

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**DIREITOS DO ARGUIDO E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO PROCESSO  
PENAL: UM ESTUDO EXPLORATÓRIO COMPARATIVO ENTRE BRASIL E  
PORTUGAL**

**Jade Machado Cezimbra Tavares**

**Jade Machado Cezimbra Tavares**

**DIREITOS DO ARGUIDO E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO PROCESSO  
PENAL: UM ESTUDO EXPLORATÓRIO COMPARATIVO ENTRE BRASIL E  
PORTUGAL**

Dissertação de Mestrado em Direito e  
Prática Jurídica com especialidade em  
Ciências Jurídico-Forenses, da Faculdade  
de Direito da Universidade de Lisboa.

Orientador: Professor Doutor Rui Soares  
Pereira.

**Lisboa**

**2024**

Dedico inteiramente este trabalho a minha família. Ao meu pai José Raimundo e a minha mãe Marivane Machado, meus maiores exemplos de integridade, força e sabedoria. Ao meu parceiro e melhor amigo Philippe Brean, cujo apoio, amor e compreensão foram essenciais para a finalização dessa etapa.

## AGRADECIMENTOS

3 anos. Sacrifícios, dores, sabores, dissabores, amores e desamores. Foram necessários 3 anos para a conclusão dessa etapa. Somente aqueles que estavam verdadeiramente comigo têm a consciência e a dimensão do quanto esse curso foi custoso e imerso em dúvidas, burocracia e fases de absoluto empenho e desempenho, motivação e decepção.

Com o amor incondicional de Deus, da minha família e amigos pude completar o Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, sem eles, nada disso seria possível.

Ao meu Ilustríssimo Orientador, Professor Doutor Rui Soares Pereira, agradeço a disponibilidade de orientação, com zelo, cuidado e muita compreensão durante todo o processo.

Aos meus pais, José Raimundo e Marivane Machado, agradeço o amor incondicional, apoio e suporte antes e durante esta etapa árdua de autoconhecimento e difusão. Honra a teu pai e a tua mãe para que se prolonguem os teus dias na terra que o Senhor, teu Deus, te dá. Êxodo 20:12.

Ao meu parceiro Philippe, agradeço o amor, a compreensão e a parceria construída, me permitindo alcançar um sonho.

Aos meus amigos, presentes em corpo e espírito, agradeço o apoio e a partilha de momentos únicos, que me permitiram pausar as responsabilidades e usufruir de companhias inigualáveis que tenho o maior prazer de cultivar enquanto eu viver.

Á vocês, o meu mais sincero e eterno agradecimento.

## RESUMO

O presente artigo dedica-se ao estudo da aplicação da medida de interceptação telefônica como instrumento de investigação criminal, com ênfase na proteção dos direitos, liberdades e garantias constitucionais e infraconstitucionais do arguido, seja ele pessoa física ou coletiva. A pesquisa aborda as particularidades do ordenamento jurídico português, inserindo-se em uma perspectiva comparativa com o sistema jurídico brasileiro, e contempla, ainda, uma visão geral do direito internacional. O enfoque recai sobre as semelhanças e diferenças no tratamento dos princípios axiológicos do Estado Democrático de Direito, especialmente no que concerne à proteção do arguido/réu. Metodologicamente, adota-se o método dedutivo, com uma investigação exploratória das disposições legais, critérios de admissibilidade, requisitos e aplicação prática da interceptação telefônica em ambos os sistemas. A análise inclui estudos de caso, levantamento bibliográfico, coleta de jurisprudência e exame crítico de argumentos jurisprudenciais. Ademais, em determinados momentos, privilegia-se uma abordagem qualitativa, voltada à análise aprofundada de teses e fundamentos jurídicos, permitindo a construção de um debate crítico e empírico sobre o tema. O trabalho visa contribuir para o aprimoramento da compreensão da Teoria do Garantismo Penal e para a reflexão acerca da proteção das garantias individuais em contextos de investigação criminal que envolvem graves violações de direitos.

**Palavras-chave:** garantismo penal; direitos, liberdades e garantias; princípios; investigação criminal; interceptações telefônicas.

## ABSTRACT

This article aims to study the application of wire interception as an instrument of criminal investigation, with special emphasis on the protection of the constitutional and infra-constitutional rights, liberties and guarantees of the defendant, whether a natural or collective person. The paper explores the particularities of the Portuguese legal system, placing it in a comparative perspective with the Brazilian legal system, and provides an overview of international law. The focus is on the similarities and differences in the treatment of the axiological principles of the Democratic State of Law, especially regarding the protection of the defendant. Methodologically, the deductive method is adopted, with an exploratory investigation of the legal provisions, admissibility criteria, requirements and practical application of wire interception in both systems. The analysis includes case studies, a bibliographical survey, the collection of case law and a critical examination of jurisprudential arguments. In addition, at certain points, a qualitative approach is used, aimed at in-depth analysis of theories and legal foundations, enabling the construction of a critical and empirical debate on the subject. The work aims to contribute to an improved understanding of the Theory of Criminal Guarantees and to the reflection on the protection of individual guarantees in criminal investigation contexts involving serious rights' violations.

