



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**SAMUEL LACERDA BONFIM**

**A RAZOÁVEL DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO  
TELEFÔNICA NO BRASIL**

Salvador

2013

**SAMUEL LACERDA BONFIM**

**A RAZOÁVEL DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO  
TELEFÔNICA NO BRASIL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Roberto de Almeida Borges  
Gomes

Salvador

2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

SAMUEL LACERDA BONFIM

### A RAZOÁVEL DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO BRASIL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e  
instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição:  
\_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e  
instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

“A palavra é metade de quem pronuncia, metade de quem escuta”.  
Montaigne

Aos vinte e cinco anos da Constituição Federal de cinco de outubro de mil novecentos e oitenta e oito. Pela sua efetividade.

## AGRADECIMENTOS

A todos que contribuíram direta ou indiretamente para o desenvolvimento do presente trabalho, em especial a Roberto de Almeida Borges Gomes, que entre uma diligência Ministerial e outra não mediu esforços para corroborar com este escrito. Agradecido a Ana Thereza Meirelles, que numa tábula rasa, fez despertar o interesse pela literatura jurídica.

Ao meu inesquecível amigo de infância Carlos Robert de Alcântara Alves, exímio desenhista, que juntos aprendemos o conceito de igualdade; Nestor Gomes de Oliveira Neto (meu “suporte fático”) e Silvia Satel; Rafael Borges Amorim, pela eterna amizade; Alberto Raimundo Gomes dos Santos, Mariângela Lordêlo, Edson Souza, amigos fieis. À minha família, e a Melissa Alves de Carvalho.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
N.	Número
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPP	Código de Processo Penal
Min.	Ministro
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
HC	Habeas Corpus
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus

## RESUMO

A despeito de sua importância, a interceptação telefônica não recebeu tratamento específico no ordenamento jurídico pátrio antes de 1996. Apenas em julho do referido ano o legislador infraconstitucional deu prioridade ao assunto, regulamentando a matéria por meio da Lei n. 9.296. Mais de dezessete anos se passaram desde a sua promulgação e muito já foi escrito e debatido a respeito do tema. Entretanto, um aspecto que, em regra, não mereceu uma reflexão mais profunda por parte da doutrina se refere ao disposto no art. 5º da Lei n. 9.296/96, que determina que o juiz, ao decidir fundamentadamente sobre a interceptação telefônica, deverá, sob pena de nulidade, indicar a forma de execução da diligência, que não poderá exceder de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Assim sendo, será feito o estudo da natureza dessa renovação, em cotejo com a doutrina garantista da limitação dos direitos fundamentais aplicada ao processo penal, enfatizando, sobretudo, o equívoco da atual jurisprudência que admite seja a interceptação prorrogada indefinidamente, desde que haja necessidade para as investigações.

**PALAVRAS-CHAVE:** interceptação telefônica; direitos fundamentais; processo penal; razoabilidade.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>2 APRESENTAÇÃO DA LEI N. 9.296/96</b> .....	12
2.1 ESCORÇO HISTÓRICO.....	12
2.2 INSTRUMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA.....	19
2.3 AUTORIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	25
<b>2.3.1 controle da interceptação telefônica dentro da devassa criminal</b> .....	29
<b>3 VERDADE REAL E COMBATE À CRIMINALIDADE</b> .....	33
3.1 DA VERDADE REAL, O PRINCÍPIO, NO PROCESSO PENAL.....	37
3.2 A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL.....	39
<b>3.2.1 O processo penal e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais.</b> .....	40
<b>4 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS DENTRO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA</b> .....	44
4.1 RESERVA LEGAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	47
<b>4.1.1 Determinação do âmbito de proteção</b> .....	48
<b>4.1.2 Reserva legal simples</b> .....	50
<b>4.1.3 Reserva legal qualificada</b> .....	52
4.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RENOVAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA .....	56
<b>4.2.1 Interceptação telefônica e garantias</b> .....	56
<b>4.2.2 Proporcionalidade da nova regulamentação</b> .....	58
4.2.2.1 A duração razoável da interceptação telefônica e o princípio do devido processo legal.....	65
4.2.2.2 A mitigação e/ ou postergação da ampla defesa e do contraditório.....	67
<b>4.2.3 o art. 5º da lei 9.296/96 e a jurisprudência dos tribunais superiores</b> .....	69
<b>4.2.4 crimes habituais, permanentes e continuados</b> .....	73
4.2.4.1 Da repercussão geral.....	77
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	81
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	84

## 1 INTRODUÇÃO

O curso de bacharelado em Direito é um dos mais, quiçá o mais rico em termos de conjugação de conhecimentos advindos das mais diversas áreas das ciências, naturais e humanas. O curso é enciclopédico e como tal, tentamos trabalhar, neste escrito, com as áreas do conhecimento que podem nos enriquecer acerca do problema central do nosso questionamento.

Ao nosso modesto compreender, o conhecimento tem que ser compartilhado, e são os trabalhos acadêmicos meios eficazes da transmissão, junção e disseminação de aprendizado.

Para transmitir uma informação a fim de que esta possa ser entendida por qualquer pessoa, até mesmo por quem é alheio ao debate científico é preciso comunicar, e de forma clara, pois pensamos ser a comunicação o sentimento de transmitir uma mensagem, seja por meio material ou abstrato, a depender do que se acredita.

Nessa linha de pensamento, o escrito em mãos não tem o condão de esgotar os debates a respeito deste tema. Também não faremos tão e somente coletânea de pensamentos nem de julgados, porque é nossa missão firmar entendimento, posicionamento.

Ler sobre divergência acerca de prazo processual, convimos que não seja uma tarefa das mais fáceis, mas faremos o possível para torná-la uma leitura leve e contributiva.

Teses sedutoras foram disseminadas ao longo dos anos, mas que não convencem, dentro de um sistema de processo penal em que o princípio da legalidade é basilar e ponto vértice do referido microssistema. Dissonantes disso, as interpretações extensivas distorcem a vontade do legislador (*mens legis*) e maculam a finalidade da própria lei.

Não seria certo nos atermos tanto e somente aos termos da lei a que nos referiremos, mas procuramos, com mais vagar, por todo o desenrolar do presente estudo, robustecer o debate proposto.

A abordagem se deu de forma sistemática, envolvendo institutos jurídicos de searas diferentes, que é para tentar dar completude ao trabalho, assim como o direito tenta beber de todas as suas fontes para dar guarida aos anseios de cada cidadão.

Procuramos ao longo do trabalho trazer ao leitor os mais diversos conceitos significativos e relevantes à compreensão do quanto abordado.

A presente discussão é voltada para tentar esclarecer um ponto controverso do nosso direito, que se estende ano após ano, sem que tenhamos uma solução deste que figura como o problema central do presente trabalho, que são as diversas interpretações das letras do artigo 5º da lei 9.296/96.

Desde a entrada em vigor da lei 9.296/96, que rege a interceptação telefônica em nosso país, muito já foi escrito e debatido a respeito do tema, sem que houvésemos encontrado uma solução para a dilação do prazo que durar tal procedimento investigativo.

A importância da citada legislação está, não somente na sua utilidade como mecanismo de obtenção de prova para a investigação criminal e instrução processual penal, mas, principalmente, no seu caráter simbólico a mostrar o rumo que a doutrina brasileira trilhará no que se refere à teoria das restrições aos direitos fundamentais.

Infelizmente, o aumento da violência nos centros urbanos de grande e médio porte criou uma situação social de intolerância a alguns tipos de direitos e garantias individuais. Ouve-se falar, com frequência, que os criminosos têm direitos demais.

Propostas engenhosas têm sido disseminadas (maximização das penas, prisão perpétua, pena de morte, diminuição da maioria penal, direito penal do inimigo etc.) no afã de combater essa expansão da criminalidade. Ideias preocupantes, diga-se de passagem, já que servem para legitimar práticas inadmissíveis num Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, os tribunais superiores, pressionados por essa ideologia repressiva, têm flexibilizado o seu entendimento em questões estratégicas, como, por exemplo, admitindo a possibilidade de renovação indefinida da operação de interceptação telefônica, desde que indispensável o meio de prova.

Agora, o debate já se instaurou no Pretório Excelso, e todas as causas que versarem acerca do tema serão julgadas, em conjunto, e se mudará, quiçá, o entendimento dominante, pois há muito se vinha tolerando as infinitas interceptações telefônicas, pois acreditamos que a decisão se dará dentro da razoabilidade.

O presente trabalho é composto de cinco capítulos. Neste primeiro momento, tentamos traçar uma visão geral deste trabalho.

No segundo ato, trazemos ao leitor, pormenorizadamente, as controvérsias que circundam o objeto do nosso escrito, que é o prazo alvo de dissenso que foi estabelecido, fruto das diversas interpretações, para a duração da polêmica interceptação telefônica, abordando ainda, o histórico e a evolução do sistema legal em que nasceu a lei 9.296/96 com seus personagens principais. Falaremos, sem mais vagar, do procedimento que deve ser seguido para ser realizada uma interceptação, bem como se caracteriza tal procedimento e seus atos dentro do sistema processual penal.

Em seu terceiro capítulo, buscamos elucidar, e com uma análise detida da problemática, as peculiaridades e nuances que giram em torno do princípio da verdade real no bojo do processo penal, falando ainda da democratização deste sistema processual, trazendo a lume embates filosóficos concernentes à possível aceção da verdade material e de um sistema mais democrático.

Consoante o teor do quarto capítulo, vislumbramos em seu decorrer, as minúcias acerca da restrição de direitos fundamentais dentro de uma investigação criminal, a bem dizer, dentro do procedimento duradouro de interceptação telefônica. Trazemos ao leitor julgados que traduzem a contradição que viveram nossos tribunais superiores acerca da razoável duração da interceptação, abarcando ainda, a possibilidade de contraditório nas investigações em sentido amplo, sempre sob uma ótica constitucional e à luz da razoabilidade.

Ainda no bojo do referido ato, trouxemos ao leitor hipóteses de crimes em que é possível a deflagração da interceptação telefônica, bem como a repercussão geral oriunda de processos repetitivos que serão alvo de julgamento nos tribunais superiores, cuja problemática central é a duração desmedida do procedimento de investigação denominado de interceptação telefônica.

Ao quinto ato, concluímos o que expusemos ao longo do trabalho, propondo, como conseguinte, uma solução para a problemática atual.

## 2 APRESENTAÇÃO DA LEI 9.296/96

Para melhor compreendermos o cenário de criação da restrição de direitos fundamentais estabelecidos pela lei 9.296/96, necessário se faz o seu estudo pormenorizado, sempre, e como deve ser, sob um olhar constitucional, traçando uma leitura mais detida dos institutos, e nesta oportunidade, passemos ao estudo do seguinte tópico.

### 2.1 ESCORÇO HISTORICO

Ao longo de toda a história do Direito, a questão dos meios de prova esteve na preocupação dos estudiosos com um enorme desafio: a construção da verdade. Sob essa perspectiva, diversos métodos foram utilizados na busca pela reconstrução dos fatos investigados no processo, na tentativa de atingir a maior coincidência possível com a realidade histórica, ou seja, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo.

Na Idade Média, por exemplo, pode-se citar a existência do sistema das ordálias, no qual o indivíduo era submetido a alguns desafios tidos com testes, os quais determinariam, por meio da interferência de uma entidade tida como divina, sua culpa ou inocência. Curiosa era a prova do ferro em brasa, na qual o pretense culpado deveria passar, com os pés descalços, por uma chapa de ferro em brasa, sendo manifesta sua culpa caso se queimasse. Era um sistema extremamente irracional e descompromissado com qualquer método sistematizado de investigação, como nos elucida Roberto Gomes (2013, p.152).

Com o passar dos anos e o aprofundamento nos estudos acerca da jurisdição e do processo, houve paulatino desenvolvimento nos métodos de obtenção probatória, o qual, especificamente a partir do século XIX, foi adquirindo a conotação racional e dialética que possui atualmente, submetido ao contraditório e às garantias da ampla defesa e da *par conditio* (paridade de armas).

Não se há olvidar que o Estado, a partir do momento em que rejeita toda e qualquer forma de solução privada dos conflitos, monopolizando a jurisdição, assume o

compromisso irrenunciável pela reconstrução da realidade histórica como medida necessária para a adequada atuação do Direito. Entretanto, uma coisa é ter essa meta como ideal (ainda que provavelmente inatingível), outra bem diferente é sacrificar, em seu nome, direitos e garantias individuais conquistados historicamente a penosas lutas.

A liberdade teve sua previsão constitucional já nossa primeira Carta Política, a Constituição do Império do “Brazil”, em 1824, outorgada por D. Pedro I, na cidade do Rio de Janeiro<sup>1</sup>.

Constituição de 1891 da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, através da Emenda Constitucional de 1926 previu o sigilo de correspondência<sup>2</sup>.

A Carta da República de 1934<sup>3</sup> manteve a mesma disposição constitucional da Constituição anterior, e “o texto era reticente e híbrido: dava novo folego aos oligarcas favoráveis a descentralização, mas, ao mesmo tempo, estabelecia as bases para a doutrina da ‘segurança nacional’; criava uma nova legislação trabalhista, mas atrelava os sindicatos à máquina governamental”, como nos informou Eduardo Bueno (2010, p. 344).

A Constituição de 1937<sup>4</sup> teve seu dispositivo que trata do sigilo de correspondência suspenso por um decreto do então presidente Getúlio Vargas, em 1942, época

---

<sup>1</sup>Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, scriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar. V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica. VI. Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

<sup>2</sup>§ 18. É inviolavel o sigillo da correspondencia.

<sup>3</sup>Em 15 de novembro de 1933, os 254 deputados começaram a trabalhar na nova Constituição. Menos de um ano depois, em 16 de julho de 1934, a nova Carta era promulgada. Ao estabelecer uma república federalista, a Constituição se inspirava na da República de Weimar – o regime que governou a Alemanha entre o fim da I Guerra Mundial e a ascensão do nazismo. Era uma coincidência ironicamente profética: como Weimar, a Constituição de 1934 estava destinada a ser meramente transitória, vigorando por apenas três anos, até o advento do Estado Novo, como se lê em Bueno (2010, p. 343).

<sup>4</sup>Baseava-se na Constituição autoritária da Polônia, e por isso foi batizada de “A Polaca” - ainda que o nome do regime recém-instaurado, Estado Novo, se inspirasse na ditadura instituída por Salazar em Portugal, em 1933.

Estado Novo<sup>5</sup>, período de ditadura da Era Vargas, como se vê na obra de Eduardo Bueno (2010, p. 344).

A quebra de sigilo telefônico sem autorização judicial é crime previsto no artigo 151 do Código Penal. Se o agente o comete em razão da função que exerce, constitui crime previsto no artigo 151 do Código penal de 1940, caput, parágrafo terceiro<sup>6</sup>.

A Constituição Federal de 1946, oriunda de processo constituinte originário, tratou de três inviolabilidades, que eram sigilo de correspondência, do asilo inviolável que é nossa casa, e da inviolabilidade do direito de crença, conforme explicações pormenorizadas daquelas disposições constitucionais<sup>7</sup>.

A lei 4.117/62, o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações, sancionado por João Goulart, em seu artigo 57 dispunha: “Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação: I - a recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado; II - o conhecimento dado: (...) e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública”, grifo nosso.

Apesar da importância do tema, o procedimento da interceptação telefônica não recebeu tratamento específico em sede infraconstitucional ordinário, pormenorizado, no ordenamento jurídico pátrio antes de mil novecentos e noventa e seis, cujo procedimento passou a ser regido pelo, então vigente, Código de Telecomunicações.

---

<sup>5</sup>6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei; (Suspendido pelo Decreto nº 10.358, de 1942). Até ser deposto, em 1945, Vargas mandou no Brasil. Cinco anos depois, voltaria ao poder - eleito pelo voto direto.

<sup>6</sup>Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 3º - Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico: Pena - detenção, de um a três anos. § 4º - Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do § 1º, IV, e do § 3º.

<sup>7</sup>§ 6º - É inviolável o sigilo da correspondência. § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil. § 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

Enquanto isso, o Brasil passava por transformações drásticas na estrutura de governo e no estilo de vida que levavam os brasileiros, pois a sociedade estava dividida e começava a se organizar em classes para defenderem os seus interesses, o que se tornou ainda mais inviável no período posterior.

O presidente João Goulart só ficaria no poder durante três anos, sendo deposto através de um golpe de estado<sup>8</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967, dispunha que “§10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”. E o “§ 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”. A Emenda Constitucional de n. 01 de 1969 em nada alterou essas disposições.

Foi a partir da Emenda Constitucional n. 05 de 1995, que a matéria passou a ser de competência da União.

O Código Brasileiro de Telecomunicações foi revogado pela lei 9.472/97<sup>9</sup>.

“Dividia-se então a doutrina, quanto à admissibilidade de interceptações telefônicas, efetuadas nos termos do art. 57 do Código de Telecomunicações, que estabelecia não constituir violação de telecomunicação o *conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste*”, escreveram Ada Pelegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhaes Gomes Filho em 1992.

---

<sup>8</sup>Era um golpe há muito premeditado. Os tambores da conspiração já haviam rufado, ruidosos, em 1954. O tiro que rebentou o coração de Vargas os abafou. Os rumores da intriga voltariam a ecoar em 1955 e em 1961. (...) Em vez das “reformas de base” proposta por Jango, o binômio “segurança e desenvolvimento”, sugerido pelos teóricos da Escola Superior de Guerra (ESG). Em lugar da “república sindicalista”, a concentração de renda, o arrocho salarial e o alinhamento subserviente ao grande capital internacional. No confronto entre esses dois modelos desenvolvimentistas distintos, venceu a “modernização conservadora” proposta pela ESG, com o apoio dos Estados Unidos. (...) A conspiração de 1964, que teve o apoio financeiro, logístico e militar dos Estados Unidos, nasceu como um movimento político-militar cujo objetivo inicial (e supostamente único) era derrubar o governo Goulart e, no âmbito interno do Exército, restabelecer a hierarquia “vertical”, abalada pelo provocativo apoio que o presidente dava à luta emancipatória dos marinheiros e sargentos, que queriam obter o direito de candidatar-se a cargos públicos, como se lê em Eduardo Bueno (2010, p. 343-355).

<sup>9</sup> Art.1º O inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: Art. 21. Compete à União: explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; a) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

A jurisprudência (que é o conjunto dos processos julgados e que se caracteriza por demonstrar por tais decisões como se posicionam os tribunais), entretanto, enveredou, sobretudo, com fundamento nos claros ensinamentos de Vicente Greco Filho (2006, p. 03), atribuindo relatividade a esse sigilo, que poderia ser restringido desde que atendidos os requisitos do art. 57 da Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações).

A prova obtida por esse meio poderia, assim, ser lícita ou ilícita, dependendo da observância de seus pressupostos.

A primeira decisão do STF (Supremo Tribunal Federal) a respeito do assunto deu-se no Recurso Ordinário em HC (RHC) n. 63.834-1/SP (2ª Turma, Rel. p/ o acórdão Min. Célio Borja, julgado em 18/12/1986, DJ 05/06/1987, p. 90). *In casu*, determinou-se o trancamento do inquérito policial, tendo em vista se tratar de interceptação feita por particular. Logo, a prova era ilícita.

Com o advento da Constituição de 1988<sup>10</sup>, o cenário jurídico relativo à questão alterou-se substancialmente. A nova Carta Magna estabeleceu no seu art. 5º, inciso XII, que “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”.

