Para que não ocorra um esvaziamento absoluto do direito constitucional à liberdade das comunicações telefônicas, é imperioso que seja estabelecido um prazo máximo de duração da intervenção estatal na liberdade individual, feita por meio da interceptação telefônica. De outro modo, “*nenhuma restrição a direito fundamental pode ser ilimitada, sob pena de transformar a simples restrição em supressão do direito afetado*”¹²⁶.

¹²⁴ Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000326734&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20/11/2018.

¹²⁵ PRADO, Geraldo. Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45-46 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 520.

¹²⁶ BADARÓ, Gustavo. *Op. Cit.* In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. *Op. Cit.* p. 202.

Perante essa situação, mais uma vez o renomado professor Geraldo Prado adverte que é preciso ser feita uma análise com base em todo o conjunto de normas previstas no texto constitucional, e não apenas levar em consideração as regras específicas de determinado tema¹²⁷.

Em continuidade, expõe a inconsistência no tratamento da prorrogação do prazo das interceptações pela jurisprudência atual: o sigilo das comunicações telefônicas pode ser restringido por um período indeterminado durante o tempo em que a democracia está funcionando regularmente; em contrapartida, quando do Estado de Defesa (art. 136 da CF) – situação em que a democracia se encontra em estado de suspensão excepcional –, a quebra da inviolabilidade das comunicações poderá ocorrer dentro de um prazo máximo de 30 dias¹²⁸.

Pelo exposto, a conclusão a que chega o professor, é a de que o prazo de duração de uma interceptação telefônica não deve ser superior ao previsto na situação excepcional do Estado de Defesa – prazo máximo de 30 dias, para que a medida seja realizada de acordo com as regras constitucionais pátrias¹²⁹. Ou seja, a interpretação que deve ser dada ao artigo 5º da lei n.º 9.296/96, para que esteja de acordo com os preceitos constitucionais, é a admissão de uma única prorrogação – prazo de 15 dias, prorrogável uma vez por mais 15 dias.

Atualmente, o entendimento e funcionamento dessa questão dá abertura a uma investigação desenfreada, que se distancia do princípio da presunção de inocência – presente em um sistema processual penal acusatório - e “procura até achar” algum fato que seja possível imputar ao investigado ou que “comprove” a autoria do crime por parte do acusado. Pode-se dizer que há um retorno ao preceito inquisitório de busca pela verdade real, que, nesse caso, será atingida através da “confissão”¹³⁰ pelo indivíduo interceptado.

O ranço inquisitório também está presente em razão do controle autoritário que é a intervenção de um terceiro, no caso o Estado, sobre todas as conversas particulares do sujeito,

¹²⁷ PRADO, Geraldo. Limite às interceptações telefônicas e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 24. *apud* CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; VALENÇA, Manuela Abath; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Por uma investigação preliminar democrática: O contraditório na interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. *Op. Cit.* p. 231.

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ SANTORO, Antonio. **A perene inconstitucionalidade da interceptação telefônica**. Disponível em: <http://www.academia.edu/3256750/A_perene_inconstitucionalidade_da_intercepta%C3%A7%C3%A3o_telef%C3%B4nica>. Acesso em: 18 de novembro de 2018.

que, em regra, deveriam ser invioláveis. Sendo assim, visando o afastamento de um modelo inquisitorial, deve ser levado em consideração que a prova não pode ser buscada a qualquer custo, e, justamente por isso, surge a necessidade da existência de limites na atividade probatória, dentre eles, o limite temporal.

Em resumo, faz-se necessário que se estabeleça, de forma precisa, um prazo máximo de duração das interceptações telefônicas, objetivando uma efetiva tutela ao direito da inviolabilidade das comunicações telefônicas e ao direito à intimidade. Não é aceitável a aquiescência à inexistência de uma limitação temporal para que finde a restrição de tais direitos constitucionais, que, na prática, acarreta na supressão dos próprios direitos¹³¹.

Até que se estabeleça um prazo máximo de duração das interceptações telefônicas, a conclusão a que se chega, com base nos princípios constitucionais, é a de que as restrições que se estendam por grandes períodos, além de um prazo razoável, devem ser consideradas ilícitas, por violarem preceitos fundamentais da Constituição Federal – lei que norteia todo o ordenamento jurídico.