**Keywords:** rights, liberties and criminal guarantees; principles; criminal investigation; wire interception.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art. – Artigo

CRP – Constituição da República Portuguesa

DF – Distrito Federal

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

HC – Habeas Corpus

PL – Projeto de Lei

SG – Sistema Garantista

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UFPR – Universidade Federal do Paraná

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1. A PRINCIOLOGIA CONSTITUCIONAL E O MARCO GARANTISTA</b> .....	12
1.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O PRINCÍPIO DA ESTRITA JURISDICIONARIEDADE .....	16
1.2 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....	18
1.3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA .....	19
1.4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	21
1.5 O PRINCÍPIO DO <i>IN DUBIO PRO REO</i> .....	23
<b>2. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: CONCEITO E PREVISÃO NORMATIVA</b> 24	
2.1 A PREVISÃO NORMATIVA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA .....	27
2.1.1 A QUESTÃO PROCEDIMENTAL. A INICIATIVA E OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE .....	30
2.1.2 A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE AUTORIZAÇÃO DO USO DAS INTERCEPTAÇÕES .....	37
<b>3. ESTUDO DE CASO: A LEI 9.296/96 NOS CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS</b> .....	40
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	47
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	49

## INTRODUÇÃO

Em Ações Penais que apuram delitos de Associação e Organização Criminosa, bem como aqueles classificados como altamente organizados, o elemento informativo mais utilizado pelas autoridades policiais e pelo Ministério Público, além dos depoimentos judiciais dos prepostos estatais, são as interceptações telefônicas. Com previsão no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal Brasileira, seus procedimentos, requisitos formais, prazos e formas de utilização estão expressamente regulamentados na Lei nº 9.296/1996. No Ordenamento Jurídico Português, tal meio de prova se encontra amparado no art. 32º, n.º 8 da Constituição da República Portuguesa e nos artigos 187º a 190º do Código de Processo Penal Português.

Diante de tal regulamentação, imagina-se que os prepostos estatais, os quais são os responsáveis pela produção dos elementos informativos necessários para o desenvolvimento e conclusão do Inquérito Policial, sigam, piamente, o quanto regulamentado, sob pena de incorrer em ilegalidade e nulidade da interceptação telefônica como meio de prova na apuração penal. Entretanto, apesar de expressa previsão legal, na maioria das vezes, as interceptações telefônicas encontram-se maculadas de vícios insanáveis desde o seu princípio, devendo ser descartadas e inutilizadas pelos operadores do direito, diante do próprio regime vasto de imprestabilidade da prova ilícita e/ou inválida. Todavia, em ambos os territórios, se observa o desrespeito à direitos e garantias constitucionais, além de ilegalidades procedimentais, em prol de uma condenação criminal.

Na prática, principalmente na apuração dos tipos penais em foco, amiudamente, há uma precariedade de substrato probatório necessário para ensejar uma condenação, o que deveria ser, *prima facie*, elemento substancial para a absolvição dos réus/arguidos, em consonância com o Princípio da Presunção de Inocência, sendo, entretanto, descartado pelos operadores do direito com o fito de sobrepujar a fé pública das provas produzidas pelas autoridades administrativas, dando espaço a uma condenação frágil e contrária à princípios basilares das Constituições da República Federativa do Brasil e da República Portuguesa.

Seja pela inexistência de provas para além das obtidas através das escutas telefônicas capazes de sustentar uma condenação ou, pela subjetividade da análise

dos pressupostos de legalidade e validade de tais provas, ambos Ordenamentos Jurídicos se assemelham na utilização imprudente das escutas telefônicas.

Nesta senda, quais são as implicações decorrentes da utilização de interceptações telefônicas ilegais em processos de apuração de crimes altamente organizados, como a organização criminosa e a associação para o tráfico de estupefacientes?

Diante deste questionamento e, centrando a presente pesquisa no Garantismo Penal, este trará substrato teórico indispensável para a análise e interpretação dos dispositivos normativos relativos às Interceptações telefônicas à luz dos princípios e garantias fundamentais do arguido.

Posteriormente, vital esmiuçar os dispositivos legais nacionais e internacionais que versam sobre a matéria, onde será exposto, não somente o seu procedimento, como o seu requerimento e os fundamentos necessários para a concessão da interceptação. Além disso, serão examinadas as nulidades previstas na legislação vigente de ambos os países.

Ademais, nesse contexto, se faz necessário estudar o préstimo das interceptações telefônicas como único meio de prova no âmbito da apuração penal; averiguar a não comprovação da autoria delitiva em razão da ausência do reconhecimento de voz como complemento das interceptações telefônicas ou a não utilização deste quando beneficiar a defesa; e, por fim, explorar as teses sedimentadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como nos Tribunais da Relação e no Superior Tribunal de Justiça de Portugal e, ainda, no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no tocante ao tema alvitrado.

Ao findar as referidas ponderações e diagnósticos, restará evidenciada a impossibilidade da utilização da interceptação ilegal como meio de prova no processo penal, que na realidade, em sua maioria, não são acolhidas pelos julgadores, quando suscitadas em matéria de defesa, gerando consequências não só na seara individual, como na coletiva.

Por fim, será feito um levantamento de precedentes, a partir do estudo de casos reais sobre o tema, permitindo analisar os encadeamentos da utilização de interceptações ilegais na apuração de crimes de Organização criminosa e Associação para o tráfico de drogas no Brasil e no território europeu.

Estampadas no próprio título da pesquisa, a relevância e a atualidade do tema, posto que, trata-se da observância de garantias, materiais e processuais, individuais

e coletivas, constitucionalmente previstas, que há todo momento são desconsideradas e ultrapassadas em prol do exercício efetivo do poder punitivo do Estado, o que, por conseguinte, gera na sociedade, uma sensação, não só de impunidade frente a legislação vigente, como um sentimento de regresso à idade média, marco do autoritarismo sem limites.