A partir dessa conjuntura, o STF passou a entender que o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações não tinha sido recepcionado pela CF/88, por não descrever as hipóteses e a forma da interceptação, como exigido pelo citado art. 5º, XII. Fixou-se a ideia da necessidade da intervenção do legislador ordinário para regulamentar a matéria, ainda mais, por se tratar de restrição a direito fundamental,

---

<sup>10</sup> Em 16 de abril de 1862, Ferdinand Lassalle proferiu, numa associação liberal-progressista de Berlim, sua conferencia sobre a essência da Constituição (...), e segundo sua tese fundamental, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, pelo fato de que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representando as Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerias. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação das forças que resulta dos fatores reais de poder, e assim, esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país. Não passa de um pedaço de papel esse documento denominado de Constituição jurídica, pois sua capacidade de regular e de motivar está adstrita à sua compatibilidade com a Constituição real, que se traduz como sendo a realidade social: se a Constituição não tiver eficácia social, não for compatível com a realidade social presente e não tiver aceitação pelo povo, ela será uma mera folha de papel, como se extrai do que nos trouxe Konrad Hesse (1991, p. 09).

qual seja, a intimidade/privacidade<sup>11</sup>, entendidas como o âmbito de liberdade necessário para o pleno desenvolvimento da personalidade, que deve ficar preservado de ingerências ilegítimas e que constitui o pressuposto necessário para o exercício de outros direitos e para a participação do indivíduo na sociedade.

Seria considerada como inidônea, ou melhor, ilícita, prova colhida por meio de interceptação telefônica, ainda que autorizada pelo juiz, enquanto não houvesse legislação específica definindo os critérios dessa restrição para fins de investigação criminal. Por outras palavras, ainda que com a melhor das intenções, não poderia o juiz substituir o legislador, autorizando a interceptação, ante a ausência de legislação regulamentadora<sup>12</sup>.

A despeito do posicionamento majoritário da Corte Constitucional, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) admitia a licitude da prova colhida via interceptação telefônica em casos excepcionais, mediante autorização judicial, sob o argumento de que seria um tecnicismo exagerado e até irresponsável não aceitar como prova a interceptação, quando realizada por órgãos oficiais e ordem judicial motivada.

Enquanto isso, o Congresso Nacional, alheio às controvérsias existentes nos tribunais superiores, continuou em sua letargia, como se nada estivesse acontecendo.

---

<sup>11</sup>Constituição Federal, art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;” (Vide Lei nº 9.296, de 1996).

<sup>12</sup> Interessante registrar a argumentação desenvolvida pelo Ministro Celso de Mello ao analisar a questão na Suprema Corte: “O art. 5º, XII, da Lei Fundamental da República, permite, agora, a interceptação das conversações telefônicas. Essa providência excepcional sujeita-se, no entanto, para efeito de sua válida efetivação, a determinados requisitos que, fixados pelo próprio ordenamento constitucional, condicionam a eficácia jurídica desse meio de prova. A derrogação desse princípio tutelar do sigilo telefônico somente legitimar-se-á, desde que a interceptação, sempre precedida de ordem judicial, venha a realizar-se no campo exclusivo da persecução penal e nas hipóteses a serem definidas em *numerus clausus* pelo legislador, a quem incumbe prescrever, de outro lado, o modo e a forma de sua execução. O preceito constitucional em causa não se reveste, quanto à interceptação de conversações telefônicas, de densidade normativa suficiente. Ele impõe e reclama, para que possa válida e eficazmente atuar, a instauração de um processo de integração normativa de que derive a lei exigida pela Carta da República” (STF, HC 69.912-0/RS, Tribunal Pleno, Rel. p/ o acórdão Min. Carlos Velloso, julgado em 30/06/1993, DJ 26/11/1993, p. 382-391).

Foi nos idos de 1996 que o legislador infraconstitucional deu prioridade ao assunto, motivado pelas reiteradas decisões do STF, o qual, mesmo pressionado pelos órgãos persecutórios do Estado para contar com esse importante meio de prova (invocando razões de ordem pública), sempre manteve seu posicionamento garantista e escorreitamente fiel à vontade do constituinte originário. Em julho do referido ano entraria em vigor a Lei n. 9.296, com o deliberado propósito de regulamentar o inciso XII, do art. 5º, da CF/88.

Entretanto, um aspecto que, em regra, não mereceu uma reflexão mais profunda por parte da doutrina se refere ao disposto no art. 5º da Lei n. 9.296/96, que determina que o juiz, ao decidir fundamentadamente sobre a interceptação telefônica, deverá, sob pena de nulidade, indicar a forma de execução da diligência, que não poderá exceder de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Portanto, será feito o estudo da natureza dessa renovação, em cotejo com a doutrina da limitação dos direitos fundamentais aplicada ao processo penal, enfatizando o equívoco da atual jurisprudência que admite seja a interceptação prorrogada indefinidamente, desde que haja necessidade. Opiniões serão confrontadas a fim de demonstrar os discursos e posições autoritárias que ainda persistem no meio acadêmico.

Também serão analisados os fundamentos das decisões emanadas paradigmaticamente pelos nossos tribunais superiores relativas ao assunto, mas sem preocupação com a eventual força vinculativa desses acórdãos.

O principal objetivo será constituir a trajetória de formação do pensamento subjacente a essa decisão, comparando a linha de raciocínio utilizada com as técnicas desenvolvidas pela dogmática jurídica, ressaltando que, em se tratando de investigação científica, não prevalecerão os argumentos de autoridade, senão a própria autoridade dos argumentos. Saliente-se que a Suprema Corte não está imune a críticas e tem um só privilégio, qual seja o de poder errar por último.

Frise-se que a constitucionalidade de determinados dispositivos reclama verificação da compatibilidade do ato com a totalidade do sistema constitucional (rede intrincada de regras e princípios), e não apenas com uma regra constitucional isolada (se bem

que esta, é claro, poderá ser suficiente para excluir a aplicação de específica norma, impedindo a sua validade).

A lei regulamenta a interceptação telefônica, de qualquer natureza, e a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, com a finalidade de obtenção de prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

## 2.2 INSTRUMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA

Antes, porém, de adentrar o mérito da problemática, alguns comentários devem ser tecidos sobre a questão probatória, sua relação com a renovação da operação de interceptação e a crescente propagação de ideias autoritárias no processo penal, as quais, travestidas por uma linguagem democrática, têm veiculado sub-repticiamente, com ares de modernidade, a cultura inquisitiva do tipo fascista predominante à época da elaboração do CPP de 1941.

Impõe-se, desde logo, a desmistificação dessa forma de encarar o assunto, sob pena de não se compreender devidamente a orientação do presente trabalho a respeito das restrições aos direitos fundamentais e da admissão da interceptação telefônica como ferramenta de produção de prova.

Com respaldo no que disse Mirabete (2001, p. 256), provar consiste na atividade de produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão ou a solução de um processo, se referindo à lição de Miguel Fenech (El proceso penal. 4. ed. Madrid: Agesa, 1982. P. 107.)

Constata-se, desde então, a difícil tarefa dos sujeitos envolvidos no processo de produção probatória, sejam defensores (sentido amplo - advogados e defensores públicos) juízes, partes, peritos, polícias, promotores, auxiliares da justiça em geral, que tem a árdua tarefa da busca pela verdade dos fatos.

O direito à prova é o conteúdo do direito fundamental ao contraditório, a dimensão substancial do princípio do contraditório o garante, sendo o mesmo também um direito fundamental, como se extrai das entrelinhas do que escreveram Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2012, p. 17).

O termo “prova” não tem um único sentido dentro do ordenamento jurídico e nem também na doutrina, e num primeiro significado, quer dizer conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Noutra sentido, quer ser o resultado dessa atividade de investigação. Num terceiro significado, tem a pretensão de ser “meio de prova”, como se lê em Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1992, p. 97).

Note-se que a finalidade é averiguar a verdade, sobre o que trataremos mais a seguir.

Para efeito de entendimento deste trabalho, se faz obrigatório trazer ao leitor o conceito de prova emprestada, que será também objeto dessa investigação, e que foi muito bem tratada por Mirabete (2001, p. 263), segundo o qual a prova emprestada é aquela produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, com o fim de gerar efeitos neste, e para sua admissibilidade no processo, faz-se necessário que esta tenha sido produzida em processo formado entre as mesmas partes e, portanto, submetida ao contraditório.

E, para Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1992, p. 100-102) exige-se também que tenha sido produzida perante o mesmo juiz, concluindo que, na ausência desses dois requisitos, a prova emprestada é ilegítima, sendo, inadmissível no processo penal, tanto quanto a prova obtida por meios ilícitos, conforme o teor do inciso LVI, do art. quinto da Constituição<sup>13</sup>.

Há também, a prova ilícita por derivação, que é aquela que é lícita, se tida isoladamente, mas que por ser oriunda de uma prova ilícita, contamina-se também de ilicitude (art. 157, § 1º, do CPP). Denota-se a aplicação da teoria *fruits of poisonous tree*, do Direito norte-americano, ou, “frutos da árvore envenenada”, cuja imagem traduz com bastante propriedade a ideia da prova ilícita: se a árvore é envenenada, seus frutos serão contaminados, como se extrai das lições de Alexandre de Moraes (2012, p. 119).

As exceções a esta contaminação estão dispostas no CPP<sup>14</sup>, e não evidenciado o nexo de causalidade entre a prova produzida e a tida como ilícita, bem como se ela puder ser obtida por fonte independente da ilícita (art. 157, § 1º).

---

<sup>13</sup>LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (...).

<sup>14</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também

Considera-se fonte independente aquela que por si só, segundos os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto de prova (art. 157, § 2º).

Necessário também se faz elucidar a diferença entre documento e instrumento produção de prova.

Do que se extrai da leitura do que escreveu Spiridon Anyfantis, verifica-se que os meios ordinários de prova estão previsto no CPP, num rol, não taxativo, do artigo 158 e seguintes<sup>15</sup>. Há liberdade, que nunca absoluta, na produção probatória, desde que não eive se vícios, através dos meios e das formas utilizadas para obtê-la. .

Ainda interpretando o que o referido autor escreveu, nota-se que, por sua vez, o documento pode ser conceituado como algo que, formado em decorrência do fato, possui a capacidade de fixar, de forma determinada no espaço tempo, uma representação verbal ou gráfica. Por isso, se diz que a prova documental é caracterizada por possuir um sujeito, um meio para ser levada ao conhecimento do julgador e um conteúdo.

O sujeito é a pessoa que forma ou cria o documento, se por meio de escrita, gravações audiovisuais, fax etc. Se for público e manifestado na forma escrita, o documento goza de presunção de legitimidade.

O termo “instrumento” se refere ao suporte material onde é fixado ou apresentado a terceiros o conhecimento do fato (2008, p. 119-122).

Para Mirabete (2001, p. 257), objeto de prova consiste no que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o conflito de interesses, abrangendo, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, mas todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam interferir

---

inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

<sup>15</sup>Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). Continua. Ver Código de Processo Penal da República Federativa do Brasil.

na responsabilização penal de um sujeito e na fixação da pena correspondente ao crime que este praticou, ou adoção de medida de segurança<sup>16</sup>.

Sabe-se que, para a obtenção de provas no processo penal, utilizando-se da captação e gravação de áudio, além da interceptação telefônica, há outros procedimentos com significações próprias, distintos da interceptação telefônica, sobre os quais prevalece o entendimento de que são, também, regidos pela Lei n. 9.296/96<sup>17</sup>.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1992, p. 143.) entenderam que o ato que autoriza a interceptação telefônica tem natureza cautelar, visando a assegurar as provas pela fixação de fato, assim como se apresentam no momento da conversa, e que por isso, a operação só pode ser autorizada quando presentes os requisitos que justificam as medidas cautelares (fumaça do bom direito e o perigo da demora), devendo a ordem que a autoriza ser devidamente fundamentada.

Alguns conceitos devem ser esclarecidos, trazidos por Gomes e Cervini (1997, p. 95-104).

A interceptação telefônica é o ato de intervenção de um terceiro, o qual grava a conversa de duas ou mais pessoas mantêm por meio de contato telefônico. O traço distintivo aqui, é que nenhuma das pessoas que estão sendo escutadas (por meio da interceptação) sabe que a conversa foi interceptada.

Escuta telefônica ocorre quando um terceiro capta a comunicação alheia, sem o consentimento dos comunicadores.

---

<sup>16</sup> Código de Processo Penal: Art. 682. O sentenciado a que sobrevier doença mental, verificada por perícia médica, será internado em manicômio judiciário, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia. § 1º Em caso de urgência, o diretor do estabelecimento penal poderá determinar a remoção do sentenciado, comunicando imediatamente a providência ao juiz, que, em face da perícia médica, ratificará ou revogará a medida. § 2º Se a internação se prolongar até o término do prazo restante da pena e não houver sido imposta medida de segurança detentiva, o indivíduo terá o destino aconselhado pela sua enfermidade, feita a devida comunicação ao juiz de incapazes. Art. 715. Se tiver sido imposta medida de segurança detentiva, o livramento não poderá ser concedido sem que se verifique, mediante exame das condições do sentenciado, a cessação da periculosidade. Parágrafo único. Consistindo a medida de segurança em internação em casa de custódia e tratamento, proceder-se-á a exame mental do sentenciado.

<sup>17</sup> Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. (...) Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Gravação telefônica consiste na captação de comunicação telefônica feita por um dos comunicadores, sem o conhecimento do outro.

Gravação ambiental ocorre quando se grava uma conversa entre pessoas presentes num determinado ambiente, sem o conhecimento do interlocutor (pessoa contra a qual se quer produzir prova).

Gravação clandestina acontece quando se grava uma comunicação sem autorização judicial.

O resultado da interceptação telefônica – que é uma operação técnica – é fonte de prova; (...) meio de prova será o documento (a gravação e sua transcrição), como se lê nas palavras de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1992, p. 142-143).

Também seria clandestina a gravação quando um dos interlocutores gravar a conversa, sem que a pessoa do outro lado da linha saiba e não consinta com esse procedimento. Assim entenderam Grinover, Fernandes e Magalhães (1992, p. 141), arguindo, ainda, que as gravações sub-reptícias de conversas entre presentes, efetuadas por terceiro, como desconhecimento dos interlocutores, ou por um deles, sem o conhecimento do outro, não se enquadram na regulamentação do artigo quinto, inciso XII, da Constituição.

Afirmaram ainda, quer o mesmo vale para a gravação clandestina de um telefonema por um dos sujeitos da conversa, sem o conhecimento do outro.

Para Gomes e Cervini (1997, p. 107), a gravação telefônica e a gravação ambiental não estão regulamentadas pela legislação brasileira (estariam fora do âmbito da lei n. 9.296/96), não valendo como prova incriminatória no processo penal.

Muito embora, em caso de legítima defesa, como nos ensina Alexandre de Moraes (2006, p. 100), “as liberdades públicas não podem ser usadas como um ‘verdadeiro escudo protetivo’ da realização de atividades ilícitas, tampouco como justificativa para a supressão da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de ferir o Estado de Direito” e “que os responsáveis pela prática dos atos ilícitos violadores de liberdades de terceiros e da própria sociedade, desrespeitando a dignidade humana, não terão o direito de invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas a fim de afastarem suas responsabilidades perante o Estado”.

Entendemos que, em sendo esta prova produzida o único meio de provar a inocência do indivíduo, deve ser sim, admitida.

Nessa linha de raciocínio, também é o entendimento de Spiridon Anyfantis (2008, p. 191), ao afirmar que “a exceção ocorre quando a gravação tenha sido efetivada por pessoa vítima de delito que esteja sendo praticado contra si ou pessoa de seu convívio, ou, ainda, quando as circunstâncias do fato denotem outras causas que justifiquem o que se denomina de estado de necessidade ou legítima defesa, conforme se apresente a situação concreta”.

Frise-se que a gravação clandestina, de clandestina ela só carrega o nome, pois é perfeitamente aceita, como em casos de extorsão e outros, em que o cidadão grava a chantagem e ameaças e as usa como prova contra o acusado, e nesse mesmo sentido caminha o entendimento já emanado pelo STF<sup>18</sup>.

Nesse sentido, manifestaram entendimentos, à época, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1992, p. 150), ao afirmarem que “descaracteriza a ilicitude da prova, no caso de gravação clandestina de conversa própria por um dos interlocutores, mas só se para servir de prova de direito ameaçado ou violado de quem gravou a conversa”, nestes termos.

É que, sem lei, nenhum direito fundamental pode ser restringido ou limitado. Contudo, a doutrina majoritária ressalva a possibilidade de a prova, ilicitamente obtida, ser usada em benefício do acusado, para absolvê-lo, sob o fundamento de que o interesse na absolvição de um inocente deve prevalecer, trazendo à tona o princípio da presunção de inocência do réu – “in dubio pro reo”<sup>19</sup> –. O ordenamento

---

<sup>18</sup> PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. (RE 402717, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-030).

<sup>19</sup> CF/88, artigo quinto, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...]”.

jurídico ordena que na dúvida, no tocante à existência ou não dos fatos criminosos atribuídos ao indivíduo, que seja absolvido o réu<sup>20</sup>.

### 2.3 AUTORIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A operação de interceptação está condicionada à ordem do juiz competente da ação principal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público<sup>21</sup> ou representação da autoridade policial, sob sigredo de justiça, em que deverá ficar demonstrada a necessidade da diligência para a apuração do ocorrido (impossibilidade de produção probatória por outros meios menos gravosos<sup>22</sup>), bem como constituir o fato investigado infração penal punida com reclusão<sup>23</sup>. Além disso, deverá haver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal.

---

<sup>20</sup> Artigo 386 do Código de Processo Penal: Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação.

<sup>21</sup>Art. 1º O membro do Ministério Público, ao requerer ao juiz competente da ação principal, na investigação criminal ou na instrução processual penal, medida cautelar, de caráter sigiloso em matéria criminal, que tenha por objeto a interceptação de comunicação telefônica, de telemática ou de informática e, ao acompanhar o procedimento de interceptação feito pela autoridade policial, nos termos do artigo 6º, da Lei nº 9.296/96, deverá observar o que dispõe esta Resolução. Art. 2º Os requerimentos de interceptação telefônica, telemática ou de informática, formulados por membro do Ministério Público em investigação criminal ou durante a instrução processual penal, deverão ser encaminhados ao Setor de Distribuição da respectiva Comarca ou Subseção Judiciária, em envelope lacrado, que deverá conter o pedido e os documentos necessários (conteúdo da Resolução n. 36 do Conselho Nacional do Ministério Público – República Federativa do Brasil, de 06 de abril de 2009).

<sup>22</sup>Vê-se no § 3º do artigo 282 do CPP, após a alteração trazida pela lei 12.403/2011: Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

<sup>23</sup>Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: [...] III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção (grifo nosso).

A CF/88 é expressa ao estatuir que o escopo da interceptação é a produção de prova em investigação criminal ou instrução processual penal. Não pode, por conseguinte, ser utilizada para fins civis, comerciais, administrativos, políticos ou que envolva direitos difusos. A expressão “investigação criminal” tem sido interpretada como relativa não só à existência de inquérito policial, podendo compreender a investigação administrativa (realizada, por exemplo, pelo Ministério Público, no denominado inquérito civil), desde que sua finalidade seja criminal.

Lenio Streck também segue essa linha de pensamento e escreveu “não tenho dúvidas em afirmar que, necessariamente, deve haver a prévia participação (portanto, ouvida) do Ministério Público, cuja missão constitucional é justamente a de ser o guardião dos direitos individuais e coletivos da sociedade. Se o Poder legiferante optou pelo sistema de ‘autorização prévia’, e não pela verificação posterior da legalidade – como defendia o Min. Cernicchiaro, por exemplo, – *a ouvida do Ministério Público se faz absolutamente indispensável, além de representar um mais efetivo resguardo da garantia constitucional do cidadão*” (2001, p. 76).

De se ver que essa interceptação, no mais das vezes, será quase sempre pós-delitual, não prospectiva, ou seja, não serve para verificar se determinada pessoa, contra a qual inexistente qualquer indício, na maioria dos casos, está ou não cometendo algum crime. Sua admissibilidade depende da verificação de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal. Ausentes esses pressupostos, a interceptação deverá ser considerada ilícita, mesmo que haja autorização judicial.