4.2.3 A transcrição das conversas - requisito para o exercício de um contraditório efetivo

Uma regra de suma importância, trazida pela Lei n.º 9.296/96, é a prevista no §1º do art. 6º do mencionado diploma¹³². O referido dispositivo aborda dois pontos primordiais: a obrigatoriedade de se gravar o conteúdo interceptado e a necessidade de que este conteúdo seja transcrito.

A relevância dessa previsão relaciona-se com a utilidade desses mecanismos – de gravação e de transcrição – para o exercício do contraditório, garantia constitucional assegurada no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal (abordado no subcapítulo 2.2 deste trabalho).

¹³¹ BADARÓ, Gustavo. *Op. Cit.* In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. *Op. Cit.* p. 207.

¹³² Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º 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.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Não obstante haja previsão em lei, a jurisprudência tem entendido pela dispensabilidade da transcrição integral do conteúdo das gravações, o que fomenta a inutilização da regra de transcrição¹³³. A título de exemplo:

INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 20 DA LEI 7.492/1986, 1º, VI, DA LEI 9.613/1998, E 288, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LICITUDE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLHIDOS NA FASE INVESTIGATÓRIA. PRELIMINARES REJEITADAS. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. O conteúdo dos autos, incluídos os áudios das interceptações telefônicas utilizadas pela acusação, foi disponibilizado para a defesa, o que basta para que sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa. **2. À luz dos precedentes do STF, o art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/1996 deve ser interpretado no sentido de que a transcrição integral é somente de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer os fatos da causa penal (cf. Inq 2424, Pleno, DJe de 26-03-2010).** Não há notícia de que a defesa tenha solicitado a juntada de transcrição de algum trecho específico ou de que lhe fora negado amplo acesso ao conteúdo integral das interceptações realizadas. 3. O Supremo Tribunal Federal possui clara orientação no sentido de que são válidos os elementos probatórios indicativos da participação de pessoas detentoras de prerrogativa de foro no evento criminoso colhidos fortuitamente no curso de interceptação telefônica envolvendo indivíduos sem prerrogativa de foro. A validade dos elementos colhidos estende-se até mesmo em relação à identificação de outras práticas criminosas que não eram objeto da investigação original, desde que lícitamente realizada e devidamente autorizada por juízo competente ao tempo da decisão. Precedentes. 4. Esta Corte tem admitido a razoável prorrogação da medida, desde que as decisões sejam devidamente motivadas e observem o prazo de 15 (quinze) dias entre cada uma delas, como ocorreu na espécie. Precedentes. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a fundamentação per relationem constitui motivação válida e não ofende o disposto no art. 93, IX, da Constituição da República. Precedentes. 6. A fase processual do recebimento da denúncia é juízo de delibação, jamais de cognição exauriente. Não se pode, portanto, confundir os requisitos para o recebimento da denúncia, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 7. Denúncia que contém a adequada indicação da conduta delituosa imputada, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, o que permite o pleno exercício do direito de defesa. 8. Presença de substrato probatório mínimo em relação à materialidade e autoria. 9. O tipo penal previsto no art. 20 da Lei 7.492/1986 consoma-se no momento da aplicação dos recursos de financiamento em finalidade diversa daquela prevista em contrato. Ademais, o tipo penal “admite o concurso de pessoas, tanto na forma de coautoria quanto de participação [...] bastando, para tanto, que se avalie da intenção dos mesmos, já que o dolo é o elemento subjetivo do tipo” (HC 81852, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ de 14-06-2002). 10. Denúncia recebida. (Inq 2725, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 29-09-2015 PUBLIC 30-09-2015)¹³⁴

¹³³ CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; VALENÇA, Manuela Abath; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. *Op. Cit.* In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. *Op. Cit.* p. 232.

¹³⁴ Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000287407&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20/11/2018.