O presente artigo se iniciará com a exposição de conceitos doutrinários acerca dos princípios constitucionais, dentro de uma visão garantista do Processo Penal e dos Procedimentos administrativos criminais, como o Inquérito Policial. Em seguida, será feita uma exposição e detalhamento dos artigos do Decreto Lei 78/87 de 17 de fevereiro (Código de Processo Penal de Portugal) e da Lei 9.296/96, como substratos normativos principais da pesquisa e, posteriormente, serão destacadas nulidades evidenciadas na aplicação das interceptações telefônicas, tanto em sua fase procedimental, quanto na utilização desta, já ilegal, no processo criminal, com o único escopo de obter uma condenação.

A pesquisa será feita, predominantemente, pelo método dedutivo, através da pesquisa exploratória, onde serão feitos, principalmente, estudos de caso, levantamento bibliográfico, coleta de jurisprudência e análise de argumentos jurisprudenciais. Em determinado momento, a abordagem qualitativa se sobressairá na análise de teses e fundamentos jurídicos, podendo gerar um exame empírico acerca do tema proposto.

## 1. A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E O MARCO GARANTISTA

Pese embora haja escritos de feições garantistas<sup>1</sup> anteriores à importantíssima contribuição de Luigi Ferrajoli, com especial menção à Francesco Mario Pagano na Itália e Charles Fourier na França, a Teoria do Garantismo Penal difundiu-se, em maior proporção, como um “instrumento jurídico”, na Itália, em pleno Século XVIII, através de um movimento de “juristas progressistas” que ansiavam pela proteção dos direitos fundamentais do povo e da limitação do poder punitivo estatal.

À época, sentindo-se aflorados os efeitos pós 2ª Guerra Mundial, o governo italiano, intentando punir os demasiados crimes que assolavam o país, e reprimir a sua ocorrência, aprovava leis cada vez mais rigorosas sem a observância dos direitos humanos, bem como, dispensava quaisquer garantias penais e processuais existentes, gerando uma nova acepção ao termo “garantismo”, assimilado pelos Liberais Clássicos como proteção constitucional aos direitos e liberdades individuais e políticas do cidadão face ao Estado.

O Movimento Garantista, no entendimento de Antônio Gomes:

[...] um movimento de reafirmação das liberdades individuais frente ao Estado italiano que, na ânsia de combater as organizações terroristas de aspirações políticas, promulgava no ordenamento jurídico penal cada vez mais leis emergenciais e gravosas<sup>2</sup>.

Doravante, diversos filósofos e sociólogos conhecidos pelo Direito contemporâneo, desenvolveram teorias e ideologias, partindo da premissa maior de proteção dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos frente ao poder punitivo crescente do Estado<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Apud. MENEZES, Iuri Pedroza. **Vigência e Validade no Garantismo de Luigi Ferrajoli: Um confronto com a teoria pura de Hans Kelsen**. Revista publicada pelo Centro de Investigações de Direito Privado, Portugal. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020\\_05\\_1159\\_1171.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1159_1171.pdf)>. Acesso em: 2. Jan/2025.

<sup>2</sup> GOMES, Antônio Igor Félix. **O Garantismo Penal de Ferrajoli e suas Consequências para os Índices Delitivos do Estado Brasileiro**. In: Repositório UFERSA, Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA. Mossoró/2019, p. 28.

<sup>3</sup> Nesse diapasão, IPPOLITO, Dario. **O Garantismo de Luigi Ferrajoli**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Itália: Roma, v. 3, n. 1, p. 35-41, mar/2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>>. Acesso em: 2 Jan/ 2025.

A sua origem, o denominado de Teoria do Minimalismo. Este modelo de intervenção punitiva mínima, deu vazão a duas correntes: o minimalismo como um meio para o abolicionismo – defendido por Alessandro Baratta e; o minimalismo como fim em si mesmo, também conhecido como Garantismo Penal - sustentado por Luigi Ferrajoli.

A Teoria do Garantismo, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, é um conjunto de balizas teórico-metodológicas e axiomas que caminhando lado a lado com o positivismo e, oposto ao substancialismo, impõe uma limitação ao poder punitivo do Estado e tutela o indivíduo contra arbitrariedades que possam ser, contra si, cometidas<sup>4</sup>.

Consoante a preleção de Ferrajoli, o Garantismo não é somente uma teoria penal como se pensa e, sim, uma teoria do Direito. Em sua visão, o garantismo tem três significados:

Segundo um primeiro significado, "garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade" SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos [...] Em um segundo significado, "garantismo" designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas [...] Segundo um terceiro significado, por fim, "garantismo" designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade<sup>5</sup>.

Somente um dos conceitos transcritos refere-se, particularmente ao processo penal. Ao afirmar que o garantismo é um modelo normativo de direito, significa dizer que o garantismo está intimamente ligado ao direito penal material e processual, interligando-se e formando um. Os demais conceitos relatam o garantismo como uma teoria jurídica da efetividade, a qual é aplicada, não somente no Direito Penal, como

---

<sup>4</sup> Apud. NETO, Emetério Silva de Oliveira. **Garantismo Penal e Presunção de Inocência**. Uma análise do Habeas Corpus 126.292. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 142/2018, DTR/2018/10713, p. 133-170, Abr/2018.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2002, p. 684/685.

em todos os ramos do direito e; acerca de uma filosofia política, acessando uma seara mais subjetivista e filosófica do tema.