Excepcionam-se aos casos das interceptações pós-delitivas, os casos em que, por conta de uma investigação em curso, regularmente instaurada, em que se busca elucidar a autoria e a materialidade de um delito, por força do conteúdo da conversa já descoberto e apurado no procedimento atual, descobre-se a prática de outros crimes e o envolvimento de outras pessoas, quando se tornam imprescindíveis os esclarecimentos destes fatos e averiguação do quanto informado. Note-se que os próprios fatos e circunstâncias notificam uma prática criminosa, e caso haja, indicações obtidas pela investigação anterior e não se puder investigar por outro

meio, a interceptação telefônica das conversas e interceptação de dados telemáticos<sup>24</sup> poderá ser requerida pelo Ministério Público ao juiz competente.

Ressalte-se que no ordenamento jurídico vigente, a figura do juiz inquisitorial, que deve possuir, além dos que já tem, amplos poderes dentro da investigação, cujo dispositivo do Código de Processo Penal que trata da questão<sup>25</sup> não se coaduna com o cenário atual, vez que esse papel foi dado ao Ministério Público, titular a ação penal<sup>26</sup>, com atribuições outorgadas pela Carta Política de 1988, e que possui estrutura e atribuição para tal, como se lê no que escreveram Alves e Berclaz (2010, p. 267).

O juiz, como qualquer pessoa que participa diretamente da investigação criminal, está sujeito a sofrer as penas da imparcialidade, dada a proximidade da realização da produção probatória, os esforços para a apuração dos fatos, e nesse sentido, ele, inevitavelmente, como ser humano que é, será influenciado de certa forma, perdendo-se assim, a força do princípio da imparcialidade.

Temos que ter consciência de que o nosso Código Penal nasceu em 1940 e o Código de Processo Penal em 1941, na Era Vargas, fortemente influenciados pelos fascistas italianos.

É tanto nessa linha que segue a evolução do direito, vez que não há mais nas nossas leis a possibilidade de o juiz instaurar a ação penal nos casos das contravenções penais, através do auto de prisão em flagrante delito ou por portaria expedida pelo delegado ou pelo magistrado, de ofício, sem ser provocado (*ex*

---

<sup>24</sup> Do Manual de Interceptação telemática do Ministério Público do estado de Santa Catarina-Brasil: (...) a Internet é um lugar propenso ao desenvolvimento de fraudes, devido, sobretudo, ao anonimato que oferece aos seus usuários e à “imperfeição” dos programas de computadores utilizados para o acesso a ela e seu desenvolvimento. Na medida em que os computadores são mais populares, nada mais lógico que haja o aumento da atividade criminal dentro dessa área. A Internet é um paraíso de informações, e, pelo fato de estas serem riquezas, inevitavelmente atraem o crime. Onde há riqueza há crime. Constatamos a fragilidade dessa riqueza quando percebemos que sinais digitais, representando vastas quantias de dinheiro, podem ser interceptados e “furtados”. Em vez de pistolas automáticas e metralhadoras, os ladrões de banco podem agora usar uma rede de computadores e sofisticados programas para cometer crimes. O risco da empreitada criminosa foi substituído pela praticidade e facilidades concedidas pela Internet.

<sup>25</sup> “Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial”. Parece-nos ser letra morta.

<sup>26</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...) VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (...).

*officio*), ou a requerimento do Ministério Público, pois a lei 11.719/08<sup>27</sup> alterou o texto do artigo 531 do CPP. Assim, também o artigo 26 do CPP perdeu sua razão de ser, vez que traz igual disposição legal à do antigo artigo 531, e não se aplicam mais.

A Carta Maior é peremptória ao vedar a utilização de provas ilícitas, entendidas estas como as obtidas contrariamente ao ordenamento jurídico.

A decisão judicial deverá ser fundamentada<sup>28</sup>, sob pena de nulidade, devendo o magistrado indicar a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

O procedimento será conduzido pela autoridade policial, que poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público. O Ministério Público deverá ser cientificado de tudo, obrigando-se a acompanhar a realização do procedimento técnico como estabelece a Constituição<sup>29</sup>.

O resultado da interceptação deve ser reduzido a termo, transcrito, que é a “degravação” da conversa, para ser convertida na forma escrita, e todos os documentos que fizeram parte do procedimento de interceptação devem acompanhar a transcrição e ser colacionada aos autos, devendo, por decorrência lógica serem encaminhados ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado<sup>30</sup> contendo o resumo das operações realizadas. A gravação que não interessar à

---

<sup>27</sup> Art. 1º Os arts. 63, 257, 265, 362, 363, 366, 383, 384, 387, 394 a 405, 531 a 538 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se o art. 396-A (...).“Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.” (NR).

<sup>28</sup> Art. 93 da CF/88: “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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

<sup>29</sup> Artigo 129, inciso I, “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

<sup>30</sup> Lei 9.296/96, 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”.

prova será inutilizada, a requerimento de qualquer interessado, incluindo o Ministério Público, por decisão judicial.

São criminalizadas, com penas distintas as condutas de realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei<sup>31</sup>.

### **2.3.1 controle da interceptação telefônica dentro da devassa criminal**

Como enfatizado anteriormente, o art. 5º da Lei n. 9.296/96 dispõe que a captação das comunicações telefônicas e telemáticas não poderá exceder o prazo de quinze dias. Fica evidente, pela disposição legal, que o legislador, percebendo a gravidade da intervenção na intimidade do indivíduo, sopesou abstratamente a proporcionalidade necessária à restrição desse direito fundamental, limitando a atuação jurisdicional ao estritamente necessário às exigências da investigação/instrução criminal.

Ora, de outro modo não poderia ser, sob pena de inconstitucionalidade, já que toda medida restritiva de direito fundamental deve, efetivamente, ter um limite razoável. Seria absurdo, por essa perspectiva, autorizar a quebra de sigilo por tempo indeterminado.

O Juiz deve ser o juiz natural, devendo atuar com a mais ampla imparcialidade, e o contato direto do magistrado com a fase pré-processual deve se dar com parcimônia.

Em sintonia, cabe ao juiz exercer seu papel de controlador<sup>32</sup>, fixando o tempo necessário à realização da diligência, respeitado o lapso legal. Esse prazo deve ser

---

<sup>31</sup> Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - Na mesma pena incorre: I - quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói; II - quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas; III - quem impede a comunicação ou a conversação referidas no número anterior ;IV - quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal. § 2º - As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem. § 3º - Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico: Pena - detenção, de um a três anos. § 4º - Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do § 1º, IV, e do § 3º.

<sup>32</sup> Habeas corpus. Trancamento de ação penal. investigação criminal realizada pelo Ministério Público. Excepcionalidade do caso. Possibilidade. gravação clandestina (gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Licitude da prova. Precedentes. ordem

contado desde o dia em que se iniciou a apuração dos fatos através da interceptação, computando-se o dia de começo, por se tratar de restrição a direito constitucional e ser essa contagem mais benéfica ao investigado<sup>33</sup>.

Quanto à renovação da interceptação, poderá ser autorizada por igual tempo (quinze dias), desde que haja comprovação da indispensabilidade do meio de prova. Como se percebe, deverá haver novo pedido, com a demonstração dos requisitos legais.

É necessário o questionamento: quantas vezes essa autorização judicial poderá ser renovada? Não há previsão legal do tempo máximo de duração deste procedimento.

A lei foi omissa em relação a isso, dizendo apenas que pode ser renovada por igual período, mas não afirma a quantidade de vezes. A expressão “uma vez” presente no texto do art. 5º não se refere a uma limitação temporal, mas à necessidade de comprovação da indispensabilidade da prova.

Seguindo essa linha de pensamento, Vicente Greco Filho (2006, p. 51) escreveu sobre a questão, dizendo-nos que “a leitura rápida do art. 5º poderia levar à idéia de que a prorrogação somente poderia ser autorizada uma vez. Não é assim; ‘uma vez’,

---

denegada. 1. Possibilidade de investigação do Ministério Público. Excepcionalidade do caso. O poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. O tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. A atuação deve ser subsidiária e em hipóteses específicas. No caso concreto, restou configurada situação excepcional a justificar a atuação do MP: crime de tráfico de influência praticado por vereador. 2. Gravação clandestina (Gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Lícitude da prova. Por mais relevantes e graves que sejam os fatos apurados, provas obtidas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento não podem ser admitidas no processo; uma vez juntadas, devem ser excluídas. O presente caso versa sobre a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento de outro, isto é, a denominada “gravação telefônica” ou “gravação clandestina”. Entendimento do STF no sentido da lícitude da prova, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação. Repercussão geral da matéria (RE 583.397/RJ). 3. Ordem denegada. (HC 91613, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 15/05/2012, DJe-182).

<sup>33</sup>Código de Processo Penal: “Art. 797. Excetuadas as sessões de julgamento, que não serão marcadas para domingo ou dia feriado, os demais atos do processo poderão ser praticados em período de férias, em domingos e dias feriados. Todavia, os julgamentos iniciados em dia útil não se interromperão pela superveniência de feriado ou domingo”. Art. 798: “Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado. § 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento. § 2º A terminação dos prazos será certificada nos autos pelo escrivão; será, porém, considerado findo o prazo, ainda que omitida aquela formalidade, se feita a prova do dia em que começou a correr. § 3º O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato. § 4º Não correrão os prazos, se houver impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária. § 5º Salvo os casos expressos, os prazos correrão: a) da intimação; b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte; c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho”.

no texto da lei, não é adjunto adverbial, é preposição. É óbvio que se existisse uma vírgula após a palavra ‘tempo’, o entendimento seria mais fácil”.

A expressão “uma vez” trazida pelo artigo de lei em estudo denota, salvo melhor juízo, uma hipótese, não traduz uma certeza, que deve ser comprovada, à luz do caso concreto, de que toda interceptação será indispensável como instrumento de produção de prova.

Há divergência quanto à solução mais adequada.

Para Geraldo Prado (2006, p. 69-75), deve-se adotar, no caso concreto, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade para resolver eventual conflito produzido pela colisão dos direitos fundamentais, porém fica evidente o desígnio do legislador de que não existe uma esfera absoluta de privacidade, quando o processo comunicativo versar sobre fatos do interesse público comum. E, no caso, trata-se de limitação ao exercício dos direitos fundamentais, sendo campo de restrição ao exercício destes direitos – e, por oposição, no das suspensões – que devemos buscar a orientação constitucional adequada.

Restou evidente que para o referido autor, a ideia do sopesamento dos princípios no caso concreto, não havendo, igualmente, direito absoluto.

Luiz Flávio Gomes (1997, p. 218-219) assevera que toda medida restritiva de direito fundamental deve, efetivamente, ter limite<sup>34</sup>, e que seria um absurdo autorizar a quebra do sigilo das comunicações por tempo indeterminado, sendo que o legislador deu o seu limite máximo. Isso significa que o juiz deve exercer o seu papel de controlador e fixar o tempo que reputar necessário, respeitado o limite legal. Conta-se o prazo desde o dia que se iniciou a “devassa”. Por se tratar de medida restritiva de direito constitucional, computa-se o dia do começo.

A justificativa desse último posicionamento é que o fundamental não é a duração da medida, já que a lei não limitou o número de vezes, mas a demonstração inequívoca de sua indispensabilidade, o que será definido por cognição judicial.

---

<sup>34</sup> A interceptação telefônica é medida excepcional e tem por fundamento a sua necessidade para a obtenção de uma prova. O fundamental, assim, não é tanto a duração da medida, senão a demonstração inequívoca da sua indispensabilidade. Enquanto indispensável, enquanto necessária, pode ser autorizada. A lei não limitou o número de vezes, apenas exige a evidenciação da indispensabilidade. É o prudente arbítrio do Juiz que está em jogo. Mais tecnicamente falando: é a proporcionalidade. No instante em que se perceber que a interceptação já não tem sentido, desaparece a proporcionalidade. Logo, já não pode ser renovada. E se o for, é nula. Assim entendeu Luiz Flávio Gomes (1997, p. 219).

Não merece prosperar o argumento, já superado, de que toda prova é indispensável no processo penal, em qualquer circunstancia, até mesmo, a ilícita, pois existiria no processo penal um bem jurídico mais supremo do que todos os outros que é a liberdade do indivíduo.

Argumenta-se que<sup>35</sup> a lei 9.296/96 nasceu buscando combater o crime organizado.

Noutro giro, a busca pela verdade real não pode ceder ao interesse público no combate à criminalidade, bem como o anseio populacional por uma segurança pública mais eficiente seriam razões suficientes para justificar o prolongamento da restrição, submetida apenas à apreciação do magistrado<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Isto porque – e isso parece lógico – seus fins se destinam ao combate da criminalidade sofisticada, e não da criminalidade “rastaquera” ou descalça (...). Há que se compreender, no mínimo, que a nova lei se constitui em um instrumento destinado a enfrentar, primordialmente, com eficácia, a “pós-modernidade” criminal, representada por crimes do tipo “colarinho branco”, etc, como se lê em Lenio Streck (2001, p. 71).

<sup>36</sup> Quando presente o interesse público, a matéria jornalística é legítima e deve ser admitida em juízo (ex: matéria que desvende caso de corrupção da Administração Pública ou a ocorrência de crimes de graves proporções). Quando presente o interesse público, guiado por critérios de escândalo, impacto social ou simples busca por maiores audiências, as provas audiovisuais captadas não devem ser aceitas em juízo, uma vez que a liberdade de imprensa encontra limites nos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem dos cidadãos, como visto em Spiridon Anyfantis (2008, p. 208).

### 3 VERDADE REAL E COMBATE À CRIMINALIDADE

A filósofa Marilena Chauí (1997, p. 201-203) em contributivo trabalho trouxe para a literatura o pensamento, o qual reputamos ser um dos mais fundamentais no que diz respeito à existência da verdade, após Platão já ter escrito acerca do mundo das ideias e o inteligível, que é o pensamento de Husserl, e segundo o filósofo “não há ‘coisa em si’ incognoscível. Tudo que existe é fenômeno e só existem fenômenos. Fenômeno é a presença real de coisas reais diante da consciência; é aquilo que se apresenta diretamente, ‘em pessoa’, ‘em carne e osso’, a consciência”. Continua o autor, “a consciência possui uma essência diferente das essências dos fenômenos, pois ela é doadora de sentido às coisas e estas são receptoras de sentido”.

Para Husserl, pai da fenomenologia, “A consciência não se encarna nas coisas, não se torna as próprias coisas, mas dá significação a elas, permanecendo diante delas. O que é fenômeno? É a essência. Fenômeno não são apenas as coisas materiais (...) são também coisas puramente ideias ou idealistas (...) são fenômenos as coisas criadas pela ação e pela prática humanas (técnicas, artes, instituições sociais e políticas, crenças religiosas, valores morais, etc.) - aquilo que chamamos cultura são fenômenos”.

Chegou-se a concluir-se outra feita, quando em curso o presente trabalho que: o que é a verdade senão o real. Mas questionamo-nos: A verdade é sempre o real? As coisas reais são a verdade?

Em sintonia com essa reflexão, “(...) nesse exemplo, Hegel ressalta que realidade não é estática, mas dinâmica, e em seu movimento apresenta momentos que se contradizem entre si, sem, no entanto, perderem a unidade do processo, que leva a um crescente auto-enriquecimento, e esse desenvolvimento, que se faz através do **embate** e da **superação de contradições**, Hegel denominou **dialética**“, como assim nos informou Gilberto Cotrim (2000, p. 194).

Pensamos ser a verdade um fenômeno. É a cognição humana que desenvolve a atividade de percepção, que através dos sentidos, e sob o crivo do cognitivo, dá significação aos acontecimentos fenomenológicos. Até a própria atividade de tradução cognitiva é um fenômeno em si mesma. Nunca podemos perder a noção

de que nossa consciência é imaterial, bem como os julgamentos extraídos através da atividade de pensar.

E no que ainda se refere a uma possível apreensão da verdade dentro da ciência processualística é importante informar ao leitor posicionamentos já consolidados a respeito da espécie.

Conforme preleciona Roberto Gomes, um dos escopos principais do processo, especialmente do processo penal, é a busca pela verdade.

Nessa vertente, e ainda com esteio nas constatações do referido autor, há uma “verdade processual”, existindo, ainda, no processo penal, a conformação de que o juiz deva possuir amplos poderes com o fito de melhor se aproximar da realidade material, existente ou que existiu, possuindo ampla atividade probatória<sup>37</sup>, contudo não será possível o alcance da verdade absoluta, da realidade que um dia existia, pois os fatos não substituem no espaço-tempo, mas a consequência destes, não sendo possível a aferir, mas apenas aproximar-se dela.

É notória a nossa concordância com o referido autor, vez que concordamos com as premissas acima explicitadas.

No que se refere a um universo de significações que pode ser desenvolvido e apreendido através da palavra e, conseqüentemente, da linguagem, temos que informar ao leitor que, para Ricardo Maurício (2007, 55-57) “fixar um sentido, dentro do horizonte de significações possíveis, é a ingente tarefa do hermeneuta, a exigir um profundo conhecimento sobre a estrutura e os limites da linguagem (...) por força do exposto, o referencial linguístico é indispensável para o desenvolvimento dos processos decisórios. Especialmente no sistema romano-germânico, em que se valoriza o *jus scriptum*, a ordem jurídica se manifesta através de textos, que conformam enunciados linguísticos”<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup>Houve uma evolução nesse sentido, como a modificação da redação do artigo 212 do CPP, que antes assim dispunha antes da modificação: “Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida”. Hoje, assim estabelece o CPP, em seu “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)”. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) - grifo nosso.

<sup>38</sup>Esclarece que a linguagem não é, pois, um objeto, um instrumento, enfim, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto e quando o jurista interpreta, ele não se coloca diante de um

Conforme se extrai das lições de Benedito Pozzer (2001, p. 37), os obstáculos proporcionados à mente humana são inúmeros, e acusado, ofendido, acusador, defensor, testemunha, perito e julgador são influenciados por sensações, mediante estímulos exteriores e interiores, e todos julgam segundo critérios e valores pessoais os fatos apreendidos a serem repassados ao julgador. É difícil e quase impossível a descoberta dos reais acontecimentos.

Ainda, segue POZZER (2001, p. 40), trazendo-nos os pensamentos de Mittermaier, Tucci e Pitombo, de que:

se a verdade é concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito, que, em absoluto, não pertence aos homens, mas tão só a Deus; e só a aproximação – maior ou menor – aflora praticável

Quanto a essa lição, dentro do processo penal, o Estado continua laico, por expressa disposição constitucional<sup>39</sup>, sendo desprovido de juízo de valor quanto à religião. Mas, o que os autores escreveram faz sentido, quanto à aproximação da verdade e daquilo que se acredita ser a verdade tomada como absoluta.

POZZER (2001, p. 35) nos traz conhecimento da lição clara de Nicola Framarino dei Malatesta, que nos esclarece a respeito do direito de punir o *verdadeiro réu*<sup>40</sup>.

“No entanto, quando se reconhece que a correspondência perfeita entre os fatos e os relatos é impossível, mesmo quando o narrador assume (para si) o compromisso com a enunciação correta, todas as narrações devem ser lidas com reservas, mas

---

objeto, separado deste por “esta terceira coisa” que é a linguagem; na verdade, ele está desde sempre jogado na linguistidade deste mundo do qual ao mesmo tempo fazem parte sujeito e objeto.

<sup>39</sup>Artigo quinto da CF/88: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...)”. Art. 19. “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (...)”.