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Formação de quadrilha, falsidade ideológica e lavagem de dinheiro. Interceptações telefônicas. 1. As instâncias precedentes afirmaram que a interceptação telefônica foi precedida de diligências preliminares que demonstraram a “necessidade e indispensabilidade da medida”. Para dissentir-se desse entendimento seria necessário o revolvimento de fatos e provas, inviável na via do habeas corpus. 2. **“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” (Inq. 3693, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia). No mesmo sentido, o AI 685878-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 118621 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 31-08-2015 PUBLIC 01-09-2015)¹³⁵

A interpretação jurisprudencial, entretanto, há de ser criticada, sendo necessária uma revisão do entendimento, uma vez que, está em desacordo com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Ao considerar dispensável a transcrição do conteúdo completo das conversas interceptadas, a autoridade responsável pela realização da medida passa a selecionar e transcrever somente as partes, que de acordo com o seu julgamento, são importantes. Todavia, deve-se ressaltar que tal autoridade não é uma parte imparcial, longe disso, tem na acusação a sua função precípua. Assim, como seria possível uma verificação de todo o contexto da conversa se apenas um trecho dela – relevante para acusação, por assim dizer – foi transcrito e acostado aos autos?

Já que a prova obtida por meio da interceptação telefônica não é produzida em contraditório, mas unilateralmente, em razão desse meio de investigação ser sigiloso – condição que se faz necessária para que a medida seja efetiva –, é essencial que seja submetida ao contraditório posteriormente. Ou seja, apesar da defesa não participar da sua produção, é fundamental que possa contraditar o resultado amplamente no processo, e, para isso, deverá ter acesso a todo o material produzido pela interceptação, não apenas trechos dele.

No momento em que o julgador concorda com a transcrição parcial, ou seja, a transcrição apenas dos “trechos relevantes”, facilita uma manipulação do conteúdo interceptado. É justamente a transcrição integral que possibilitará o controle, por parte da defesa, de todo o

¹³⁵ Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000282922&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20/11/2018.

conteúdo escutado, permitindo o questionamento, vez que o contexto dos diálogos e os significados associados passam a ser conhecidos¹³⁶. Nesse sentido, Simone Schreiber assevera:

É natural que os diálogos considerados relevantes para o processo pela autoridade policial e pelo ministério público não sejam os mesmos apontados pela defesa. Acusação e defesa devem ter igual possibilidade de indicar ao Juiz, considerando o material produzido, os diálogos que corroborem suas teses ou infirmem as teses sustentadas pela parte contrária.¹³⁷

Não se nega que há a possibilidade da parte investigada exercer um controle do conteúdo interceptado ao escutar as gravações (quando existentes e completas). No entanto, essa tarefa é muitas vezes inviável, por conta do grande período de interceptação telefônica, dificultando, assim, uma defesa efetiva, como garante a Lei Maior.

A despeito do entendimento jurisprudencial com relação à transcrição integral das conversas, não há dúvidas no que se refere à gravação obrigatória do conteúdo interceptado. Tal obrigatoriedade é justificada com base no respeito às garantias fundamentais, pois, uma vez não gravadas, impossibilita-se o exercício do contraditório e da ampla defesa quanto ao seu conteúdo¹³⁸.

Nessa perspectiva, precisa a conclusão das pesquisadoras Helena Castro, Manuela Valença e Fernanda Rosenblatt:

Sem o acesso à transcrição, e sem a gravação do respectivo áudio, qualquer questionamento sobre o conteúdo das ligações resta impossibilitado, o que representa uma afronta ao contraditório. Bem verdade, a afirmação feita pela autoridade acerca do que foi dito nas conversas será a única materialização da prova, e mais uma vez, a possibilidade de manipulação está clara.¹³⁹

Logo, indubitavelmente, verifica-se que a gravação de todo o conteúdo interceptado é imprescindível para que se possa observar o princípio do contraditório.

Indo além, e fazendo uma leitura da Lei de Interceptações Telefônicas em conformidade com os preceitos constitucionais, Badaró reconhece, com acerto, que “*a transcrição da*

¹³⁶ CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; VALENÇA, Manuela Abath; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. *Op. Cit.* In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. *Op. Cit.* p. 232.

¹³⁷ SCHREIBER, Simone. Algumas reflexões sobre a medida cautelar de interceptação telefônica, vinte anos depois. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. *Op. Cit.* p. 456.

¹³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 518.