Em outras palavras, “o garantismo penal ferrajoliano, uma vez que trata do Direito Penal não enquanto disciplina dogmática, mas sim no viés filosófico-penal, revela-se em contato constante com todo o Direito. [...] A abstração da tese, portanto, eleva o garantismo penal a um garantismo jurídico de ordem geral, motivo pelo qual entendemos ser a quinta parte do Direito e Razão a maior contribuição dada pelo autor à Filosofia do Direito.”<sup>6</sup>

Desmistificada, portanto, a noção da Teoria do Garantismo como uma teoria penal, explorar-se-á o garantismo como modelo normativo de Direito, sob o plano jurídico, analisando, além da justificativa da pena - baseada no princípio Garantista -, os elementos constitutivos do garantismo e alguns dos seus axiomas - que serão utilizados como fundamentos de nulidades legalmente previstas e omissões legislativas, em capítulos próprios.

De antemão, realce, os elementos constitutivos desta teoria correspondem a garantias penais e processuais relacionadas à definição legislativa em um primeiro momento e, à comprovação jurisdicional do desvio punível, estas, explicadas pelos princípios da Legalidade Estrita e Estrita Jurisdicionariade, os quais serão abordados ainda neste capítulo.

Em sua obra, *Direito e Razão*, Luigi Ferrajoli, ao abordar o questionamento de “por que punir?”, explicita dois sentidos que são comumente confundidos entre si: “Por que existe a pena?” E, “Por que deve existir a pena?”

Para responder a tais questionamentos, mister explicitar que o garantismo penal foi desenvolvido para dupla função preventiva: a “prevenção de futuros delitos e prevenção de reações arbitrárias tanto do particular quanto do próprio” (Estado)<sup>7</sup>, assente de uma análise crítica em relação às teses ideológicas do abolicionismo e justificacionismo penal, estabelecendo, um direito penal mínimo em relação a penalização e, máximo em referência à prevenção de penas arbitrárias ou desproporcionadas.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Apud. MENEZES, Iuri Pedroza. **Vigência e Validade no Garantismo de Luigi Ferrajoli: Um confronto com a teoria pura de Hans Kelsen.** Disponível em [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020\\_05\\_1159\\_1171.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1159_1171.pdf) Consultado a 02. Jan/2025.

<sup>7</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal.** Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2008, p.67.

<sup>8</sup> Nesse mesmo sentido, professa Paulo Queiroz, em sua obra *Funções do Direito Penal*.

Sintetizando essa dupla prevenção, Paulo Queiroz ressalta que “a pena não serve só para prevenir os injustos delitos, mas também os castigos injustos”<sup>9</sup>, afirmando a necessidade do Direito Penal de proteger, também, ao delinquente frente às reações da sociedade, na seara pública ou privada.

Em sendo assim, o garantismo penal confessa que o Direito Penal “*nasce [...] da necessidade política e social de administrar esse conflito de interesses, objetivando controlar a violência (minimizá-la) e coibir o arbítrio*”.<sup>10</sup> Ademais, ao contrário do que professam demasiados autores acerca do garantismo, neste modelo não são consagradas quaisquer doutrinas que deslegitimam constrições e coerções penais ou sociais.

Com o fito de assegurar, portanto, a execução prática desse inovado modelo minimalista, Ferrajoli criou um sistema de garantias penais e processuais – denominado de Sistema SG - que no campo axiológico do “dever ser”, designa uma condição necessária para a atribuição da pena dentro do modelo penal mínimo. Conceituando, as garantias penais e processuais, são expressas por dez princípios que:

[...] ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística - o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal.<sup>11</sup>

São eles: 1) o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

---

<sup>9</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2008, p.67.

<sup>10</sup> Ibid., p. 68.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2002, p. 75.

Para a corrente pesquisa, serão abordadas as garantias penais e processuais, representadas pelos respectivos princípios que se conectam diretamente com a questão problema, ensejando um aparato teórico-constitucional para a abordagem do tema proposto.

## 1.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O PRINCÍPIO DA ESTRITA JURISDICIONARIEDADE

O princípio da Legalidade, além de corolário do Estado Democrático de Direito, se encontra previsto no inciso II do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil e no art. 29 da Constituição da República Portuguesa, é um dos elementos constitutivos do modelo normativo garantista, assim pode-se dizer. Este, se divide em duas concepções: a legalidade em seu sentido lato<sup>12</sup> e a estrita legalidade. Nos dizeres de Ferrajoli, “um papel distinto dos dois princípios e uma distinta estrutura normativa do sistema legal.”<sup>13</sup>

*A priori*, frise-se, a legalidade, em seu sentido *lato sensu*, traduzido pela fórmula clássica *nulla poena et nullum crimen sine lege* (não há pena e nem crime, sem lei), é pressuposto necessário para a aplicação de uma pena. Ou seja, a pena é condicionada à existência de lei formal que defina o desvio punível. Popularmente conhecido como Reserva legal, expressa uma “garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade [...] e, uma igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei.”<sup>14</sup>

No que concerne a legalidade estrita, *stricto sensu*, com a função também de delinear o desvio punível, além do abstrato, define o caráter empírico e objetivo do comportamento, capazes de determinar o seu campo de aplicação exclusivo e exaustivo, sem deixar margens a qualificações de eventos somente imorais. A estrita legalidade é fruto do axioma *nulla poena sine crimine et sine culpa* (não há pena sem crime e sem culpa). Acerca da legalidade estrita, Ferrajoli ressalta:

---

<sup>12</sup> Acerca da legalidade em sentido lato, Manuel Monteiro Guedes Valente professa ser “como uma garantia contra o livre arbítrio quer judicial quer administrativo”, considerando a sua abrangência que engloba a “verificação e o respeito integral dos pressupostos exigidos para a aplicação dos meios de obtenção de prova.” VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Escutas Telefónicas – Da excepcionalidade à vulgaridade**. 2ª edição, Almedina, Coimbra 2008, pág. 29 e seg.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 76.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 31.