<sup>40</sup> “E na verdade, se a sociedade ofendida tem o direito de punir o réu, não tem contudo o direito de ver sacrificar no seu altar uma vítima, seja ela qual for, culpada ou inocente; não: o direito da sociedade só se afirma racionalmente como direito de punir o verdadeiro réu; e para o espírito humano só é verdadeiro o que é certo. Por isso, absolvendo em caso de dúvida razoável, presta-se homenagem ao direito do que tem de ser julgado, e não se calca o direito da sociedade. Se se atende ao fim da tranquilidade social, a que a pena deve dirigir-se, descobrir-se-á que a pena só pode servir para esse fim, quando atinja quem é realmente réu. A pena que ferir um inocente, perturbará mais profundamente a tranquilidade social, do que teria perturbado o crime particular que se procura punir; porquanto todos se sentiriam na possibilidade de serem, por sua vez, vítimas de um erro judiciário. Lançai pena que seja, na consciência social uma dúvida sobre a aberração da pena, e esta deixará de ser a segurança dos honestos, mas será a grande perturbadora daquela mesma tranquilidade para cujo restabelecimento foi chamada; ela não será mais a defensora do direito, mas forma imane que pode, por sua vez, esmagar o direito imbele. Se a pena pudesse cair também sobre quem não é realmente réu, além da agressão do nosso direito por parte do indivíduo, produziria o pavor da agressão por parte da lei” (A lógica das provas em matéria criminal, trad. De J. Alves de Sá, 2, ed., Lisboa: livraria Clássica Editora, 1927, p. 16-17).

todas devem ser levadas em considerações, para que, com uma confrontação rigorosa de todas as versões (sem desqualificar as relatadas por quem não tem a obrigação legal de dizer a verdade, já que cumpri-la é impossível mesmo para quem a possui, se consiga chegar à única verdade possível, sempre precária, sempre provisória, que é a da intersubjetividade).”, observou bem Daniel Nicory (2010, p. 60).

Com o devido respeito, discordamos apenas no fato de alguém possuir a verdade, que é um fenômeno inapreensível.

Flúvio Cardinelle Oliveira Garcia, mencionado nas lições escritas por Roberto Gomes (2013, p. 146), apregoa que o processo penal não deve encontrar limites na forma ou na iniciativa das partes, ao contrario, impõe-se-lhe a busca e o descobrimento da verdade real, material, ou seja, cumpre ao Juiz averiguar além dos limites artificiais da verdade formal, com o intuito claro e determinado de fazer a função punitiva em face daquele que realmente tenha cometido um ilícito penal.

O intuito ter o fim da norma penal alcançado, através de procedimentos investigativos que são autorizados, nos quais se busca verdade real, com fundamento nos argumentos trazidos ao debate, não pode justificar a consequência de uma vagueza do dispositivo de lei ao qual nos reportamos, e nem sempre o alcance da norma eficácia da norma processual, pois no caminho da norma há outras garantias que têm que ser preservadas. Também nem sempre os fins justificarão os meios.

A falta de recursos por parte do Estado ou a falta de tempo, por conta da demanda alta de investigações criminais, não podem autorizar o prolongamento desmedido da investigação, até porque, quanto mais tempo passa do fato ou de seus indícios, mais o ser humano se distancia da verdade dos acontecimentos.

Assim, como visto existem verdades possíveis.

Vislumbra-se dessa análise, a coexistência de certezas jurídicas, distintas, que não podem se justificar em detrimento da couraça dos direitos fundamentais que forja o indivíduo. O processo penal deve ser mais humano, pois as consequências de sua existência em desfavor de uma pessoa podem gerar danos imensuráveis.

Desta sorte, é inexorável o posicionamento de que a verdade também não existe em sua acepção material.

### 3.1 DA VERDADE REAL, O PRINCÍPIO, NO PROCESSO PENAL

Há um conceito de princípio muito famoso de autoria de Robert Alexy (2008, p.117), e segundo o qual: “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”.

Os princípios buscam dar completude – tornar completo, sem falhas, sem brechas – ao sistema jurídico, visam assegurar a efetividade dos direitos e deveres previstos em abstrato, nas leis, nos Códigos, nas normas.

Verdade real é um princípio do processo penal, e “parece pacífico afirmar que princípios ‘acontecem’ sempre no ‘caso’ concreto, porque é por eles que o *ethos*, o *factum* social – sempre ficcionalizados pelo positivismo – ‘penetram’ no direito. Na verdade, preceitos (se assim se quiser, regras) igualmente ‘acontecem’ em situações concretas. Não fosse assim, estaríamos cindindo situações de direito e situações fáticas. Isso parece indubitável. Daí a impossibilidade de hierarquizar e metodologizar a aplicação dos princípios a partir de critérios *prima facie*<sup>41</sup>; daí a impossibilidade de compreender os princípios como enunciados assertóricos, o que os transformaria em meta ou super-regras. Afinal, se o positivismo avançou na história separando a moral do direito, foram exatamente as suas insuficiências (modelo formal-liberal-burguês) que engendraram as condições para o surgimento de um novo direito, a partir do constitucionalismo social-interventivo. E os sucessos históricos bem demonstram as razões pelas quais o direito e o Estado passaram, a assumir tal dimensão”, disse Lênio Streck (2012, p. 226).

O princípio da verdade real tem causado enormes repercussões no âmbito do processo penal, ameaçando direitos fundamentais constitucionalmente previstos. O argumento mais comum em relação ao assunto é que os interesses tratados no processo penal são, de tal ordem, relevantes e graves a ponto de permitir uma

---

<sup>41</sup>Conceito proposto por David W. Ross, *The Right and the Good*, Oxford: Clarendon, 1930, pp. 19 ss., 28 e ss. O Autor asseverou que não há, nem pode haver, regras sem exceção. O dever *prima facie* é uma obrigação que se deve cumprir (é o comando primeiro da regra – à primeira vista), a menos que ela entre em conflito, numa situação particular, com um outro dever de igual ou maior porte. Um dever *prima facie* é obrigatório, salvo quando for mitigado por outras obrigações morais simultâneas. Esta proposta já havia sido utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão, ver em Alexy (2008, p. 103). Para Sarlet (2009, p. 389), a proposição *prima facie* corresponde ao direito antes de sua limitação.

busca mais ampla e intensa da verdade em prol do interesse coletivo, segurança pública e combate à criminalidade.

Esquece-se, contudo, que a verdade construída judicialmente (se é que se pode chamar isso de verdade), nada mais é que uma verdade processual, não só por ser produzida no curso do processo, mas principalmente por se tratar de certeza de natureza exclusivamente jurídica, reconstruída a partir do maior ou menor grau de contribuição das partes e do subjetivismo na apreciação do magistrado.

Aury Lopes Júnior nos ensina “que o processo penal, sempre que buscou uma ‘verdade mais material de mais consistente’ e com menos limites na atividade de busca, produziu uma ‘verdade’ de menor qualidade e com pior trato para o imputado”<sup>42</sup>.

A problemática não é meramente teórica. É que essa busca pela verdade real deturpou o processo penal de tal forma que práticas inadmissíveis têm sido, e já foram mais incisivas, defendidas como indispensáveis ao enfrentamento da criminalidade<sup>43</sup>.

O aludido princípio tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal.

Esse dogma da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura de sistemas inquisitórios, típicos de regimes autoritários, que utilizam o chamado

---

<sup>42</sup> Segue o autor (2006, p. 218), nas palavras transcritas: “Existe uma insuperável incompatibilidade entre verdade e o paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário, em que um juiz no presente julga um fato do passado, gerando efeitos para o futuro. O crime sempre é passado, logo, história, fantasia, imaginação. Depende, acima de tudo, da memória. Logo, existe um obstáculo temporal insuperável para a tal verdade: o fato de o crime ser sempre passado e depender [...] da memória, da fantasia e da imaginação. Além disso, o juiz no processo penal tem uma atividade similar à do historiador, de modo que ele elimina dados (consciente ou inconscientemente), conserva outros (o que nos conduz a questionar: por que esses elementos são selecionados?) e também tem de conviver com uma infinidade de elementos fáticos que lhe são subtraídos, quer pelas partes (pois é elementar que elas trazem para o processo a ‘parte’ da história do delito que lhes interessa, algo similar ao antigo conceito de lide parcial de CARNELUTTI), quer pela própria complexidade (que não permite a apreensão do ‘todo’). E tudo isso é feito dentro do ritual judiciário, com seus limites e deformações”.

<sup>43</sup> E com muita vivacidade, Eugênio Pacelli de Oliveira (2007, p. 280-281) observou que: “a busca da verdade real, em tempos ainda recentes, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade. Talvez o maior mal causado pelo citado princípio de verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi o responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal”.

interesse público como cláusula geral a serviço de abusividades, e buscam uma verdade a qualquer custo, legitimando outrora, em tempos recentes, como visto, inclusive, a tortura como meio idôneo de obtenção de provas.

Essas observações são pertinentes, sobretudo em razão de a Lei n. 9.296/96, restritiva de direitos fundamentais, ter recebido dos tribunais, em muitos de seus aspectos, uma interpretação ampliativa extremamente perigosa, sob o pálio dos vagos, rançosos e fracos argumentos corriqueiramente citados (defesa do interesse social e combate à criminalidade).

### 3.2 A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Em matéria dessa natureza, não se pode esquecer, ainda que essa seja a tendência, que o delinquente não é mero fruto de suas más escolhas ou índole perversa. A criminalidade é um fenômeno gravíssimo e extremamente complexo e suas causas têm diversas facetas.

E, como bem clarificou Fábio Roque (2011, p. 55), é de conhecimento de todos que a história do Direito Penal guarda íntima relação com a ideia de violência, e que, de uma forma mais objetiva, podemos afirmar que não existe Direito Penal sem que exista violência. Pondere-se que ao se fazer tal afirmação, o autor se refere aos crimes que ocorrem na sociedade, e que, pois, como regra geral, o cometimento do crime envolve algum tipo de violência, seja na sua realização, propriamente dita, seja em alguma de suas consequências. Assim, mesmo nos crimes que são praticados sem a utilização da violência física podem envolver algum tipo de violência à saúde psíquica da vítima, como ocorre em crimes como a ameaça<sup>44</sup>, por exemplo.

No Brasil, infelizmente, a legislação penal é feita para uma clientela específica e tem uma destinatária certa: a população mais carente, geralmente à margem dos investimentos necessários ao seu pleno desenvolvimento.

---

<sup>44</sup> Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Por isso mesmo, não assusta o comentário do Min. Francisco Campos na Exposição de Motivos do CPP de 1941, símbolo da velha ideologia autoritária que teima em ressurgir trajando novas vestimentas, mas não menos perigosas<sup>45</sup>.

Salta aos olhos o quanto o autor desaprovou a legislação vigente, sob os argumentos vistos e chega a tratar como sendo “favores” concedidos pelo Estado, que deve ser o principal responsável pela eficácia social das garantias constitucionais, os direitos individuais de cada cidadão. Posicionamentos dessa mesma estirpe assolaram o Brasil por décadas, até que o Estado Democrático de Direito pudesse se consolidar, despertando outras visões e seguidores a partir da Carta de Outubro.

Haverá sempre um conflito entre o modo como se pune e o direito de punir dado ao Estado e seu limite ante os direitos e garantias individuais, enquanto houver conflitos na sociedade.

### **3.2.1 O processo penal e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais**

Ainda, não é possível visualizar o mundo dissociado dessas intempéries, tal qual o cometimento de atos ilícitos, bem como outros comportamentos que contrariem os costumes e o direito positivado. Estarão sempre em choque lados oposto de um mesmo sistema, conflitandose o que foi feito para viver em harmonia.

A atual Carta Política brasileira repele todo e qualquer resquício de autoritarismo legitimador de um processo penal utilitarista, focado na repressão em detrimento da

---

<sup>45</sup> A esse respeito, leio o comentário referido: “De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. [...] O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal”.

reeducação. Com efeito, a dignidade da pessoa humana é o fundamento do regime jurídico vigente. Nunca, ao longo da história nacional, tantas inviolabilidades foram asseguradas, numa clara demonstração de que o processo penal deve se democratizar<sup>46</sup>.

Do que se extraiu das lições de Peter Häberle (1997, p. 36-38), podemos afirmar que no Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria da Democracia). A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional – aqui no Brasil, o STF –. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (...), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais. Democracia se desenvolve mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidade da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigentes (...) “Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão (...) povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político – o povo somente se torna capaz de se articular e de agir sob determinadas formas de organização: tal constatação não legitima, porém, a identificação do povo e partidos populares, pois a comunidade pluralista é fortemente diferenciada – como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão (...) dessa forma, os

---

<sup>46</sup> Nessa linha de pensamento, o italiano Bobbio (1992, p. 01-05) já afirmava que: [...] os direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais. [...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes. Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, por exemplo, na estruturação do setor econômico público.

Portanto, são os parâmetros democráticos que devem orientar os aspectos acerca da renovação da interceptação telefônica para fins de obtenção probatória a fim de que se efetive o princípio vértice, constitucional, da dignidade da pessoa humana, preconizado no artigo 1º, III da Carta da República.

O avanço que o direito constitucional apresenta atualmente é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleos de proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões.

Caminham, paralelamente no tempo, o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documentos jurídicos com força vinculativa máxima, incólume às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

A Constituição de um país que pretenda assegurar aos seus cidadãos os direitos fundamentais mínimos deve se manter rígida, não sendo modificada facilmente, e sim cumprida, a exemplo da nossa Carta Magna, que em texto não lhe faltam mais frases bonitas ou palavras bem encaixadas, ou até mesmo artigos inseridos no calor da Constituinte, procurando atender a todos, de maneira pormenorizada, devendo, e não é uma tarefa fácil, dentro do que visualizamos nas últimas décadas, ser efetivada.

Parafraseando Paulo Gustavo Gonet Branco, a sedimentação dos direitos humanos como normas cogentes é resultado de maturação histórica, não correspondendo invariavelmente na sua formulação, exatamente por isso, a imperativos de coerência lógica (2012, p.153).

O mundo precisou ver as consequências da banalização da vida e do desrespeito às etnias, crenças e opiniões diversas para iniciar uma tomada de consciência no que diz respeito aos direitos do homem, e não foi através de uma lei, de uma norma que isso se deu, pois a drástica experiência foi prática, como podemos ver abaixo.

Fábio Konder Comparato traduz com clareza o sentimento de fortalecimento dos direitos humanos, sobretudo no pós-guerra, asseverando que ao emergir da Segunda Guerra Mundial, após três lustros massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos '30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana (2008, p. 56).

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que este último tem, primeiro, direitos, e depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo concorrem para o desiderato de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

É nesse contexto que, muito provavelmente, a teoria da limitação dos direitos fundamentais impõe-se como um tema central do direito constitucional contemporâneo, cuja análise deve abranger o estudo de sua estrutura dogmática.

## 4 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS DENTRO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A Constituição de 1988 preconizou a técnica do estabelecimento direto da restrição legal a diferentes direitos individuais, como, por exemplo, “o exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, como se verifica em seu art. 5º, XIII.

Assim, para que possamos compreender os regimes de restrição<sup>47</sup> a aos direitos fundamentais e seus limites, é preciso que tenhamos o conhecimento dos contornos teóricos que essa questão nos traz, e a adoção de uma teoria ou outra será determinante à formação de qualquer posicionamento.

Para Virgílio Afonso da Silva as restrições devem ser interpretadas com base “teoria interna” ou pela “teoria externa”.

Para os adeptos da teoria interna, um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo já determinado, afirmando-se mesmo que o direito já nasce com suas limitações. Existiriam internamente limites imanentes<sup>48</sup>, vistos como fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral compreendidas (para a teoria externa) como desvantagens trazidas pela letra da lei e impostas externamente aos direitos, inadmitidas pela teoria interna, já que a mesma afirma que o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte, que qualquer restrição se mostra incabível, conforme se interpreta do que escreveu Sarlet (2009, p. 388).

---

<sup>47</sup> Esses limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela ideia de vontade da Constituição, quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outras naturezas, e quanto mais intensa for a vontade da Constituição, menos significativas serão as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém de suprimir esses limites, como nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende de que se compatibilize a Constituição a esses limites. Assim, as restrições e suas respectivas aplicações tem que estar em consonância sistemática e de acordo com a finalidade a norma instituidora dos limites aos direitos fundamentais, como se extrai do que escreveu Konrad Hesse (1991, p. 24-25).

<sup>48</sup> Para Sarlet (2009, p. 388), limites imanentes consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois, estas são, em geral, compreendidas (para a teoria externa) como “desvantagens” normativas impostas externamente aos direitos, referindo-se aos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho, “Dogmática dos Direitos Fundamentais e o Direito Privado”, p. 349. Os limites imanentes são inadmitidos pela teoria externa, visto que para esta o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico, como lido em M. Borowski em *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. P. 68-70, por Sarlet (2009, p. 388).

Continua o autor nos esclarecendo que a “teoria externa”, diferentemente, distingue direitos fundamentais das restrições externas que sofrem, e ao contrario da teoria interna, que pressupõe apenas um objeto, o direito e seus limites (imanentes), a teoria externa divide este objeto em dois, que seria o direito em si, e, apartado dele, suas restrições.

Se direito individual e restrição são duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existiria, a princípio, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições, converter-se-ia num direito limitado. A ideia contida na teoria externa, parte do pressuposto de que os direitos fundamentais definem apenas posições *prima facie* sujeitas a restrições.

A essa concepção contrapõe-se a teoria interna, segundo a qual não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas. É dizer: aquilo que se chama de restrição a um direito fundamental é, em verdade, a definição do seu próprio conteúdo.

Para os propósitos deste trabalho, será adotada a teoria externa (a limitação está no mundo exterior ao direito).

Os direitos individuais, de matriz constitucional, somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional, configurando assim, uma hipótese de restrição direta, feita no bojo do próprio dispositivo instituidor da disposição normativa.

Há também hipótese de restrição indireta, realizada por meio de lei ordinária promulgada, com fundamento imediato na própria Constituição, como se extrai da leitura de Sarlet (2009, p. 392).

Ontologicamente (esfera do ser), tanto as restrições estabelecidas pelo legislador com fundamento último na Constituição quanto às limitações decorrentes diretamente do texto constitucional devem ser consideradas comandos de restrição de direitos.

É hipótese de restrição imediata ou direta, a do art. 5º, XVI, da CF/88<sup>49</sup>, que consagra o direito da pessoa de reunir-se pacificamente, sem armas. Nesse caso, a própria Constituição prevê a restrição à liberdade de reunião, garantindo tal direito

---

<sup>49</sup>“todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; (...)”.

apenas se conduzido de forma pacífica e sem armas, interferindo, como se vê, no conteúdo do direito.

Já a restrição mediata ou indireta, é aquela em que a Constituição remete à lei a possibilidade do estabelecimento de limites ao exercício de específicos direitos. Nessa linha é o preceito do art. 5º, XV, da CF/88<sup>50</sup>, em que se assegura a livre locomoção em todo o território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

A restrição mediata, aquela feita através de ato infraconstitucional, por sua vez, subdivide-se em reserva legal simples ou restrição simples e reserva legal qualificada ou restrição qualificada.

No primeiro caso, o constituinte autoriza a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência complementar e adicional quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei. Na segunda hipótese, eventual restrição estará sujeita ao atendimento de determinado requisito expressamente definido na Constituição, que ditará finalidade e o propósito.

A restrição direta e a reserva legal (mediata) qualificada distinguem-se na medida em que, no primeiro caso, a própria Constituição prevê expressamente a limitação ao direito individual, ao passo que, no segundo, a despeito da previsão também expressa de um determinado requisito de observância obrigatória, a regulamentação deverá ser feita por lei própria, ordinária ou complementar, configurando uma hipótese norma de conteúdo de eficácia limitada<sup>51</sup>.

Há, ainda, aquelas situações em que os direitos individuais não se encontram submetidos expressamente a quaisquer restrições, o que não impede, excepcionalmente, o estabelecimento de certas limitações, desde que obedecidos alguns requisitos.

Verifica-se, nessa linha de inteligência, que os direitos fundamentais podem ser enquadrados em três regimes específicos de restrições, a saber: inexistência de restrição expressa, restrição imediata e restrição mediata, esta última dividida em

---

<sup>50</sup> “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; (...)”.

<sup>51</sup> São aquelas normas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata, reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade/regulação posterior que lhe devolva a aplicabilidade, como se lê Alexandre de Moraes (2012, p. 12), trazendo a lume conceituação feita por José Afonso da Silva, p. 89-91, na obra Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

reserva legal simples e reserva legal qualificada. Mais adiante serão pormenorizadas algumas peculiaridades desses regimes.