¹³⁹ CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; VALENÇA, Manuela Abath; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. *Op. Cit.* In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. *Op. Cit.* p. 232.

gravação é condição de validade da prova”¹⁴⁰. Em continuidade de pensamento, o autor assevera que inexistindo a transcrição, não existirá meio de prova em juízo, tendo em vista que é exatamente a transcrição que enseja o exercício do contraditório, oportunizando a contestação da prova obtida, bem como a produção de contraprova. Caso contrário, o direito de defesa resta prejudicado¹⁴¹.

Dado que a persecução criminal é extremamente relevante no tocante à definição do destino do indivíduo a que se imputa um fato criminoso, é vital a real participação da defesa na atividade probatória. Sendo assim, é urgente o reconhecimento da indispensabilidade da transcrição integral das conversas interceptadas.

¹⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 521.

¹⁴¹ *Idem.*

CONCLUSÃO

Conforme apresentado ao longo deste trabalho monográfico, a opção por determinado sistema processual penal retrata a escolha por um projeto político-ideológico específico, distanciando-se de uma seleção acidental.

Ao entender por sistema um conjunto de normas norteadas por um princípio unificador que formam um todo coerente, verificou-se a impossibilidade de um suposto sistema misto, diante da inexistência de um princípio unificador apropriado. Sendo assim, a distinção a ser realizada delimita-se aos sistemas acusatório e inquisitório.

Como visto, o sistema inquisitorial é caracterizado, principalmente, pela gestão da prova nas mãos do julgador, detentor das funções de julgar e acusar (por mais incompatíveis que estas possam ser). Nesse modelo, há uma maior atribuição de poder punitivo e de liberdade investigatória nas mãos do juiz (inquisidor), que pode utilizar-se do investigado da maneira que desejar – investigado como mero objeto –, uma vez que este, em tese, era o possuidor da verdade plena, que deveria ser buscada a qualquer custo. Percebe-se, portanto, que neste modelo há a prevalência dos supostos interesses abstratos da coletividade em desfavor dos interesses concretos individuais.

Diferentemente, no sistema acusatório, a característica primordial é a separação de funções – acusar, defender e julgar – nas mãos de sujeitos processuais distintos. O julgador não exerce atividade probatória. Aqui, existe o compromisso com as garantias individuais do acusado, tido como sujeito de direitos.

Após diferenciação entre os sistemas, o presente trabalho pontuou a opção da Constituição da República de 1988 por um modelo acusatório, uma vez que, além de assegurar garantias como o princípio da presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, previu, expressamente, a separação das funções de acusar e julgar ao estabelecer a acusação como atividade do Ministério Público (art. 129 da CF).

Sendo assim, a opção constitucional – condizente com o regime político democrático – deve orientar todo o ordenamento jurídico brasileiro, norteando o caminho a ser seguido. É

justamente esse ideário constitucional que delimita os limites do intérprete e das demais leis infraconstitucionais.

Nesse contexto, a conclusão a que se chega é que a Lei n.º 9.296/1996, que regulamenta as interceptações telefônicas, bem como a sua interpretação devem sofrer uma filtragem constitucional.

A interceptação telefônica, como medida de constrição de direitos atinentes à esfera individual, não pode, em hipótese alguma, perder o seu caráter excepcional. Os direitos fundamentais individuais precisam ser assegurados, não podendo ser violados por qualquer decisão cujas razões sejam insuficientemente motivadas e tampouco sem serem observadas as barreiras impostas pela Constituição.

No momento em que a aplicação da interceptação é banalizada (como por exemplo, quando são autorizadas inúmeras renovações de prazo), há distanciamento do Estado Democrático de Direito, pois restam banalizados os próprios limites inscritos na Carta Magna.

É extremamente necessária a superação da mentalidade autoritária que ainda permeia o processo penal brasileiro, compreendendo que a nossa Constituição adotou garantias individuais fundamentais, dentre elas, a inviolabilidade das comunicações telefônicas, que apenas poderá ser violada em casos excepcionais, depois de preenchidos todos os requisitos.