O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter “constitutivo” e não “regulamentar” daquilo que é punível [...]¹⁵

Tal citação, coaduna-se com o conceito anteriormente esposado, pelo qual afirma que o garantismo impõe limites a atuação do poder punitivo do Estado. E, mais, diante da presente explanação, somando-se o princípio da mera legalidade com o princípio da estrita legalidade, alcança-se, ao mesmo tempo, o sentido nominalista e empírico do desvio punível, expressando na máxima: *auctoritas, non veritas facit legem, ou seja, a autoridade e não a verdade, faz a Lei.*

O segundo elemento constitutivo do modelo garantista, é o princípio da jurisdicionabilidade estrita, pelo qual, define-se concretamente o desvio punível, funcionando como uma verdadeira condição de efetividade do princípio da legalidade. Ou seja, atua através de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutabilidade das hipóteses acusatórias, para a comprovação do caráter empírico do desvio punível constituído. Ressaltando a sua imprescindibilidade, Ferrajoli explica:

Para que o desvio punível não seja "constituído", mas "regulado" pelo sistema penal, não é suficiente, com efeito, que esteja pré-configurado por regras de comportamento. Comportamentos como o ato obsceno ou o desacato, por exemplo, correspondem a figuras delituosas, por assim dizer, "em branco", cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, remete inevitavelmente, muito mais do que a provas, a discricionárias valorações do juiz, que de fato esvaziam tanto o princípio formalista da legalidade quanto o empírico da fatualidade do desvio punível. Para que estes mesmos princípios sejam satisfeitos é necessário, além disso, que não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter "constitutivo" e tenham caráter "recognitivo" das normas e "cognitivo" dos fatos por elas regulados.¹⁶

Em resumo, os princípios ora estudados, pressupõem que o delito punível seja regulado e regulamentado pela lei e pela hipótese de acusação, “de modo que, resulte-se suscetível de prova ou de confrontação judicial [...] e, é preciso também que as hipóteses acusatórias [...] sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas

---

¹⁵ Ibid., p. 31.

¹⁶ FERRAJOLI, op. cit., p. 32.

em provas e contraprovas, segundo a máxima *nullum iudicium sine probatione*,<sup>17</sup> que significa, não há julgamento sem provas.

## 1.2 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Devido Processo Legal é considerado um dos princípios mais importantes no ordenamento jurídico de Direito posto que expõe-se através de direitos e garantias atuantes tanto na seara material quanto na seara processual. No sistema jurídico brasileiro, este se encontra consagrado em literalidade no art. 5º, LIV da CFRB, e assegura que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.<sup>18</sup> No ordenamento jurídico português, este princípio manifesta-se no art. 20º, n.º 4 da CRP e nos arts. 6º e 7º, n.º 1 do Código de Processo Civil Português.

Conforme a doutrina majoritária, atualmente existem duas análises para este princípio, a análise formal, também conhecida como procedimental e, a análise substancial. Fredie Didier explicita claramente a distinção entre eles ao abordar os seus conceitos. Para o autor, o devido processo legal procedimental “é composto pelas garantias processuais”<sup>19</sup>, à exemplo do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural, a duração razoável do processo etc. No que concerne ao princípio em sua forma substancial, são ressaltadas pelo autor, as máximas da proporcionalidade e razoabilidade amplamente adotadas pela jurisprudência brasileira.<sup>20</sup>

Frise-se que apesar de ser analisado por duas formas, “não se deve fazer uma contraposição entre essas dimensões”<sup>21</sup> e, sim uma validação, expressando uma atuação das duas dimensões aplicáveis em um princípio.

Conforme o entendimento de José Herval Sampaio Júnior<sup>22</sup>, não se distanciando do posicionamento de Didier, o devido processo legal assume uma importância transcendental que delinea todo o agir do processo, limitando inclusive a atividade do legislador, devendo a lei se submeter e se conformar com os direitos e

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 32.

<sup>18</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>19</sup> DIDDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Ed. JusPodivm. 18ª Edição. Salvador 2016, p. 69.

<sup>20</sup> Ibid., p. 70.

<sup>21</sup> Ibid., p. 73.

<sup>22</sup> Sampaio Júnior. José Herval. Távora, Nestor. **Curso de Direito Penal Processual**. 12 Ed. JusPodivm. Salvador 2017, p. 87

garantias fundamentais dos cidadãos. O devido processo legal atua como limitador do poder arbitrário do Estado.<sup>23</sup>

Em resumo, o princípio do devido processo legal é norteador da atividade jurisdicional e legislativa onde devem ser observados os direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados, desde a edição de uma lei até a execução penal, sob pena de invalidação de toda e qualquer medida ou pena aplicada.

### 1.3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Ao contrário do que muitos supõem, o contraditório e a ampla defesa são duas garantias processuais distintas, não se confundindo entre si, mas complementando-se de forma majestosa. Neste diapasão, Ada Pellegrini, salienta:

[...] defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.<sup>24</sup>

O direito ao contraditório refere-se à possibilidade de se contradizer o quanto alegado, seja pela acusação, seja pela defesa, sendo um elemento “imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo”<sup>25</sup>, ou seja, sem o exercício do contraditório, sequer há processo.

A autora ressalta a característica de informação que o contraditório, em um primeiro momento tem. Assim, a informação trazida aos autos permite à outra parte a possibilidade de exercer a sua defesa, através do contraditório. *Audiatur et altera pars*, gera a imprescindibilidade de “dar ciência à cada litigante ‘dos atos praticados pelo contendor, para serem contrariados e refutados’”<sup>26</sup>, conforme Silva (2009 *apud* Gomes, 2019, p. 33).