De se ver que as modalidades de limitação ou restrição dos direitos fundamentais variam de acordo com a experiência histórica e a índole sociológica e cultural de cada Estado. Dependendo do conteúdo da autorização constitucional para a intervenção legislativa, a sua formulação pode assumir o significado transcendental para a maior ou menor efetividade das garantias fundamentais. Deve-se evitar, entretanto, a utilização de fórmulas vagas e de conceitos indeterminados na fixação dessas restrições, por configurar autêntica ameaça aos direitos individuais. É o que tentaremos explicar.

#### 4.1 RESERVA LEGAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O problema central das reservas legais é a questão de sua limitação. É que a formulação imprecisa da garantia individual ou a outorga ao legislador da responsabilidade pela sua concretização podem esvaziar por completo o significado dos direitos individuais em determinada ordem constitucional.

Com efeito, se a ausência de previsão quanto à reserva legal não assegura maior efetividade à garantia fundamental, uma vez que, em muitos casos, o esforço hermenêutico de compatibilização pode levar à redução do âmbito de proteção, ou mesmo legitimar a imposição de restrições e o uso abusivo dessas reservas, o que pode reduzir ou esvaziar o a finalidade da garantia em si.

Certamente, o estabelecimento de reservas legais impede a multiplicação de conflitos entre direitos individuais diversos. Não se deve esquecer, por outro lado, que a técnica que exige expressa autorização constitucional para a intervenção legislativa no âmbito de proteção dos direitos individuais traduz, também, uma preocupação de segurança jurídica, que impede o estabelecimento de restrições arbitrárias ou aleatórias.

Hoje, a doutrina contemporânea que escreve a respeito de conceitos jurídico-constitucionais apresenta características comuns dotadas de especial importância para a realização normativa dos direitos fundamentais, dentre as quais se destacam três, que, de acordo com a tradição constitucional de matriz germânica, amplamente

difundida, encontram correspondência nas seguintes categorias: âmbito de proteção (ou suporte fático), limites e limites aos limites dos direitos fundamentais.

Tal esquema, aplicável aos direitos fundamentais de um modo geral, acabou sendo recepcionado, ainda que nem sempre com a mesma terminologia e sujeito a algumas variações, sem outras ordens constitucionais, inclusive a brasileira, como demonstra farta e atualizada doutrina, bem como atestam uma série de decisões judiciais, mesmo que muitas vezes tal recepção tenha ocorrido sem qualquer referência expressa ao esquema acima exposto, como nos orienta Sarlet.

#### **4.1.1 Determinação do âmbito de proteção**

Inicialmente, deve-se salientar que cada direito fundamental possui um âmbito de proteção<sup>52</sup>, que abarca os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica e sua consequência comum, que é a proteção fundamental. Diz-se, assim, que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial.

Relativamente ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se imprescindível identificar e demarcar, não só o objeto da proteção, mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção e os limites da mesma.

Isso é importante na medida em que se sabe que o exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, não raramente, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos, impondo-se, nesses casos, a definição dos respectivos núcleos de proteção e a fixação precisa das restrições ou limitações a que estão (ou podem estar) sujeitos.

Vê-se, facilmente, que não é qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação a específico direito fundamental que integra o seu âmbito de proteção.

Além disso, esse processo de identificação do âmbito de proteção não pode ser estabelecido em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, um procedimento diversificado. É que, muitas vezes, a definição do âmbito de proteção de certo direito pressupõe uma interpretação sistemática, abrangente de outras

---

<sup>52</sup>Vide Ingo Sarlet p. 387.

disposições constitucionais. Em algumas hipóteses, essa definição somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito.

Não obstante, a fim de sistematizar o assunto, pode-se afirmar que a determinação do âmbito de proteção impõe a análise da norma constitucional tendo em vista dois aspectos: 1- a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção; 2- a verificação das possíveis restrições contempladas expressamente na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva.

Percebe-se, nesse ínterim, que a identificação do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico, já que nem sempre se pode afirmar, com segurança, que certa conduta, bem ou objeto estão protegidos ou não por dado direito, devendo toda restrição ser limitada pela razoabilidade, aferindo-se a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Diz-se que os direitos fundamentais devem ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente, tendo em vista a premência de evitar o esvaziamento do seu conteúdo decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

No Brasil, em que pese a inexistência de disciplina direta sobre o assunto, é inequívoco que houve vedação de qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, da CF/88<sup>53</sup>), o que reforça a ideia de que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais é compatível com o modelo garantístico utilizado pelo constituinte brasileiro.

No STF, ainda sob a égide da Constituição de 1967/1969, a questão foi bem equacionada pelo então Ministro Rodrigues Alckmin, em seus comentários sobre a possibilidade do estabelecimento de restrições ao – livre – exercício de qualquer profissão<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais (grifo nosso).

<sup>54</sup> E assim se verifica no julgado transcrito: “Essa liberdade, dentro de regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária. Tanto assim é que a cláusula final (‘observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer’) já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades. Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de

Mais recentemente, em trecho do seu voto no Habeas Corpus n. 82.959-7, o Ministro Peluso aduziu, no que diz respeito à imposição de regime integralmente fechado para o cumprimento de condenação nos crimes hediondos, que:

[...] tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia ser aberta por norma de igual hierarquia nomológica. “A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade”, nota Maria Lúcia Karam, “com a vedação da progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo essencial do princípio individualizador, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante”. Já sob esse aspecto, falta, pois, legitimidade à norma inserta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 (STF, HC 82.959-7/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23/02/2006, DJ 01/09/2006, p. 538-572).

Esses precedentes indicam ser tranquila a adoção da teoria em comento no ordenamento jurídico pátrio.

Em síntese, podemos constatar que cada direito fundamental possui um âmbito de proteção, que é o bem jurídico efetivamente protegido pela garantia constitucional. Esse âmbito de proteção, por sua vez, está sujeito a limitações pela atividade do legislador (restrições imediatas, mediatas e não expressamente previstas), desde que não seja atingido o seu núcleo essencial de proteção, sendo imprescindível, nesses casos, o exame de razoabilidade/proporcionalidade da medida, a fim de determinar a sua compatibilidade com os preceitos constitucionais.

#### **4.1.2 Reserva legal simples**

A Constituição Federal, em algumas situações, condiciona a restrição de determinado direito fundamental à mera intervenção legislativa, sem fazer qualquer

---

qualquer sentido. Que adiantaria afirmar ‘livre’ o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse? É preciso, portanto, um exame aprofundado da espécie, para fixar quais os limites a que a lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as ‘condições de capacidade’. E quais os excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias, desatendem à garantia constitucional” (STF, Representação nº 930/DF, Tribunal Pleno, Rel. p/ o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, julgado em 05/05/1976, DJ 02/09/1977, p. 28-65) – grifo nosso.

exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei. E, não são poucas as disposições em que a Carta Maior prevê casos de reserva legal simples<sup>55</sup>.

Percebe-se, da transcrição acima, que o constituinte se vale de várias fórmulas para explicitar a reserva legal simples (na forma da lei, nos termos da lei, assim definidas em lei). Defere-se ao legislador, assim, a atribuição de densificar e conferir significado aos conceitos constitucionais, sem que, para tanto, estabeleçam-se condicionamentos expressos.

Robert Alexy, em sábias lições, esclarece-nos que se se tomam as normas de direitos fundamentais estabelecidas sem reserva de forma literal, pode-se dizer que elas garantem muita coisa (2008, p. 130).

Segue o autor, asseverando que “Já o problema das normas de direitos fundamentais com reserva simples – também se a tomamos literalmente – é que elas que garantem muito pouco. Assim é que, segundo o teor das disposições de direitos fundamentais, a liberdade pessoal, ou seja, a liberdade física de locomoção, garantida pelo art. 2., parágrafo 2. da Constituição Alemã, está, nos termos da regra de reserva do art. 2., par., 2. e 3., e até o limite de seu conteúdo essencial, completamente à disposição do legislador (...). Se se leva em consideração apenas o texto constitucional, os direitos fundamentais garantidos com reserva simples ficam esvaziados na parte que está além do seu conteúdo essencial. Que isso não possa ser assim uma consequência da vinculação do próprio legislador aos direitos fundamentais”.

Konrad Hesse, citado por Robert Alexy (2008, p. 131) deixa claro que, em caso de restrição a direitos fundamentais, há que se observar a proporcionalidade da restrição “em uma relação apropriada com o peso e a importância do direito fundamental”.

---

<sup>55</sup> Veja-se, por exemplo, o texto de alguns incisos do art. 5º da Carta de Outubro: Art. 5º. [...] VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias; VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento (grifo nosso).

Nesse sentido e em consonância com os ensinamentos de Robert Alexy (2008, p. 131) ao trazer à baila a lição de Peter Härberle, conclui-se que ante “a limitação da competência do legislador para restringir direitos fundamentais torna-se, em sua essência, um problema de sopesamento”.

#### **4.1.3 Reserva legal qualificada**

Quando a Constituição, além de exigir intervenção legislativa, por meio de lei, para o estabelecimento de eventual e pontual restrição a direito fundamental, impõe a observância, também, de condições especiais (fins a serem perseguidos ou meios a serem utilizados), tem-se a chamada reserva legal qualificada.

O art. 5º, XXXVIII, da CF/88, ao prever a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurou a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Trata-se de hipótese de reserva legal qualificada, em que ao legislador é dada a possibilidade de organizar o júri, desde que obedeça ao conteúdo e os fins enunciados na norma constitucional.

Nas situações de direitos fundamentais sem reserva legal expressa, a Magna Carta não prevê a possibilidade de intervenção legislativa para restringi-la. *In casu*, não pode o legislador, em princípio, ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção.

No Brasil, a liberdade religiosa e a inviolabilidade da correspondência escrita são exemplos de direitos fundamentais sem reserva legal expressa.

No direito comparado, especialmente na Alemanha, o entendimento majoritário é que apenas a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional pode, excepcionalmente, em consideração à unidade da Constituição e a sua ordem de valores, legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal. A intervenção legislativa, nessas hipóteses, exige cautela, a fim de evitar abusos, e pode ser justificada pela colisão de direitos ou princípios/regras de hierarquia constitucional.

No Brasil, a Constituição consagra a inviolabilidade das correspondências (art. 5º, XII, primeira parte) e o art. 41, XV, da Lei n. 7.210/84, a Lei de Execução Penal, reza

que constitui direito do preso o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Todavia, trecho da ementa de acórdão do STF representa bem o precedente segundo o qual:

[...] a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (STF, HC n. 70.814-5, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 01/03/1994, DJ 24/06/1994, p. 317).

Nessa ordem de ideias, vê-se que o STF admite, excepcionalmente, a restrição a direito fundamental sem reserva legal expressa, desde que, à luz do princípio da proporcionalidade, outros interesses também de envergadura constitucional assim exijam.

Das considerações aduzidas, conclui-se que direitos, liberdades, poderes e garantias constitucionais são passíveis, imediata ou mediatamente, de restrições.

Não se há olvidar, contudo, que tais restrições são limitadas. É dizer: o fato de o art. 5º, XIII, da CF/88 permitir que a lei estabeleça qualificações profissionais para o exercício de profissão, ofício ou trabalho não quer dizer, necessariamente, que toda e qualquer exigência feita pelo legislador ordinário estará consentâneo com os escopos da Lei Maior. Pensar diferentemente conduziria ao esvaziamento das garantias constitucionais, além de legitimar o arbítrio do legislador em questões de relevante repercussão social, algo inadmissível num Estado Democrático de Direito.

É que se percebeu, sobretudo a partir do regime de estrita legalidade que fundamentou as atrocidades cometidas pelo nazismo, que a teoria clássica de proteção dos direitos individuais e sua respectiva restrição mediante o princípio da supremacia da lei conferiam ao legislador um poder quase ilimitado de atuação, o que poderia acarretar o esvaziamento da eficácia dos direitos fundamentais.

Foi assim, nesse contexto, que Sarlet<sup>56</sup> salientou existirem limites imanentes, decorrentes da própria Constituição, que balizam a ação do legislador de restrição

---

<sup>56</sup> Vide p. 44.

dos direitos individuais, fatores estes que vão desde a necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental até a exigência de clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Fixadas as premissas básicas sobre a teoria das restrições aos direitos fundamentais, verifica-se, da análise do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que foi garantida a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Depreende-se do citado dispositivo que a inviolabilidade da comunicação telefônica tem natureza instrumental, cujo âmbito de proteção visa ao resguardo da intimidade e privacidade do indivíduo.

Intimidade e privacidade são conceitos próximos, mas que não se identificam plenamente.

Com efeito, a ideia de privacidade é mais ampla e envolve todos os relacionamentos do indivíduo, tais como suas relações comerciais, de trabalho, de estudo e convívio diário, ao passo que intimidade diz respeito às relações íntimas da pessoa, incluindo amigos, familiares e companheiros que participam de sua vida pessoal. O objeto da intimidade seria, por essa perspectiva, as conversações e os episódios ainda mais íntimos, abarcando relações familiares e amizades mais próximas.

Há que se reconhecer, todavia, que a distinção é quase imperceptível, já que, a rigor, ambas refletem o repositório das particularidades do ser humano<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Sobre o tema, a doutrina acentua que: “A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo mesmo inibiria toda tentativa de auto-superação. Sem a tranqüilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se auto-avaliar, medir perspectivas e traçar metas. A privacidade é componente ainda de maior relevo de certas relações humanas, como o casamento, por exemplo. A divulgação de dificuldades de relacionamento de um casal pode contribuir para a destruição da parceria amorosa. E mesmo um núcleo de privacidade de cada cônjuge em relação ao outro se mostra útil à higidez da vida em comum. De modo geral, há consenso em que o direito à privacidade tem por característica básica a pretensão de estar separado de grupos, mantendo-se o indivíduo livre da observação de outras pessoas. Confunde-se com o direito de fruir o anonimato – que será respeitado quando o indivíduo estiver livre de identificação e de fiscalização. No âmago do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo” (MENDES et al., 2009, p. 421-422).

Quanto ao enquadramento específico de limitação a que está sujeita a inviolabilidade da comunicação telefônica, trata-se de restrição mediata por meio de reserva legal qualificada, em que a Carta de Outubro, além de condicionar a eventual restrição à intervenção legislativa (necessidade de lei ordinária), fixa requisitos mínimos a serem observados, a saber: a lei deverá estabelecer as hipóteses e a forma da interceptação, que só poderá ser feita por meio de ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ora, considerando que a Carta Maior remete à lei ordinária o estabelecimento das hipóteses e da forma da interceptação, não seria coerente afirmar que toda e qualquer hipótese e forma previstas estariam em conformidade com a Carta Política, desde que haja ordem judicial e tenham finalidade voltada para investigação criminal ou instrução processual penal.

Um comando normativo que venha a complementar o texto da Constituição tem resguardar idêntica simetria com o contexto constitucional, e não pode, no conteúdo de seus artigos, ir de encontro à sua fonte geradora, que no caso, é a Carta Magna. A vontade do constituinte originário tem que ser respeitada, cabendo ao intérprete compatibilização a aplicação da regra, no caso concreto, em consonância com os ditames constitucional, interpretados teleológica e sistematicamente.

Exatamente para conter os excessos do legislador é que foi cunhada a teoria do núcleo essencial de proteção dos direitos fundamentais. É dizer: a interceptação da comunicação telefônica deverá ser regulamentada mediante lei (aspecto formal), obedecida a imprescindibilidade de ordem judicial e a vinculação constitucional dos fins perseguidos pela medida (aspecto material), não podendo a restrição imposta, por certo, ser tão ampla a ponto de fulminar a densidade normativa do próprio direito protegido (intimidade/privacidade) ou inviabilizar indeterminadamente a sua fruição (núcleo essencial), sob pena de fazer tabula rasa da inviolabilidade prescrita no art. 5º, XII, da CF/88.

A Constituição Alemã, mencionada por Robert Alexy (2008, p. 133), em seu artigo 13, parágrafo 3, afirma que “as restrições ao exercício de direitos fundamentais, para serem compatíveis com o Estado de Direito, devem ser fixadas, respeitando-se a presunção elementar de liberdade e a máxima constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade”, e nestes termos, concordamos com o autor.

## 4.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RENOVAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A investigação criminal deve ter um limite razoável. Não deve durar tão pouco que não se possam esclarecer os fatos, bem como não deve demorar tanto a ponto de haver a conversão do que um dia foi o estrito cumprimento de um dever legal ou o exercício regular de um direito em um abuso de direito, que de ato ilícito de per si, ainda invasivo, intrometido.

Sabe-se que o tempo de quinze dias é curto e fora dos padrões da atual realidade das nossas Delegacias, Ministério Público e Judiciário, mas o que se vê é um constante monitoramento.

### 4.2.1 Interceptação telefônica e garantias

Direitos fundamentais podem ser entendidos como o conjunto de prerrogativas que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos. São, portando, núcleos invioláveis de uma sociedade política. É na Constituição que se deve buscar o âmbito de atuação de cada direito fundamental, assim como as restrições a que estão (ou podem vir a estar) sujeitos.

Modernamente prevalece a ideia de que os direitos, mesmo os fundamentais, são, em regra, relativos, podendo ser limitados pela Carta Magna ou pela própria convivência a que estão submetidos (necessidade de harmonização).

Quanto ao alcance da palavra “garantismo”, Alvaro Stipp (1996, p. 24) expressa, com precisão, o seu significado<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Nos seguintes termos: “De garantir, que significa tornar seguro, assegurar, afiançar, tutelar algo. No contexto jurídico, quando se fala em garantismo, não é diferente. Refere-se a garantir, tornar seguro, tutelar algo. O objeto sob o qual recai a tutela são os direitos subjetivos ou a pretensão de acessar os bens da vida para satisfação das necessidades humanas. O garantismo é um sistema sócio-cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos e conseqüente defesa do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e/ou, sobretudo, com interesses do Estado. Esses instrumentos jurídicos são as garantias, as armas jurídicas que visam proteger os cidadãos que abrem mão de parcela de sua autonomia em benefício da coletividade, entregando ao Estado o poder para que ele lhes propicie segurança, saúde, trabalho, etc.. Para estar seguro da realização desse

Pois bem. A Lei n. 9.296/96 limita o direito à intimidade do indivíduo com a finalidade de salvaguardar outros interesses também prestigiados constitucionalmente. Essa restrição tem de estar em conformidade com os critérios expressa ou implicitamente estabelecidos na *Lex Legum* (Lei Maior)<sup>59</sup>, não podendo ser tão ampla a ponto de fulminar o núcleo existencial do próprio direito ou inviabilizar indeterminadamente a sua fruição.

À primeira vista, permitir que a interceptação da comunicação telefônica perca pelo tempo necessário à completa investigação do suposto fato delituoso pode parecer medida da maior conveniência, ainda mais quando os meios de comunicação noticiam a todo o momento a sofisticação alcançada pelo crime organizado, apontando a redução da maioria penal e a maximização das penas como remédios para essa praga social. Contudo, essa visão não resiste a uma análise sistemática e garantista da Constituição, como visto acima.

Com efeito, a CF/88 prevê, no seu art. 136<sup>60</sup>, o chamado estado de defesa, que, de acordo com José Afonso da Silva (2012, p. 765-766), e segundo o qual “[...] consiste na instauração de uma legalidade extraordinária, por certo tempo, em locais restritos e determinados, mediante decreto do Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, para preservar a ordem pública ou a

---

desiderato por parte do Estado, as constituições do Estado de Direito prevêm instrumentos jurídicos expressos em limites, vínculos e obrigações impostos ao poder estatal, a fim de maximizar a realização dos direitos e minimizar suas ameaças. O Garantismo se vincula, portanto, ao conceito de Estado de Direito, modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal”.