Objetivando o distanciamento do modelo inquisitorial quando da realização das interceptações telefônicas, é imprescindível que a leitura constitucional seja feita. A determinação da medida de ofício pelo juiz – prevista no art. 3º da Lei n.º 9.296/96 –, a possibilidade de inúmeras renovações de prazo (ou a não existência de um prazo limite para a interceptação, de acordo com a jurisprudência), e a possibilidade de que não seja feita a transcrição integral das conversas interceptadas (também entendimento jurisprudencial), são pontos flagrantemente inconstitucionais, que devem ser rechaçados em um sistema acusatório.

Na prática, com relação aos três pontos supramencionados, o que pode ser feito para que efetivamente o nosso processo penal se distancie de um modelo inquisitório?

De maneira objetiva, no que se refere à determinação da interceptação telefônica de ofício pelo juiz, previsto no art. 3º da Lei 9.296/96, a solução a que se chega é de revogação da parte do referido dispositivo que prevê tal possibilidade em razão da sua flagrante inconstitucionalidade. Perante um sistema acusatório, não é função do julgador a gestão das provas, pelo contrário, visando a sua imparcialidade, há que se ter um juiz inerte com relação à atividade probatória. O juiz precisa ser provocado pelas partes, que podem requerer a medida. Só então, após provocação, o julgador exerce a sua função: no caso, autorizar ou não o pedido de interceptação, após analisar se o mesmo está de acordo com as hipóteses legais, e se todos os requisitos necessários foram preenchidos. Em suma, a determinação da medida restritiva de direitos de ofício pelo juiz está em completo desacordo com os preceitos e princípios constitucionais em um sistema processual penal acusatório.

No tocante as sucessivas prorrogações da medida, aceitas pela jurisprudência por conta da inexistência de um limite temporal das interceptações telefônicas, é urgente uma previsão legal expressa e clara de um prazo máximo de realização da medida. As consecutivas renovações ferem princípios constitucionais fundamentais como o princípio da intimidade e o princípio da presunção de inocência. Visando o não esvaziamento absoluto do direito constitucional à liberdade das comunicações telefônicas, é essencial que seja estabelecido um prazo máximo de duração da intervenção estatal na liberdade individual.

Importante ressaltar que o Projeto de Código de Processo Penal, que está em tramitação na Câmara dos Deputados – Projeto de Lei n.º 8045/2010, prevê uma limitação temporal para duração da interceptação telefônica¹⁴², mais satisfatório do que a inexistência de prazo máximo atual.

Por fim, com relação à possibilidade de transcrição apenas de partes das conversas interceptadas, é imprescindível a mudança do entendimento jurisprudencial atual. Esta aceitação, como dito anteriormente, está em completo desacordo com as garantias do contraditório e da ampla defesa. É extremamente necessário que se faça a transcrição integral das conversas para que seja possibilitado o exercício do contraditório. Já que a defesa não participa diretamente da produção da prova (interceptação como medida sigilosa), é vital o

¹⁴² BADARÓ, Gustavo. *Op. Cit.* In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. *Op. Cit.* p. 208.

reconhecimento da indispensabilidade da transcrição integral das conversas interceptadas para que ocorra a real participação daquela na atividade probatória.

Em síntese, é preciso que ultrapassemos a mentalidade inquisitória que permeia o processo penal brasileiro e um ponto de partida é justamente a filtragem constitucional na aplicação e formulação das leis. A Constituição deve orientar todo o ordenamento jurídico brasileiro, delimitando os limites do intérprete e das demais leis infraconstitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais, volume 1**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodim, 2016.

LINHARES, Raul Marques; WEDY, Miguel Tedesco. **Processo Penal e História – A origem dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.114.12.PDF>. Acesso em: 23 de outubro de 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a lava jato?**. RBCCRIM vol. 122, agosto 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.08.PDF>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

MELCHIOR, Antonio Pedro. **O juiz e a prova: o sintoma político do processo penal**. Curitiba: Juruá, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTORO, Antonio. **A perene inconstitucionalidade da interceptação telefônica**. Disponível em: <http://www.academia.edu/3256750/A_perene_inconstitucionalidade_da_intercepta%C3%A7%C3%A3o_telef%C3%B4nica>. Acesso em: 18 de novembro de 2018.

_____; MADURO, Flávio Mirza [orgs.]. **Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.