Sem divergências, na lição de Aury Lopes Jr., “o ato de contradizer a suposta verdade afirmada na acusação é ato imprescindível para um mínimo de configuração

---

<sup>23</sup> DIDDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Ed. JusPodivm. 18ª Edição. Salvador 2016, p. 66.

<sup>24</sup> PELLEGRINI GRINOVER, Ada; LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16 Ed. Saraiva Educação. São Paulo 2019, p.110.

<sup>25</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16 Ed. Saraiva Educação. São Paulo 2019, p. 109.

<sup>26</sup> GOMES, Raimundo de Albuquerque. **Cadeia de Custódia das Interceptações Telefônicas como forma de Controle Epistemológico da Prova no Processo Penal**. Lisboa, 2019.

acusatória do processo.” O contraditório, portanto, é o elemento capaz de atestar a característica de acusação. O autor afirma ainda que “o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira se utilizar de tal faculdade.”<sup>27</sup>

Literalmente o princípio do contraditório acha-se no n.º 5 do art. 32.º da CRP, enquanto no art. 5º, LV, da CRFB, este se encontra implícito. Entretanto, em ambos os casos, tal previsão reforça o sistema acusatório com caráter garantista.

Nesta linha de intelecção, a lição esposada permite atestar que o contraditório é o instrumento conferido às partes para efetivar-se o diálogo processual necessário para o convencimento do Julgador. Ou seja, após a acusação, cede-se a palavra à defesa; após a defesa, cede-se a palavra à acusação, para que o Julgador tenha as versões das duas partes. Entrementes, malgrado oportunizada a fala e se negado ou se abstendo a parte de exercitar o contraditório, nenhuma sanção ou prejuízo sobre si recairá, sendo uma faculdade.

Em sentido semelhante, Ferrajoli afirma ser o contraditório um:

Método de formação de provas e verificação da verdade, fundado em um conflito disciplinado e ritual entre as partes contrapostas, onde a acusação expressa o interesse punitivo do Estado e, a defesa, expressa o interesse do imputado de ver-se livre de acusações infundadas e a permanência de se permanecer imune à aplicação de uma pena arbitrária.<sup>28</sup>

No tocante ao direito a ampla defesa, cabe afirmar inicialmente, que em que pese haver diferentes subclassificações, abordando mais ou menos tipos de defesa, as principais são a autodefesa e a defesa técnica. Nomes sugestivos dos seus conceitos.

A autodefesa caracteriza-se como o direito do próprio acusado de se defender perante o Órgão Acusatório e perante o Magistrado. Já a defesa técnica, define-se pelo exercício da defesa por alguém com conhecimentos técnicos e específicos sobre o direito e o processo penal. Esse segundo tipo de defesa (defesa técnica) surgiu com o reconhecimento da hipossuficiência do acusado para com o Ministério Público, sendo indispensável estabelecer uma condição de equidade entre as partes, onde a atuação do advogado ou do defensor, equilibram a relação processual.

---

<sup>27</sup> LOPES JR. op. cit., p. 109.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2002, p. 589.

Ao abordar sobre a ampla defesa e o contraditório, em consonância com a preleção de Aury Lopes, Ferrajoli explicita serem instrumentos necessários para que se haja uma disputa leal e com paridade de armas, resultando na perfeita igualdade entre as partes. Para tanto, ressalta que:

[...] em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.<sup>29</sup>

Na supratranscrita citação, reafirma o autor a igualdade entre as partes, bem como os seus poderes e suas capacidades dentro do processo criminal, também esposada por Paulo Queiroz. Além disso, destaca a importância do exercício do contraditório em todas as fases e todos os atos probatórios, das averiguações judiciais às acareações.

Destarte, a importância e indisponibilidade destas garantias para o processo penal, posto que sem elas não há a própria dialeticidade processual, sendo, por conseguinte, indisponível para o devido processo legal.

#### 1.4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trata-se de Princípio basilar do Estado Democrático de Direito, comunicante com todo o direito penal, seja na esfera material quanto na esfera processual, assegurando, em diversas frentes, o *status libertatis* do indivíduo<sup>30</sup>. Expressamente consagrado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988 e no número 2. do art. 32.º da CRP, o princípio da presunção de inocência impõe um dever de tratamento<sup>31</sup>, ou seja, exige que o acusado seja tratado como inocente, seja perante o judiciário ou diante da sociedade.

Tal princípio se encontra elencado também em diplomas internacionais de referência para o Estado Democrático de Direito, como a Declaração Universal dos

---

<sup>29</sup> Ibid., p. 490.

<sup>30</sup> Nesse mesmo sentido, NETO, Emetério Silva de Oliveira. **Garantismo Penal e Presunção de Inocência**. Uma análise do Habeas Corpus 126.292. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 142/2018, DTR/2018/10713, Abr/2018, p. 133-170.

<sup>31</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16 Ed. Saraiva Educação. São Paulo 2019, p. 108.

Direitos Humanos de 1948, na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

*Ipsis litteris*, o art. 11.1 da DUDH expressa:

Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.<sup>32</sup>

A primeira parte do n.º 2 do art. 8º da CADH, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, dispõe que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”<sup>33</sup>. E, a CEDH em seu art. 6.º, n.º 2, afirma que “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”<sup>34</sup>.

No entendimento de Aury Lopes Jr.<sup>35</sup>, tal princípio atua em duas dimensões, a dimensão interna e a dimensão externa, onde na visão interna, o dever de tratamento é imposto ao juiz “determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição”, em total consonância com o princípio *in dubio pro reu*.