<sup>59</sup> Assim se expressa Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 30): “A idéia de constituição como norma reguladora da produção jurídica (superlegalidade formal) justifica a tendencial rigidez das Leis Fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, ‘agravadas’ ou ‘reforçadas’ relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as regras e princípios hierarquicamente superiores da Constituição (superlegalidade material). Da conjugação destas duas características – superlegalidade formal e superlegalidade material da Constituição – deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, que encerra a idéia de que as normas jurídicas só estarão conformes com a Constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais”.

<sup>60</sup> Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. § 1º. O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I – restrições aos direitos: c) sigilo de comunicações telegráficas e telefônica; § 2º. O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação (grifo nosso).

paz social ameaçados por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza [...]”.

Note-se que se trata de uma situação fática de exceção, e nesse sentido, é imprescindível a análise detida do texto de lei, tendo-se em vista sua clareza.

De se ver que um dos estados mais graves de instabilidade social previsto na Magna Carta admite restrições ao sigilo das comunicações telefônicas por prazo não superior a trinta dias, prorrogável apenas uma única vez por igual período, totalizando, assim, um limite temporal máximo de sessenta dias.

É uma contradição, em casos, admitir que esse mesmo sigilo telefônico, quando a finalidade for o combate à criminalidade, seja flexibilizado, sem determinação de prazo certo, apenas condicionado à sua indispensabilidade para a investigação, de acordo com a livre convicção<sup>61</sup> do juiz.

Não há proporcionalidade alguma em se entender que o estado de defesa deva ser tratado com medidas mais brandas que as dirigidas ao controle da criminalidade comum ou que em estado e condições normais de convivência em sociedade, em tempos de paz, não haja termo certo para limitar uma restrição à garantia individual. Ressalvas têm que serem feitas e toda prudência é pouca na hora de fixar limites à atuação e ingerência estatal na esfera privada individual.

#### **4.2.2 Proporcionalidade da nova regulamentação**

Acertadamente, Manuel da Costa Andrade (1992, p. 15) asseverou que “o controle da criminalidade pelo Estado deve obedecer a padrões éticos definidos pela Constituição, não sendo lícito obrar com a Constituição, flexibilizando-a indevidamente”.

Não convenceu o argumento de que o juiz estará dissociado das provas dos autos para prorrogar a operação, o que inviabilizaria qualquer arbitrariedade. Sabe-se que em toda apreciação judicial existe certa margem de subjetivismo do julgador.

---

<sup>61</sup>CPP. 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. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Como a autorização da medida já tem como pré-requisito a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, nada impediria que, não encontrada prova incriminadora no interregno inicialmente estabelecido, seja a interceptação prorrogada *ad infinitum* (até o infinito), sob o argumento de que algo comprometedor poderá ser dito e gravado a qualquer momento durante o curso das investigações instauradas.

Ademais, ainda que esses possíveis abusos possam ser corrigidos na via recursal, o prejuízo para o investigado tornar-se-ia irreparável, já que, uma vez exposta a sua intimidade-privacidade, não haveria como voltar no tempo, em que pese a operação de interceptação ter sido feita sigilosamente. Mas, como em muitos lugares do mundo, no Brasil não é diferente, e as informações sob o segredo de justiça são divulgadas com muita facilidade, seja por vazamento proposital ou descoberta por particulares, e, não raramente, os responsáveis ficam impunes ou nem se tornam conhecidos.

Além disso, os tribunais têm dificuldades em declarar a nulidade do ato nascido de uma interceptação por conta de uma prorrogação indevida, se, em razão desta, houver sido trazida aos autos prova irrefutável da culpa do investigado, pois a conquista da prova supriria anterior ilegalidade.

Nessa hipótese, o resultado do procedimento teria o condão, ainda que controverso, por meio do discurso jurídico (quem trabalha com argumentação bem sabe o alcance de suas possibilidades), de sanar eventuais vícios na prorrogação da medida, prevalecendo, desse modo, a ideia de utilidade da providência em detrimento de sua conformação constitucional.

Acrescente-se, por derradeiro, que quebrar sigilos no Brasil se tornou algo corriqueiro, de fácil aplicação, sejam telefônicos, bancários, fiscais, telemáticos, enfim, aquilo que deveria ser feito em situações excepcionais, transformou-se em perigosa arma a serviço da persecução penal.

Torna-se a enfatizar que, subverter a jurisdição processual penal em mera ferramenta de sustento às políticas públicas de controle da criminalidade (função cabível ao Executivo) atenta frontalmente contra os mais caros princípios democráticos.

O juiz<sup>62</sup>, ao ser colocado no papel de auxiliar do Executivo<sup>63</sup>, com a tarefa de garantir a segurança da população (o que não é feito a contento pelo policiamento), tem tido desfigurada a sua função de dirigir o processo judicial com imparcialidade.

O mínimo que se pode esperar de um magistrado, no Estado Democrático de Direito, é que ele seja um garantidor de direitos fundamentais. Contudo, essa cultura repressiva disseminada nos últimos tempos, motivada principalmente pela crise de violência nas grandes cidades, tem servido para transformar a representação que o juiz tem de seu próprio papel no processo, à luz da Constituição. Isso é inaceitável, ainda que se possa crer nas dos que assim agem.

Atente-se que o direito, longe de ser um instrumento emancipatório, é produto de verdadeiro embate político, no arrimo das lições do insigne José Joaquim Calmon de Passos, lançadas no prefácio do livro de Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 16), na qual se pode ler que “o discurso que apresenta o direito como um instrumento de emancipação me soa falso, visto como faço profissão de fé na convicção de que os ganhos sociais emancipatórios somente são obtidos por via do embate político, apenas cabendo ao direito institucionalizar formalmente o que foi conquistado, em termos de poder, pela sociedade. Isso foi dito por Bobbio de modo insuperável: só o poder cria o direito, mas por igual só o direito limita o poder”.

Dessa forma deve ser compreendida a conquista recente de muitos direitos fundamentais, mormente a partir da Carta Cidadã de 1988. Consentir que essa “cultura do medo” flexibilize a interpretação dos dispositivos restritivos de direitos fundamentais seria abrir precedente injustificável capaz de pôr em risco, mais à frente, a própria sobrevivência do sistema democrático.

Nesse contexto, a hermenêutica constitucional precisa ser repensada, com a revalorização do *topoi* (lugar-comum) que determina sejam os textos legais limitadores de direitos fundamentais interpretados restritivamente.

---

<sup>62</sup>CF/88, art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. (...) § 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. § 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

<sup>63</sup>Constituição Federal de 1988, art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. Abarca governadores e prefeitos.

Esse método, além de ser importante conquista da sociedade ocidental, tem uma dupla finalidade. Por um lado, permite que o legislador pondere e decida as limitações mais adequadas ao sistema constitucional, sem correr o risco de, ao criar certas restrições, vê-las ampliadas indevidamente. Traz, assim, estabilidade à própria atividade legislativa, ao possibilitar a previsão (não com grau de certeza absoluta, claro) dos efeitos da regra jurídica no âmbito do ordenamento. Por outro, funciona como garantia dos próprios cidadãos, ao permitir previsibilidade quanto à extensão das limitações a seus direitos, bem como protegê-los do arbítrio dos intérpretes, caso a estes fosse dado escolher, sem qualquer critério anteriormente definido, a melhor exegese.

É evidente que as exceções existem e exigem maior esforço dos aplicadores do direito para adequar a abstração da norma à concretude desafiadora da vida. Mas, a exceção não pode ser banalizada a ponto de se tornar a regra, ainda mais, quando estiver em jogo limitação de direitos arduamente conquistados por meio das manifestações nas ruas, do enfrentamento frontal à ditadura e a ardorosos embates políticos.

Oportuno trazer à colação, nesse momento, o que escreveu Geraldo Prado (2006, p. 41-42), que conseguiu captar a *mens legis* do dispositivo, ao dizer que “[...] o artigo 5º da Lei n. 9.296/96 encontra a medida de sua racionalidade, ao dispor que o prazo da interceptação não poderá exceder a quinze dias, ‘renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova’. É interessante observar que a expressão usada para delimitar o tempo de duração da interceptação por si só denota o caráter excepcional que a regulamentação de restrição ao exercício de direito fundamental há de ter. Utiliza-se a expressão ‘não poderá exceder’. É visível aí, ao nosso juízo, o caráter limitativo desse meio de captação de informações! Ao contrário de outras regras que fixam prazos em procedimento penal, na hipótese legal optou-se por indicação clara da natureza excepcional. Não poderá exceder significa o prazo final é esse, pois reconheço a gravidade dessa intervenção na esfera das comunicações do indivíduo investigado! É como se a lei explicasse dessa maneira sua condição excepcional”.

Reforça-se, por oportuno, o entendimento da excepcionalidade da medida cautelar da interceptação telefônica e da sua delimitação expressa no texto de lei, que muito

contraditório, para uns, dá margem a interpretações outras, as quais também devem ser respeitadas.

Foi proposto um anteprojeto de lei no Congresso Nacional, elaborado pelo Ministério da Justiça em parceria com juristas nacionais, tais como Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Almeida Castro, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luis Guilherme Vieira, que busca resolver parcialmente as contradições e omissões da lei.

Essa proposta de regulamentação da matéria, cujo texto pode ser consultado na obra de Vicente Greco Filho (2006, p. 115-130), dispõe, em seu art. 9º, que:

Art. 9º. O juiz fixará a duração das operações até o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual período, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida. § 1º Após a primeira renovação, as demais, por igual período, dependerão da verificação da excepcionalidade do caso concreto, baseada na apresentação ao juiz competente de relatório circunstanciado a respeito do resultado das operações já desenvolvidas, não podendo, contudo, o prazo máximo das operações técnicas exceder a 60 (sessenta) dias, exceto quando se tratar de investigação relativa a crime permanente, enquanto não cessar a permanência. § 2º Para cada prorrogação, será necessária nova ordem judicial, devidamente motivada, observado o disposto no art. 6º.

Se a redação for aprovada, a operação de interceptação terá o prazo de 15 (quinze) dias para ser realizada e, caso haja necessidade de renovação desse período, poderá sê-lo, por igual período, desde que presentes os pressupostos autorizadores da medida e não exceda o prazo máximo de 60 (sessenta) dias.

A previsão de um prazo fixo, nos moldes do projeto ainda em tramitação, representa um avanço notável e faz cair por terra a atual jurisprudência do STF que aceita a prorrogação indefinida da operação.

Existe, ainda, o projeto de lei n. 3.272/08<sup>64</sup>, de autoria do Poder Executivo, que não resolve o problema nem avança conforme a mudança de entendimento do STF. Contudo, fala-se apenas em remessa ao Ministério Público de elementos de prova de possível crime que não tenha conexão com o crime investigado, referindo, ainda, à vedação do aproveitamento da prova colhida (prova emprestada) nas hipóteses

---

<sup>64</sup> Art. 16. Na hipótese de a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza revelar indícios de crime diverso daquele para o qual a autorização foi dada e que não lhe seja conexo, a autoridade deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis. Art. 17. A prova obtida por meio da quebra de sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza realizada sem a observância desta Lei não poderá ser utilizada em qualquer investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza.

em que se pode violar outra garantia. A proposta não se mostra satisfatória. Espera-se que uma possível futura lei acompanhe a evolução jurisprudencial, da qual teremos a oportunidade de tratar.

Considerando que a CF/88, no estado de defesa, admite restrições ao sigilo das comunicações telefônicas por prazo não superior a trinta dias, prorrogável apenas uma única vez por igual período, totalizando, assim, um limite temporal máximo de sessenta dias, sobrevém-se o questionamento de que se poderia o legislador ordinário autorizar a interceptação telefônica por prazo igual ou superior ao previsto no estado de defesa, como efetivamente ocorre no anteprojeto em trâmite no Congresso Nacional? Não parece a melhor solução. O estado de defesa é uma situação de exceção.

A questão é importante, sobretudo por avaliar a existência (ou não) de limitações materiais implícitas, decorrentes da própria sistemática constitucional, capazes de obstar a atuação legislativa na fixação do prazo da operação de interceptação.

Em matéria de tamanha importância, por certo deve o legislador agir com cautela e parcimônia, a fim de evitar excessos em sua atividade precípua de inovar na ordem jurídica.

A princípio, o Poder Legislativo<sup>65</sup> da União não está obrigado a adotar, para a realização da interceptação telefônica, prazo igual ou inferior ao do estado de defesa, qual seja, sessenta dias, tendo os parlamentares, nos termos de seu poder de conformação da ordem jurídica, a discricionariedade para estabelecer o que entender oportuno e conveniente, desde que não transborde os parâmetros impostos pela razoabilidade/proporcionalidade.

É concluir que a nova lei poderá fixar qualquer prazo, respeitados os lindes da racionalidade da medida. O que está vedado ao legislador, como foi demonstrado neste trabalho, é a indeterminação do prazo, ou seja, permitir que a operação de interceptação telefônica seja feita indefinidamente, pois, em tal hipótese, haveria pujante violação ao núcleo essencial da intimidade/privacidade.

Vale ressaltar, na esteira da moderna teoria constitucional, que o princípio da proporcionalidade constitui mecanismo de controle da discricionariedade

---

<sup>65</sup>CF/88. Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

administrativa e legislativa, permitindo ao Judiciário invalidar as ações abusivas ou destemperadas dos administradores e legisladores.

O citado princípio, extraído implicitamente do ordenamento jurídico brasileiro como decorrência natural do Estado Democrático de Direito e do postulado do devido processo legal, permite ao Judiciário infirmar a validade dos atos administrativos e legislativos em que não haja relação de adequação ente o fim visado e o meio empregado, a medida não seja necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual ou não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

*A máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando a norma depende de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico, conforme leciona Alexy (2008, p. 117).

O festejado jurista alemão propõe a solução para o conflito entre princípios no mesmo caso concreto. Ele conclui que “para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos”.

Como se pode observar, a aplicabilidade do princípio da razoabilidade jamais significa um abandono aos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Apenas permite ao Poder Judiciário invalidar exigências injustificadas, mediante exegese aberta e construtiva da lei, proporcionando às partes o melhor resultado possível, favorecendo o desapego ao excessivo dogmatismo para ceder lugar ao equilíbrio e à ponderação.

#### 4.2.2.1 A duração razoável da interceptação telefônica e o princípio do devido processo legal

A proporção só vem depois da razão. É cogitada<sup>66</sup> por ela. Razoabilidade, aqui, entendida como gênero, de qual a proporcionalidade seria espécie, extraídos a partir da leitura da obra de Fábio Roque (2011, p.145-148), que apregoa não faltarem autores que sufragam a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, e nesta linha a proporcionalidade pressuporia, conforme demonstrado, adequação, necessidade e a proporcionalidade propriamente dita (sem seu sentido estrito), do meio empregado em relação ao fim almejado.

A nosso ver, proporcionalidade estrita é ponderação dentro da ponderação, como foi construída, sendo um juízo convergente ao da razoabilidade, constituindo em parte um dos três pilares desta última – o da proporcionalidade –, já que os dois institutos pressupõem crivos e técnicas, mas sempre foram tidos como distintos. As técnicas podem coincidir no espaço tempo e possuírem nomes distintos, mas que de sua utilização, de uma ou outra, visa-se o mesmo resultado: são voltados à mesma finalidade – a proporcionalidade é núcleo da razão de decidir –.

Parece-nos que a razoabilidade é a instauração de um momento em que o intérprete volta seu juízo e toda a sua consciência crítica para se utilizar de filtros (proporcionalidade, adequação e necessidade) para lhe facilitar a descoberta de que uma medida a ser tomada ou uma prática a ser imposta, possuirá ou não, diante da coletividade, uma ideia de justiça.

A distinção não é salutar, sendo mais compreensível destrinchar a razoabilidade em três crivos: necessidade, adequação e proporcionalidade.

A necessidade quer dizer que o meio empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido. Sendo certo que o exame da proporcionalidade objetiva limitar a atuação estatal em prol da tutela de direitos do cidadão, sendo relevante salientar que a necessidade implica a adoção da medida que menos limite o direito fundamental em questão.

---

<sup>66</sup>Do estudo da *res cogitam* que veio ao mundo por René Descartes.

Haverá adequação da medida sempre quando esta conduzir a um fim em abstrato (possibilidade em tese de se alcançar o fim) ou em concreto, a depender, naturalmente, do caso. No que diz respeito a uma segunda dimensão, a medida empregada pode ser geralmente adequada- quando o fim é realizado na maioria dos casos, com a sua adoção – ou particularmente adequada – quando, em todos os casos individuais, houver o alcance deste fim. E, por fim, haveria uma terceira dimensão, podendo-se exigir que determinada medida seja adequada no momento em que posta em prática ou posteriormente, quando julgada, por exemplo.

E, a proporcionalidade, ainda com fundamento nas lições do autor citado acima, seria a comparação entre os meios empregados e os fins desejados, de sorte que os meios sejam os menos danosos a serem postos em prática dentre os prováveis. O meio a ser utilizado não pode se apresentar de forma desproporcional ao fim pretendido.

Entre o meio a ser perseguido e o fim que se deseja tem que haver uma ponderação. Ponderar aqui se mostra como “colocar na balança” e constatar se ele se justifica.

Continua o autor, afirmando que a razoabilidade não pressuporia esta relação de meio e fim, e de outra perspectiva, diz-se que a razoabilidade pressupõe, tão-somente, uma faceta negativa, ao passo que a proporcionalidade enseja uma visão positiva. As divergências neste campo doutrinário são imensas e o próprio referido autor nos informa que um e outro, proporcionalidade e razoabilidade, perseguem os mesmos valores a estes inerentes, quais sejam, a racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários e caprichosos, fundamentando-se nas lições de Luis Roberto Barroso.

Fábio Roque (2011, 141-142) preleciona que o princípio da razoabilidade sem origina do sistema jurídico anglo-saxão, como corolário do devido processo legal substancial (*due process of law*). Extrai-se doutras entrelinhas escritas pelo autor que a ideia de devido processo legal nasceu num ambiente estritamente processual e evoluiu para uma perspectiva substancial (*substantive due process of law*), e que, com fundamento nessa característica substancial, o devido processo legal se coloca hoje como relevante instrumento de defesa dos direitos individuais contra o arbítrio estatal.

Assim entendido, o princípio do devido processo legal<sup>67</sup> deve ser aplicado na fase de investigação, preparatória, dita pré-processual, sob pena de manchar todos os demais atos subsequentes, pois algo que já nasce viciado não tem outro fim, senão o insucesso. Uma investigação que extrapola os limites impostos pela razoabilidade deve ser tida como “natimorta”, pois virá ao mundo jurídico sem vida.

Assim como no processo penal, os atos investigativos devem se pautar sob o crivo da proporcionalidade, oriundo do direito germânico e que nasceu no âmbito do direito administrativo, como informou Fábio Roque.

Há, sem sombra de dúvidas, um possível contraponto entre o princípio da verdade real e devido processo legal, pois como foi dito, a razoabilidade nasce com o devido processo legal, que, como visto, afigura-se perfeitamente aplicável aos atos administrativos e investigativos processuais penais.

Os princípios da razoabilidade, devido processo legal, celeridade estão intimamente ligados e juntos constituem barreiras ao arbítrio estatal, consubstanciando um feixe de orientações que devem ser seguidas por aqueles que atuam em procedimentos que podem vir a restringir direitos fundamentais.

#### 4.2.2.2 A mitigação e/ ou postergação da ampla defesa e do contraditório

A duração razoável da investigação criminal se aplica, e como deve ser, ao procedimento de interceptação telefônica.

Luiz Flávio Gomes (1997, p. 230-232) noticiou-nos de que a doutrina nacional ainda não encontrou um denominador comum no que diz respeito ao momento em que os interessados (sobretudo indiciado ou acusado e seu defensor) podem ter acesso à prova obtida com a interceptação telefônica. Entendeu o referido autor, que o segredo de justiça deve ser levantado após a conclusão e produção da prova pretendida, facultando ao defensor o acesso à mesma.