Na dimensão externa, afirma o doutrinador que “a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu.” Explicando que a presunção da inocência deve ser “utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.”<sup>36</sup> Nesta toada, note-se que além de exercer a função de proteção do acusado nos atos processuais, protege-o, perante a sociedade, do estigma de “criminoso” anterior ao trânsito em julgado da condenação. Ademais, vale frisar, a presunção de inocência, não se limita a estar presente no processo penal, mas em todo e qualquer procedimento em que:

---

<sup>32</sup> Versão publicada no Diário da República, I Série, n.º 57/78, de 9 de Março de 1978, retirada do portal do Ministério Público. Procuradoria-Geral da República. Gabinete de Documentação e Direito Comparado.

<sup>33</sup> BRASIL. DECRETO Nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em » [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm) «

<sup>34</sup> Versão portuguesa da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: « [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por) «

<sup>35</sup> LOPES JR, op. cit., p. 108

<sup>36</sup> Ibid., p. 108.

[...] haja possibilidade de restrição de direitos ou sanção à condição, conduta ou atividade da pessoa, de modo que todas as pessoas independentemente de estarem sendo submetidas a algum procedimento, estarão sob o signo da presunção de inocência.<sup>37</sup>

Não obstante, em que pese tenha sido expressa tal preocupação na Carta Magna de 1988 e na CRP, tem-se de forma rotineira a veiculação de notícias de crimes em jornais e canais televisivos com as imagens dos supostos autores, violando a presunção de inocência. Imagina-se somente as consequências dessas ações para com a vida do indivíduo, que mesmo sendo absolvido posteriormente, já resta estigmatizado.

### 1.5 O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

Castanheira Neves afirma que o princípio do *in dubio pro reo* é “expressão da intenção de justiça e de verdade material do processo criminal (...) por um lado, é princípio de direito e, por outro lado, sem contradição, é princípio probatório (...)”<sup>38</sup>.

Corolário lógico do princípio da presunção de inocência, ou de não culpabilidade - como alguns autores brasileiros costumam chamar -, a sua aplicação só será analisada após finda a instrução probatória e devidamente valoradas, oportunidade que o Julgador, examinará se o Órgão Acusatório, detentor do *jus puniendi* apresentou provas suficientes para afastar a presunção de inocência do arguido.

Mas não só; optamos por concordar com a parcela dos doutrinadores<sup>39</sup> que defendem que o princípio do *in dubio pro reo* não versa apenas sobre a prova dos fatos, na medida em que se traduz em “um princípio jurídico acerca da prova dos fatos<sup>40</sup>”. Assim, o questionamento que se encontra implícito quando suscitado pelos operadores de direito é: a interpretação conferida na redação dos fatos devidamente

---

<sup>37</sup> NETO, Emetério Silva de Oliveira. **Garantismo Penal e Presunção de Inocência**. Uma análise do Habeas Corpus 126.292. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 142/2018, DTR/2018/10713, Abr/2018, p. 133-170.

<sup>38</sup> MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa, **O Princípio *In dubio pro Reo* e o Novo Código de Processo Penal**. 1988, p. 594.

<sup>39</sup> Adota essa perspectiva Castanheira Neves, Miguel Nuno Pedrosa Machado, Giuseppe Bettiol, Figueiredo Dias, entre outros.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 595.

comprovados – sob o crivo da ampla defesa e do contraditório – são suficientes para uma condenação perante o princípio jurídico-político da presunção de inocência?

A incidência factual ou de direito que recaí sobre este princípio levantou questões importantíssimas acerca dos poderes de cognição do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal para reapreciar, em sede de recurso, questões que assentam em problemas relativos ao *in dubio pro reo*, que há alguns anos atrás se escusava de tal análise com a justificativa de que este princípio apenas tratava da matéria de fato.

Felizmente, consoante a análise proposta por José Penim Pinheiro (2021 *apud* Figueiredo Dias, 2004, p. 214), esta questão já se encontra resolvida e é entendimento dominante na jurisprudência que “a violação do princípio *in dubio pro reo* configura uma autêntica questão de direito, que deve caber na esfera de cognição do Supremo Tribunal de Justiça”<sup>41</sup>.

Ultrapassadas as questões teórico-constitucionais e principiológicas inerentes ao Garantismo Penal, transitemos ao conceito e às previsões normativas do uso e aplicação da Interceptação Telefônica como meio de investigação criminal no Brasil, em Portugal, e em alguns diplomas internacionais, analisando, inicialmente, dedutivamente, para uma melhor compreensão.

## **2. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: CONCEITO E PREVISÃO NORMATIVA**

Etimologicamente, interceptar vem do latim *interceptare* que significa interromper, cortar, impedir<sup>42</sup>.

Como bem assevera Daniel Fagundes, ao citar Luiz Flávio Gomes, “a palavra ‘interceptação’ não corresponde exatamente ao seu sentido idiomático. Interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, impedi-la ou detê-la. Na lei a expressão tem outro sentido, o de captar a comunicação telefônica, tomar

---

<sup>41</sup> PINHEIRO, José Penim. **Princípio in dubio pro reo – considerações gerais**. Revista Julgar Online, 2021. Disponível em » <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2021/01/20210113-JULGAR-In-Dubio-Pro-Reo-Jose-Penim-Pinheiro.pdf> »

<sup>42</sup> VIARO, Mário Eduardo. Michaelis, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa.

conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa informação”.<sup>43</sup> Assim o é, tanto na legislação brasileira, quanto na legislação portuguesa<sup>44</sup>.