Cabe observar, como salientado por Luiz Flávio Gomes àquelas páginas, que a interceptação telefônica é medida cautelar *inaudita altera pars* (sem a ouvida da

---

<sup>67</sup>Artigo quinto da CF/88, inciso “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”.

outra parte), parte contrária. E isso, no entanto, quando presentes todos os requisitos legais cautelares (*fumus boni iuris*, *periculum in mora*, proporcionalidade etc.), não ofendendo o princípio do contraditório.

Assim, quando estamos diante de medidas cautelares *inaudita altera pars*, a parte contrária só poderá contradita-la depois de sua concretização. A isso, a doutrina denominou de contraditório diferido ou postergado ou adiado ou *posticipato*, não se vislumbrando qualquer inconstitucionalidade nesse retardamento do contraditório, desde que efetivamente presente ou pressupostos cautelares, que para nós são o *fumus comissi delicti* (fumaça do cometimento do delito), o *periculum in mora* (perigo da demora), e a razoabilidade.

Muito embora se trate de um procedimento realizado em segredo, o advogado poderá ter ciência e acesso aos atos investigativos já praticados e documentados, conforme súmula vinculante de n. 14 do STF<sup>68</sup>.

Não deverá o investigado saber da existência de suspeitas contra si, e logo, ele não poderá arguir, neste instante, ilegalidade da medida, pois sequer tem conhecimento da interceptação contra si.

Assim, não é possível vislumbrar hipótese de ciência pelo investigado dessa circunstância, assim, é preciso analisar o cabimento de *habeas corpus* para trancar, pois o procedimento deve se dar em sigilo.

Noutra forma de pensar, vislumbramos que o contraditório pode ser sim, aplicado na fase de investigação criminal, seja a realizada pela polícia bem como pelo Ministério Público, a exemplo da investigação de um crime ambiental e a extensão do seu dano, em que os agentes responsáveis pela degradação ambiental são notificados a comparecer na promotoria que está investigando o fato para prestar os devidos e necessários esclarecimentos.

O contraditório se aplica perfeitamente nesta fase preparatória. O que não se pode fazer é requisitar uma diligência, a despeito de uma perícia técnica a ser realizada pelo órgão fiscalizador e nessa mesma vertente, cientificar os investigados do dia e hora que esta perícia ocorrerá, como nos caso de poluição sonora, pois o investigado fará cessar a poluição e o laudo do perito concluirá que não houve

---

<sup>68</sup>Súmula Vinculante 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Data de Aprovação Sessão Plenária de 02/02/2009.

materialidade delitiva, que naquele instante em que se periciou o local, não havia mais indícios de poluição.

Não haverá a ausência de contraditório e sim uma postergação para um momento futuro, para a fase processual para que seja assegurado o sucesso das investigações e a aplicação da lei processual penal.

Vejam que a investigação de certos delitos não comporta viabilizar o contraditório na fase de investigações, pois ensejaria a própria falta de efetividade da lei penal, mas isso não quer dizer que o contraditório não vá existir. Sempre haverá o contraditório e não comporá cerceamento de defesa a sua postergação para momento posterior.

#### **4.2.3 o art. 5º da lei 9.296/96 e a jurisprudência dos tribunais superiores**

A controvérsia sobre o prazo para a realização da interceptação telefônica continua atual, apesar do longo tempo de vigência da Lei n. 9.296/96.

Se for verdade que a visão utilitarista do instituto ainda prevalece, não se pode deixar de considerar que, cada vez mais, a jurisprudência vanguardista tem atentado para a complexidade do fenômeno e contribuído para o surgimento de precedentes importantes em matéria de delicado deslinde<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Em apoio ao entendimento dessa última corrente, o STJ firmou o seguinte precedente: CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HC. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. A SAÚDE PÚBLICA, O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, AGIOTAGEM, LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADES. PRAZO DE DURAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA INDISPENSABILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO, QUANDO DA AUTORIZAÇÃO DAS RENOVAÇÕES. AUTORIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO ANTES DA EFETIVAÇÃO DE QUALQUER OUTRO MEIO DE PROVA. CONFIABILIDADE QUESTIONÁVEL DAS DEGRAVAÇÕES. IMPROPRIEDADE DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÕES DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS DA POLÍCIA AO JUÍZO. CIENTIFICAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE AS MEDIDAS INVESTIGATÓRIAS. GRAVAÇÕES ENTRE INVESTIGADO E ADVOGADO. DELITOS APENADOS COM DETENÇÃO. LICITUDE DAS INTERCEPTAÇÕES. RECURSO DESPROVIDO. I – A interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos. II – O prazo de duração da interceptação deve ser avaliado pelo Juiz da causa, considerando os relatórios apresentados pela polícia. III – O habeas corpus é meio impróprio para análise das alegações que não encontram pronto respaldo nos documentos carreados ao feito, quais sejam, de que as interceptações teriam sido deferidas sem que a polícia procedesse anteriormente a qualquer ato investigatório dos delitos, de que a prova dos crimes de que foram acusados os pacientes poderia ter sido obtida por outros meios, e da confiabilidade questionável das gravações juntadas aos autos. IV – Não se pode exigir que o deferimento das prorrogações (ou renovações) seja sempre precedido da completa transcrição das conversas, sob pena de frustrar-se a rapidez na obtenção da prova. V – não se faz necessária a transcrição das conversas a cada pedido de renovação de escuta telefônica, pois o que importa, para a renovação, é que o juiz tenha conhecimento do que está sendo investigado, justificando a continuidade das interceptações, mediante a demonstração de sua necessidade. VI – A lei exige que seja feita a transcrição das gravações ao final da escuta, a fim de que o conteúdo das conversas seja

A interceptação telefônica, por essa perspectiva, deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos, podendo ser prorrogada indefinidamente, desde que seja imprescindível. Essa decisão foi mantida pelo STF<sup>70</sup>.

A renovada geração de constitucionalistas brasileiros tem, há algum tempo, demonstrado preocupação com a banalização da interceptação telefônica e seus abusos.

---

juntado ao processo criminal. VII – Não procede a alegação de nulidade nas interceptações pelo fato de o Ministério Público não ter sido cientificado do deferimento das medidas investigatórias, se sobressai que o Parquet acompanhou toda a investigação dos fatos, inclusive a interceptação das comunicações telefônicas dos pacientes, não sendo necessário que fosse formalmente intimado de cada prorrogação das escutas. VIII – O juiz, ao determinar a escuta telefônica, o faz com relação às pessoas envolvidas, referindo os números de telefones, não cabendo à autoridade policial fazer qualquer tipo de “filtragem”. IX – A avaliação dos diálogos que serão usados como prova cabe ao Julgador, quando da sentença. X – Hipótese em que não foi determinada a quebra do sigilo do advogado em nenhum momento, ocorrendo apenas gravações e transcrições automáticas de algumas ligações recebidas do advogado pelos investigados. XII – Se, no curso da escuta telefônica – deferida para a apuração de delitos punidos exclusivamente com reclusão –, são descobertos outros crimes conexos com aqueles, punidos com detenção, não há por que excluí-los da denúncia, diante da possibilidade de existirem outras provas hábeis a embasar eventual condenação. XIII – Não se pode aceitar a precipitada exclusão desses crimes, pois cabe ao Juiz da causa, ao prolatar a sentença, avaliar a existência dessas provas e decidir sobre condenação, se for o caso, sob pena de configurar-se uma absolvição sumária do acusado, sem motivação para tanto. XIV – É lícita a interceptação telefônica deferida por Autoridade Judicial, atendendo representação feita pela Polícia, de maneira fundamentada e em observância às exigências legais. XV – Recurso desprovido (STJ, RHC 13.274/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Nilson Gipp, julgado em 19/08/2003, DJ 29/09/2003, p. 276).

<sup>70</sup> HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. 1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96. 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). 4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. (HC 83.515-5/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 16/09/2004, DJ 04/03/2005, p. 401-402), vencido o Min. Marco Aurélio.

Em sintonia com essa vertente, é forçoso trazer à colação a orientação de Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 464), e segundo o autor “no Brasil, grava-se a conversa alheia para “fazer prova”, deixando-se à míngua o sentimento de respeito ao próximo. Quase todos os dias vemos conjecturas, probabilidades, possibilidades e suposições serem levantadas contra homens e instituições, com base em gravações clandestinas e “grampos de encomenda”. Quando alguém se aproxima de outrem com gravador, ou recurso tecnológico semelhante, uma câmara [sic] de filmar escondida, por exemplo, já o faz duvidando do caráter alheio. O primado constitucional de que ninguém é culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória transmuta-se para a absurda parêmia “todo mundo é culpado até que se prove o contrário”.

Nesse ínterim, a presunção de inocência é olvidada de modo peremptório, nada obstante o fato de consignar robusta garantia constitucional (CF, art. 5º, LVII). Quantas vezes suposições e dúvidas são levantadas a respeito de pessoas físicas e jurídicas somente porque “alguém gravou a conversa”? Deturpam as palavras, vergam-lhes o conteúdo, para adequá-los ao patrocínio de teses maledicentes”.

O princípio da presunção de inocência é um dos pilares do direito penal<sup>71</sup>, e sob a orientação do que determina seu conteúdo, pessoas não podem ser pré-condenadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando não cabe mais recurso, e aquela decisão se torne imutável. Mas, sob o juízo de valor da imprensa e da população em geral, não se pode estabelecer um comando que lhe tolha a capacidade de se expressar<sup>72</sup> (liberdade de expressão).

A respeito da legitimação das, sempre prorrogáveis, interceptações, noutra precedente, a Corte Maior já decidiu<sup>73</sup>.

Em que pese o pensamento dos intelectuais defensores da tese firmada nas cortes superiores, essa, de fato, não é a melhor aplicação do art. 5º da Lei nº 9.296/96,

---

<sup>71</sup>CF/88. Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

<sup>72</sup>CF/88. Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...).

<sup>73</sup> RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento (STF, RHC 85.575-0/SP, 2ª Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa, julgado em 28/03/2006, DJ 16/03/2007, p. 413).

sobretudo quando a situação é vista pela ótica dos direitos fundamentais e a teoria que embasa as suas restrições.

Mais recentemente, dentro da conjuntura do direito, o STJ sinalizou a possível mudança de orientação quanto ao prazo da operação de interceptação<sup>74</sup>.

Esse posicionamento, a despeito do seu mérito em fixar um prazo determinado para o procedimento de interceptação, evitando, assim, a prorrogação da medida por anos e anos (aniquilando qualquer resquício de intimidade/privacidade do indivíduo), não foi mantido em decisões posteriores, tendo havido retorno ao antigo (e atual!) entendimento, nos termos da jurisprudência<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Como se percebe da ementa do acórdão transcrito: COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. SIGILO. RELATIVIDADE. INSPIRAÇÕES IDEOLÓGICAS. CONFLITO. LEI ORDINÁRIA. INTERPRETAÇÕES. RAZOABILIDADE. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito (STJ, HC 76686/PR, 6. Turma, Rel. Ministro Nilson Naves, julgado em 09/09/2008, DJe 10/11/2008, grifo nosso).

<sup>75</sup> HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO ILEGAL DE CÂMBIO. ART. 16 DA LEI N.º 7.492/86. ALEGADA ILEGALIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. EXCESSO DE PRAZO NO ENCERRAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. SUPERVENIÊNCIA DE DENÚNCIA. PERDA DE OBJETO. 1. A decisão que deferiu a primeira interceptação telefônica, bem como a que em momento posterior estendeu a medida ao Paciente - porque apontado durante as investigações como um dos autores da atividade ilícita -, foram fundamentadas na existência de indícios de autoria e na necessidade da medida, porque não se poderia apurar a conduta criminosa de outra maneira. 2. O prazo previsto para a realização de interceptação telefônica é de 15 dias, nos termos do art. 5.º da Lei n.º 9.296/96, prorrogável por igual período, quantas vezes for necessário, até que se ultimem as investigações, desde que comprovada a necessidade mediante decisão fundamentada, como ocorreu no caso. Precedentes do STJ e do STF. 3. Denunciado o Paciente como incurso no crime descrito no art. 16 da Lei n.º 7.492/86, c.c. art. 29 do Código Penal, eventual excesso de prazo no encerramento das investigações foi superado e quaisquer vícios ocorridos durante o procedimento investigatório não têm o condão de contaminar a ação penal, quando a denúncia está fundada em indícios legalmente obtidos de autoria e materialidade do crime. Precedentes do STJ. 4. Habeas corpus denegado no que diz respeito a nulidade da interceptação telefônica e prejudicado na parte em que se pretende o trancamento do inquérito policial (STJ, HC 95487/DF, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 23/06/2009, DJe 03/08/2009, grifo nosso).

Nessa ordem de ideias, convém ressaltar que o vacilo dos julgados em matéria tão importante só contribui para gerar incertezas em campo demarcado por tantas divergências.

O legislador ao disciplinar a renovação da interceptação telefônica dentro da devassa criminal não se atentou às prováveis e futuras cizânias que adviriam da leitura e, de uma interpretação gramatical, do texto dado ao artigo da lei 9.296/96, gerando uma lacuna normativa.

Pode-se, nesse íterim, compreender que, embora a legislação permita a interceptação telefônica, esta deve se dar em último caso, por ser um procedimento avassalador, invasivo e que permite ao investigador saber, não só acerca do que a que se investiga, mas quase tudo sobre a vida do investigado, digo, acerca dos mais íntimos segredos de uma pessoa, informações estas que a sociedade não precisa saber nem seriam reveladas não fosse através do método de investigação que se estuda. A interceptação telefônica deve ser exceção. Quando através de nenhum outro meio investigativo for possível se obter informações do suspeito.

Há, quando da apreciação do magistrado, da controvérsia acerca da renovação do prazo da interceptação telefônica, latente conflito entre os princípios do supremo interesse público e dos princípios da intimidade e privacidade, estes predominantes no direito privado, mas todos de essência constitucional.

O que se nota quando da concessão da renovação do prazo da interceptação telefônica, é que, a supremacia do interesse público sempre prevalece em detrimento da liberdade individual, privacidade e intimidade, como se estes princípios constitucionais fossem, de certa forma, submissos, sempre, ao interesse público e à garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

#### **4.2.4 crimes habituais, permanentes e continuados**

Todo crime tem um momento consumativo, que se define como sendo o instante em que o fato que ocorre por conta da conduta, amolda-se ao que está escrito no artigo do código penal, como nos elucida Yuri Carneiro (2009, p. 154) e é a partir desse

momento que se deve se pautar a duração da interceptação telefônica, dentro dos critérios da razoabilidade<sup>76</sup>,

Quanto ao momento de consumação, os delitos são classificados por Yuri Carneiro em crimes permanentes, habituais, omissivos, continuados<sup>77</sup>.

De acordo com as lições de Greco (2010, 159-163) vários crimes podem ser cometidos por uma só ação/conduita (concurso formal), ou também pela prática de diversos atos podemos ter diversos crimes (concurso material), dentro de uma breve análise de suas particularidades, que não é essa a nossa pretensão, mas para clarificar a leitura.

Diante do quanto exposto temos que fazer ressalvas pontuais, a exemplo do crime de sequestro previsto no artigo 148 do Código Penal, que tem sua consumação permanente, se protraí no tempo, como assevera Mirabete (2003, p. 188), e a doutrina nos traz três posições acerca da duração da privação da liberdade<sup>78</sup>.

O crime da lavagem de capital é definido como um de consumação instantânea, embora seus efeitos se prolonguem no tempo, artigo primeiro da lei 9.613<sup>79</sup>.

“Em que pese a ausência conceitual legalmente estabelecida, pode-se dizer que a lavagem de dinheiro é o conjunto das operações que buscam dar aparência de licitude ao montante de dinheiro obtido por meio de ações delituosas (...) uma das características mais marcantes da lavagem é a internalização das atividades (...) o delito de lavagem de dinheiro está intrinsecamente ligado à delinquência internacional. Isto se dá, primeiramente, em função da natureza dos bens e serviços

---

<sup>76</sup>Necessidade; adequação; e proporcionalidade.

<sup>77</sup>Crimes permanentes (a): na hipótese de ocorrer um sequestro habituais, que é um crime permanente, posto que a sua consumação se protraí no tempo, se prolonga no tempo, perdura, portanto, enquanto durar a privação da liberdade da vítima, o tempo do delito é o tempo de duração deste sequestro, ou seja, da manutenção da vitima com sua liberdade privada; omissivos (b) o tempo do crime será o tempo da omissão do agente, quando tinha o dever de solidariedade imposto pela norma para agir (omissivos próprios), ou quando tinha o dever de garantidor, de impedir a produção do resultado (omissivos impróprios ou comissivos por omissão), consoante regra do art. 13, CP; continuado (c) o tempo do crime se define pela pratica de cada ação ou omissão do agente, levando-se em consideração que o crime continuado – disposto no art. 71 do CP – manifesta-se quando varias condutas são praticadas em condições de tempo, lugar e modo de execução semelhantes, de maneira que o CP considera como um crime único, por medida de política criminal.

<sup>78</sup> 1 – é Irrelevante para a consumação do delito, devendo ser considerada somente na dosagem da pena; 2- exige-se que a privação de liberdade perdure por tempo razoável, uma vez que, sendo momentâneo, há apenas tentativa; 3- não há delito quando a vitima permanece a mercê do sujeito por tempo inexpressivo, como se verifica nas lições de Greco (2010, 355).

<sup>79</sup>Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

que servem para a prática do delito precedente: tráfico de drogas e armas, contrabando, terrorismo (...) em segundo plano, esta internacionalização dificulta a persecução por parte das autoridades, facilitando a ocultação do dinheiro”, como bem esclareceu Thaís Bandeira (2011, p. 67-74).

A referida autora complementa que, “como a ação é fruto do fenômeno da criminalidade organizada, e requer meios astutos e audaciosos para a sua prática, a atividade de lavagem envolve profissionais das mais diversas áreas, como advogados, contadores, políticos, pessoas ligadas ao serviço bancário”.

Nessa linha, constata-se que, caso o crime se enquadre também como crime de associação criminosa previsto na lei 12.850/2013, de dois de agosto<sup>80</sup>, os agentes mancomunados devem e podem ser investigados através de interceptação telefônica, que só depois de instaurada, ditará os contornos que seguirá a diligência, porque outros crimes podem ser descobertos, e nesse sentido o STF já se posicionou, a nosso ver, acertadamente, obrigando-nos a informar<sup>81</sup>.

Trata-se de uma evolução no tratamento da prova emprestada. E assim, o STF vem consolidando este posicionamento, como se pode verificar em decisão muito recente que trazemos ao leitor<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

<sup>81</sup> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido. (AI 626214/AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010).

<sup>82</sup> EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO DECORRENTE DO NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO IMPETRADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DA NÃO INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO E DA NULIDADE DA PROVA EMPRESTADA: IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Não há nulidade por terem sido juntadas aos autos do processo principal provas emprestadas de outro processo-crime. Precedentes. 2. Este Supremo Tribunal assentou que, no sistema processual-penal vigente, a declaração de nulidade depende demonstração de prejuízo efetivo para a defesa ou acusação, ou de comprovação de interferência indevida na apuração da verdade substancial e na decisão da causa; não se declara nulidade processual por presunção. Precedentes. 3. Não procede o argumento de incorrência da intimação pessoal do Defensor Público. 4. Os fatos descritos na sentença penal condenatória caracterizam a dedicação da Paciente às atividades criminosas e foram sopesados pelas instâncias

O STF<sup>83</sup> admite prova obtida fortuitamente através da investigação que apurava um crime para ser utilizada num processo administrativo disciplinar.

No caso de da utilização da prova obtida através de investigação que apurava a existência de um crime mais grave, para ser utilizada como prova no processo que se julga crime menos grave, há de haver uma conexão entre os crimes, o que muito há nas lavagens de capitais.

Uma associação criminosa pode cometer delitos de consumação instantânea, permanente, ou crimes continuados.

A exceção, para a prolongação da interceptação telefônica, pode se encontrar nos casos de crimes permanentes em geral, como se lê nas lições Rogério Greco (2010, p. 354), pois “a consumação da infração penal se perpetua no tempo”, necessitando de existir fundada prova do ilícito e enquanto durar a prática criminosa.

Excetuam-se também, a nosso ver, os crimes continuados cujo conceito se encontra no Código Penal (artigo 71, já mencionado).

Curioso é o fato de que o Supremo Tribunal Federal, em julgado, atual, de relatoria do ministro Marco Aurélio, veio corroborar com o nosso entendimento de que a interceptação pode ser renovada um número maior de vezes para que seja apurado o cometimento de crimes permanentes<sup>84</sup>.

---

de mérito para o fim de afastar a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006. 5. Ordem denegada. (HC 112341, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, DJe-179, publicado em 12-09-2013) – grifo nosso.

<sup>83</sup>MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. DEMISSÃO DE SERVIDOR FEDERAL POR MINISTRO DE ESTADO. POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO ATO DE DEMISSÃO A MINISTRO DE ESTADO DIANTE DO TEOR DO ARTIGO 84, INCISO XXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF. PROVA LICITAMENTE OBTIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA COM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INSTRUIR INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PODE SER UTILIZADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS AVALIADAS COMO PRESCINDÍVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PUNIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO COM FUNDAMENTO NA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA INDEPENDENTE DE PROVIMENTO JUDICIAL QUE RECONHEÇA A CONDUTA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ADMINISTRATIVA. NEGÓCIO DE PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO. (STF - RMS: 24194 DF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13/09/2011, DJe-193)

<sup>84</sup>Como podemos ver: “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISCO DE BEM. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPETÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. PRORROGAÇÕES. 1. O habeas corpus, garantia de liberdade de locomoção, não se presta para discutir confisco criminal de bem. 2. Durante a fase de investigação, quando os crimes em apuração não estão perfeitamente delineados, cumpre ao juiz do processo apreciar os requerimentos sujeitos à reserva judicial levando em consideração as expectativas probatórias da investigação. Se, posteriormente, for constatado que

E, como visto, o crime de tráfico de drogas, que também tem sua consumação prolongada no tempo, ou seja, é um crime permanente, duradouro, muitas vezes, praticado de forma muito bem organizada, assemelhando-se à uma atividade empresarial, muito embora, criminosa, hipótese que se excepciona às aqui combatidas, pois a consumação perene é um constante flagrante.

#### 4.2.4.1 Da repercussão geral

O recurso extraordinário “é instrumento colocado no sistema jurídico brasileiro para fins de viabilizar a última forma de efetivação do controle difuso de constitucionalidade, posto que é por meio dele que as questões constitucionais efetivas ou alegadas são alçadas à apreciação definitiva do Supremo Tribunal Federal”, bem conceituou Fábio Periano (2009, p. 142).

A repercussão geral, por sua vez, caracteriza-se quando a questão apresentada transcende interesses meramente particulares e individuais das partes envolvidas no litígio, restando configurada a relevância social, econômica e jurídica da matéria, visto que a solução a ser definida pelo Tribunal ao que se submeteu o pleito balizará não apenas este recurso específico, mas todos os processos em que se discute o tema, como se extrai das palavras do ministro Gilmar Mendes no julgado abaixo citado.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 (reforma do Judiciário) adotou, no art. 102, 3, da Constituição, o instituto da repercussão geral, segundo o qual, “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine

---

os crimes descobertos e provados são da competência de outro Juízo, não se confirmando a inicial expectativa probatória, o processo deve ser declinado, cabendo ao novo juiz ratificar os atos já praticados. Validade das provas ratificadas. Precedentes (HC 81.260/ES – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Pleno – por maioria – j. em 14.11.2001 – DJU de 19.4.2002). 3. A interceptação telefônica é meio de investigação invasivo que deve ser utilizado com cautela. Entretanto, pode ser necessária e justificada, circunstancialmente, a utilização prolongada de métodos de investigação invasivos, especialmente se a atividade criminal for igualmente duradoura, casos de crimes habituais, permanentes ou continuados. A interceptação telefônica pode, portanto, ser prorrogada para além de trinta dias para a investigação de crimes cuja prática se prolonga no tempo e no espaço, muitas vezes desenvolvidos de forma empresarial ou profissional. Precedentes (Decisão de recebimento da denúncia no Inquérito 2.424/RJ – Rel. Min. Cezar Peluso – j. em 26.11.2008, DJE de 26.3.2010). 4. Habeas corpus conhecido em parte e, na parte conhecida, denegado”. (HC 99619, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, DJe-059, publicado em 22-03-2012).

a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros”, assim declarou Gilmar Mendes (2012, p.1.034).

Segue, ainda, o Ministro, esclarecendo-nos que “com a finalidade de regulamentar, no plano interno, o procedimento de análise e julgamento da repercussão geral – nos termos do que estabelece o art. 3 da Lei 11.418/2006–, o Supremo Tribunal Federal editou a Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007 (...). Consagrou-se na referida Emenda Regimental, a sessão eletrônica de julgamento da repercussão geral, dispondo que, quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso extraordinário por outro motivo, o Relator submeterá a sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral, por meio eletrônico, aos demais ministros” (2012, p. 1.035).

Ao longo da elaboração do presente escrito, o STF reconheceu, em plenário virtual<sup>85</sup>, através da relatoria do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, que impugna acórdão proferido pelo STJ no HC n. 76.686/PR, no qual a Ordem foi concedida em favor do paciente, em que funcionou o Ministro Gilmar Mendes, reconhecendo a relevância, não só, dentro do ordenamento jurídico, mas analisado dentro da conjuntura socioeconômica atual, a repercussão geral da problemática central do presente trabalho, qual seja a análise da constitucionalidade de sucessivas renovações do prazo do procedimento investigativo de interceptação telefônica.

Tal posicionamento da Corte Suprema veio corroborar com as premissas aqui explicitadas e fomenta, ainda mais, a necessidade da revisão das concessões indiscriminadas de renovações de interceptações telefônicas<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup>O artigo 323, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal autoriza o Presidente a atuar como relator e submeter temas a análise de repercussão geral, por meio do Plenário Virtual. Nesse caso, se a repercussão geral for reconhecida, o processo será livremente distribuído para um dos outros ministros que compõem a Corte, que serra o relator do mérito do processo-paradigma. Gilmar Mendes (2011, p.1.148).

<sup>86</sup> Faz-se salutar a exposição: 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. (...) Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os

Ora, o reconhecimento da repercussão geral pelo ministro, se não é tardia, já se atrasava ante os anseios dos jurisdicionados, uma vez que as causas idênticas a essa há muito aguardam uma solução dentro dos parâmetros do princípio da razoabilidade e do seu julgamento pelo STF, para firmar-se a correta vertente que se adotará daqui para frente, quais as alterações que poderão advir desse julgamento em relação à aplicação e interpretação correta do artigo quinto da lei 9.296/96.

Incomensurável foi o posicionamento do STJ quando, sabiamente, concedeu a Ordem no HC 76.686/PR<sup>87</sup> em virtude do vício na investigação que durou por muito tempo, maculando a licitude da interceptação.

É importante frisar, que constitui abuso de autoridade e de direito utilizar-se de tanto poder, como o poder de polícia para justificar ilegalidades e restrições a direitos fundamentais. Nesse caso, os fins não podem justificar os meios. Uma busca pela verdade real que não respeita ditames constitucionais, que não é razoável, torna-se excesso.

O interesse público entra sempre ganhando, antes, sequer, de sua ponderação frente a outro princípio, pois interesse público tem um conteúdo muito fluido, adapta-se fácil a qualquer situação, fazendo parte dos argumentos que tentam justificar a sua utilização para a perpetração de abusos.

---

sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. (...) É o relatório. Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, submeto a matéria à análise de repercussão geral. A discussão jurídica presente no recurso ora apreciado diz respeito à constitucionalidade de sucessivas prorrogações do prazo de autorização para a interceptação telefônica, além do limite de 30 (trinta) dias estabelecido em sua lei de regência (artigo 5º, da Lei 9.296/96), ou do limite de 60 (sessenta) dias previsto no artigo 136, § 2º, da Constituição Federal. A Constituição Federal protege o direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas, estabelecendo no artigo 5º, inciso XII, que a restrição somente poderá efetivar-se por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A jurisprudência desta Corte tem se manifestado sobre o assunto, admitindo, em algumas hipóteses, a possibilidade de renovação do prazo das interceptações telefônicas. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes (...). Ante o exposto, demonstrado que a controvérsia transcende o interesse das partes envolvidas, manifesto-me pela existência da repercussão geral da matéria, nos termos do artigo 543-A, § 1º, do Código de Processo. [(Brasília, 21 de maio de 2013. Ministro GILMAR MENDES, Relator. Documento assinado digitalmente) grifo nosso].

<sup>87</sup>Vide página 72.

Sabe-se também que o prazo de quinze dias ou trinta dias, são prazos que não coincidem com a nossa realidade. Contudo, não é judicialmente que esse prazo deve ser fixado, mas sim, através de uma mudando no artigo de lei em comento.

Uma investigação longa, seguida de um processo mais longo ainda faz a vida de qualquer individuo fugir do normal. Há que haver uma duração razoável da interceptação telefônica, da investigação e também do processo penal, para que vejamos a aplicação direta da constituição em todas as hipóteses e em consonância com as regras e princípios do direito. E assim, também entendeu, recentemente, o STF<sup>88</sup>. É importante suscitar que nesta última decisão, o Tribunal, por unanimidade, reconheceu a problemática constitucional da questão em comento, reconhecendo, assim, a repercussão geral da questão constitucional referida.

---

<sup>88</sup> 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, DJe-176) – grifo nosso.

## 5 CONCLUSÃO

De se ver que cada direito fundamental possui um âmbito de proteção, que é o bem jurídico efetivamente protegido pela norma constitucional. Esse âmbito de proteção, por sua vez, está sujeito a limitações pela atividade do legislador (restrições imediatas, mediatas e não expressamente previstas), as quais podem ser feitas desde que não atinjam o respectivo núcleo essencial de proteção, sendo imprescindível, nesses casos, o exame de razoabilidade/proporcionalidade de quaisquer restrições, a fim de determinar a sua compatibilidade com os preceitos da Carta de Outubro.

Da análise do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, verifica-se que foi garantida a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Depreende-se do citado dispositivo que a inviolabilidade da comunicação telefônica tem natureza instrumental, cujo âmbito de proteção visa ao resguardo da intimidade e privacidade do indivíduo, entendidas estas como o repositório das particularidades que o ser humano necessita para desenvolver livremente a sua personalidade, sua vida normal.

Nessa linha de intelecção, é forçoso convir que os parlamentares, dentro do limite do seu poder de conformação da ordem jurídica, podem fixar qualquer prazo para a realização da interceptação telefônica, desde que sejam respeitados os requisitos constitucionais e os lindes da racionalidade da medida.

É dizer, que está vedado ao legislador é a indeterminação do mencionado prazo, ou seja, permitir que a operação de interceptação telefônica seja feita indefinidamente, pois, em tal hipótese, haveria flagrante violação ao núcleo essencial da intimidade/privacidade, sobretudo pelos abusos que têm ocorrido mediante interceptações de anos e anos.

Se ao próprio legislador é vedada, em sua atividade precípua de inovar a ordem jurídica, a possibilidade de prever hipótese de interceptação telefônica sem prazo definido, o que dizer, então, da jurisprudência atual do STF e STJ que, pela via da interpretação, conferiu, exceto em poucos casos, demasiada elasticidade ao art. 5º

da Lei 9.296/96, corroborando com a ideia de eternidade do prazo da operação de interceptação. Absurdo pensar que tudo isso é aceitável, passando-se por cima do que restam das garantias do indivíduo.

Há que se temerem procedimentos invasivos à esfera individual do ser humano, que deve possuir sua íntegra privacidade. A verdade, é que: não é querer instituir a absoluta e suprema privacidade, mas é a lembranças de tempos recentes que deixaram o frio e o medo da ditadura militar, tempos em que o ser era nada e que sobre o fundamento da, então, verdade da real, produziu-se muito temor, muito silêncio e muita dor.

Tudo fora dos critérios de razoabilidade que se extrai da norma tende ao insucesso de sua efetividade, é o limite entre o excesso e o suficiente.

Os jornais estampam em manchetes, divulgam na televisão conversas entre pessoas diversas, não importa de quem se fala e a respeito de que, muitas vezes, e tal fato faz aguçar da curiosidade em investigarmos a origem desse debate.

A própria CF/88, ao permitir que certos direitos e garantias individuais sejam limitados extraordinariamente no denominado estado de defesa, incluindo restrições ao sigilo das comunicações telefônicas, impõe um termo final a essa situação, qual seja, trinta dias, renovável apenas uma única vez por igual período, numa clara demonstração de que limitações indefinidas aos direitos da pessoa humana são inadmissíveis.

Não há como fugir da conclusão de que, em se tratando de matéria tão relevante, é melhor pecar por excesso de precaução do que de desídia.

Em síntese, a interceptação da comunicação telefônica deverá ser regulamentada mediante lei (aspecto formal), obedecida a imprescindibilidade de ordem judicial e a vinculação constitucional dos fins perseguidos pela medida (aspecto material), não podendo a restrição imposta, por certo, ser tão ampla a ponto de fulminar a densidade normativa do próprio direito protegido (intimidade/privacidade) ou inviabilizar indeterminadamente a sua fruição (núcleo essencial), sob pena de tornar ineficaz a inviolabilidade prescrita no art. 5º, XII, da Carta Magna.

Ante o exposto, conclui-se que o prazo para a renovação da interceptação da comunicação telefônica não poderá exceder os quinze dias previstos no art. 5º da Lei n. 9.296/96, renovável uma única vez por igual período, desde que indispensável

às investigações, totalizando o prazo máximo de trinta dias, pois o legislador foi claro a nosso entender. Contudo, e como exposto, toda regra tem exceção.

Deste modo, o lapso temporal de trinta dias não se conjuga com a realidade em que vivemos, com a situação de nossas delegacias e sobrecarga das autoridades de inteligência policial dos aparelhos estatais.

Necessita-se estabelecer no próprio texto de lei as limitações objetivas e subjetivas do dispositivo em comento, para que não se vá de encontro à sistemática constitucional, sem prejuízo, entretanto, da possibilidade de o legislador, em juízo de conveniência e oportunidade, ampliar, por meio de lei ordinária, o citado prazo, contanto que preveja um termo final para a sua duração e anteveja suas ressalvas para que não sejam dispensados, aparato (pessoas e equipamentos), tempo e dotação orçamentária do Estado, que constitui dinheiro público, para se perseguir uma verdade, até então, inatingível.

Eis o nosso posicionamento, fruto de interpretação do que preconiza o ordenamento jurídico a esse respeito, das orientações doutrinárias e sob a ótica constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. BERCLAZ, Márcio Soares. **Ministério Público em Ação: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Lisboa: Coimbra Editora, 1992.

ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAUJO, Fábio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES GOMES, Roberto de Almeida. **Em Busca da Verdade Possível: A verdade real no processo penal e a Constituição Federal de 1988**. Teses da Faculdade Baiana de Direito. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Vade Mecum Saraiva**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Vade Mecum Saraiva**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em 27/10/2013.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Projeto de Lei n. 3.272/2008**. Brasília: 2008. Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=2B5DE0](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2B5DE0)

9F5F2C5935D11481E0C554F6B0.node2?codteor=554860&filename=PL+3272/2008 . Acesso em 27/05/2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 36**. Brasília: 2009. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/CNMP%20%20DOCUMENTOS/Resolu%C3%A7%C3%B5es/Resolu%C3%A7%C3%A3o%2036.pdf>. Acesso em: 11 de outubro 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: 1891. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em 03/09/2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro 1934. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em 30/08/2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro 1937. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em 15/09/2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946; 125º da Independência e 58º da República. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em 03 de 06/10/2013.

\_\_\_\_\_. Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm). Acesso em: 06/10/2013.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Manual de Interceptação Telemática do Ministério Público do estado de Santa Catarina**. Florianópolis. Disponível em: [www.mp.sc.gov.br/portal/site/.../manual\\_interceptacao\\_teleomatica.doc](http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/.../manual_interceptacao_teleomatica.doc). Acesso em 11 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 76686/PR**, 6. Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 09/09/2008. Dje10/11/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=76686&&b=ACOR&p=true&=&l=10&i=11>. Acesso em 23 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 95487/DF**, 5. Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. em 23/06/2009. Dje 03/08/2009.

Disponível:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=95487&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7> . Acesso em 25 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 13.274/RS**, 5. Turma, Rel. Min. Nilson Gipp, j. em 19/08/2003. DJ 29/09/2003 p. 276. Disponível:  
[.http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=&livre=13274+rs&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=13274+rs&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11) . Acesso em 26 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 69.912-0/RS**, Tribunal Pleno, Rel. p/ o acórdão Min. Carlos Velloso, j. em 30/06/1993. DJ 26/11/1993 p. 382-391. Disponível:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2869912%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nwglyhz>. Acesso em 30 abr 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 70.814-5**, 1. Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 01/03/1994. DJ 24/06/1994 p. 317. Disponível:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28habeas+corpus+70814%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ccd5vvn>. Acesso em 03 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.959-7/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23/02/2006. DJ 01/09/2006 p. 538-572. Disponível:  
[wwwhttp://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+82.959-7%2FSP%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7o6dej.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+82.959-7%2FSP%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7o6dej.stf.jus.br). Acesso em 16 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 83.515-5/RS**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 16/09/2004. DJ 04/03/2005 p. 401-402. Disponível:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883515%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/opy7uqf>. Acesso em 21 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 83515-5**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 16/09/2004. DJ 04/03/2005 p. 443-450. Disponível:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883515%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/opy7uqf>. Acesso em 21 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 85.575-0/SP**, 2. Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa, j. em 28/03/2006. DJ 16/03/2007 p. 413. Disponível:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885575%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oceud4v>. Acesso em 29 de maio 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 63.834-1/SP**, 2. Turma, Rel. p/ o acórdão Min. Célio Borja, j. em 18/12/1986. DJ 05/06/1987 p. 90. Disponível:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2863834%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nbzxak>. Acesso em 16 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Representação n. 930/DF**, Tribunal Pleno, Rel. p/ o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, j. em 05 de maio 1976. DJ 02/09/1977 p. 28-65. Disponível:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28930%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ntobd6m>. Acesso em 20 de abril de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 626214/MG**, Segunda Turma, Rel. Joaquim Barbosa, j. em 21/09/2010. Disponível em  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165460&base=baseAcordaos>. Acesso em 04 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 625263 RG/PR**, Tribunal Pleno, Rel. Gilmar Mendes, j. 13/06/2013. Disponível em  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28+625263%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/p4ld5yb>. Acesso em 17 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 112341/ SP**, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia , j. 27/08/2013. Disponível em  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28112341%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pf58fam>. Acesso em 17 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 99619/ RJ**, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14/02/2012. Disponível em  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000185691&base=baseAcordaos>. Acesso em 18 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24194/DF**, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13/09/2011. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180402&base=baseAcordaos>. Acesso em 27/10/2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 402717/ PR**, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/12/2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086572&base=baseAcordaos>. Acesso em 27/10/2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 91613/ MG**, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/05/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000192259&base=baseAcordaos>. Acesso em 27/10/2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 83515/ RS**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 16/09/2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000093753&base=baseAcordaos>. Acesso em 27/10/2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.E.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em 27/10/2013.

BRAZIL, **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Rio de Janeiro. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 04/10/2013.

BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: Uma Abordagem Crítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao Direito Penal: conceito, teorias da pena, direito penal constitucional, hermenêutica e aplicação da pena**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. **As nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCH, Fábio Periando de Almeida. **Recurso Extraordinário e Ofensa Reflexa à Constituição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE. **Manual de Direito Penal: parte especial art. 121 a 234 do CP**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. ver. Atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Daniel Nicory do. **Autos da Barca do Inferno: o discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito e Editora JusPodivm, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (Dis) funções político-criminais no seu combate**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2007.

STIPP, Alvaro. **Garantismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição - Cidadania - Violência – A lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.