Dessa forma, a interceptação telefônica tratada em lei, ao contrário do que muitos pensam, não é interromper, deter a comunicação de terceiros, e sim a obtenção do conhecimento de informações contidas em uma conversa entre duas ou mais pessoas.

Para a doutrina brasileira, o termo “interceptação telefônica” detêm dois sentidos, o estrito e o lato. Este último refere-se à captação da comunicação telefônica entre dois ou mais interlocutores com o conhecimento de um deles; já aquele, pressupõe que nenhum dos interlocutores tenha o conhecimento do acesso de terceiros à conversa.

Em Portugal, a interceptação ou gravação telefônica, seja ela realizada por um dos intervenientes ou por um terceiro, “não corresponde ao conceito de escuta telefónica, uma vez que na primeira situação estamos perante uma violação do direito à palavra falada<sup>45</sup>, e na segunda situação perante a violação do direito à inviolabilidade das telecomunicações”<sup>46</sup>. A ‘escuta telefónica’ como meio de obtenção de prova<sup>47</sup>, só assim será caracterizada quando realizada pelos órgãos da polícia criminal com ordem ou autorização do juiz.

A respeito disso, no Brasil, para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e para o Supremo Tribunal Federal (STF), de forma distinta, caracteriza-se a interceptação telefônica a captação da conversa feita por um terceiro interveniente. Ou seja, não é necessário que seja realizada pela Autoridade Policial com a chancela do Juiz. Vejamos um trecho da decisão do Ministro Gilmar Mendes<sup>48</sup>, no HC 91867:

---

<sup>43</sup> FAGUNDES, Daniel Prestes. **Interceptação de Comunicações Telefônicas**. Monografia. Curitiba, 2004.

<sup>44</sup> Note-se a conceituação de “escuta telefônica” professa no art. 187 do CPP português como “a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas [...]”. Dec. Lei 78/87, de 17 de fevereiro.

<sup>45</sup> O direito à palavra falada se encontra predito no art. 26.º, n.º 1 da Constituição Portuguesa e constitui crime à sua violação por meio da gravação de conversação telefónica privada com esteio no art. 199.º, n.º 1 al. A) do Código Penal.

<sup>46</sup> ASTORGA, Paula Celeste Moreira Cardoso. **Escutas Telefônicas**. Dissertação de Mestrado. Coimbra, 2014.

<sup>47</sup> Os meios de obtenção de prova, na conceituação de Paulo de Albuquerque: “visam a detecção de indício da prática do crime, constituindo um meio de aquisição para o processo de uma prova “preexistente” e, em regra, contemporânea ou preparatória do crime. Os meios de prova formam-se no momento da sua própria produção no processo, visando a “reprodução” (“avaliação”) do facto e, nessa medida, constituindo um meio de aquisição para o processo de uma prova “posterior” à prática do crime.” ALBUQUERQUE, Paulo de. **Comentário do Código de Processo Penal**.

<sup>48</sup> STF - Segunda Turma - HC 91867- Rel. Min. Gilmar Mendes - DJe 20/09/2012.

No ponto, importante observar que se distingue a interceptação e a gravação. A interceptação é a captação de conversa realizada por um terceiro, com ou sem o conhecimento de um dos interlocutores. Por exemplo, o denominado grampo telefônico. Por outro lado, se a captação da conversa é feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, tem-se a gravação clandestina.

Em arremate, importa trazer à baila um trecho do Acórdão n.º 55/2010, de Relatoria do Ilustríssimo Conselheiro João Cura Mariano:

Enquanto meio de obtenção da prova, as escutas telefônicas não constituem, pois, em rigor, prova, mas apenas instrumentos técnico-processuais que, em situações típicas (de “catálogo”) e segundo critérios de estrita necessidade e proporcionalidade (artigo 187º, nº 1, CPP), podem permitir às autoridades de investigação a informação sobre circunstâncias, factos ou elementos que lhes possibilitem a procura ou a mais fácil descoberta de meios de prova, que possam ser, então e como tais, adquiridos para o processo e para utilização prestável, posteriormente, nas fases subseqüentes do processo, designadamente na fase contraditória da audiência.

A partir dessa introdução conceitual, percebe-se que existem alguns outros institutos que em muito se assemelham com a interceptação, diferenciando-se por características ínfimas, mas de grande importância para a aplicação da legislação pertinente. Esses institutos, variam minimamente de doutrinador para doutrinador, alterando-se um ou outro conforme o entendimento. Para este trabalho pontua-se: a gravação telefônica; a interceptação ambiental e a escuta telefônica<sup>49</sup>; e, a gravação ambiental.

Acerca destes institutos, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já se pronunciaram no sentido de que:

[...] a Lei no 9.296/1996 somente tem incidência relativamente à interceptação e à escuta telefônica. Caso se trate das demais hipóteses de conversa ambiente, onde não há comunicação telefônica e uma terceira pessoa captadora do diálogo, não tem lugar aplicação desse diploma legal, sendo desnecessária autorização judicial prévia, servindo como provas para processos penais.<sup>50</sup>

---

49 Neste parágrafo, o termo “escuta telefônica” não possui o mesmo conceito adotado por Portugal, sendo terminologia utilizada no Brasil para diferenciar da interceptação telefônica per si.

<sup>50</sup> TÁVORA, Nestor. ALENCAR Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 Ed. JusPodivm. Salvador 2017, p. 775.

Transcorrida a breve explicação e adentrando-se ao mérito da interceptação telefônica/escuta telefônica, propriamente dita, vale ressaltar que por ser uma exceção à inviolabilidade das comunicações telegráficas, tal medida se encontra autorizada na parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal Brasileira e encontra-se regulamentada pela Lei 9.296/96; já na legislação portuguesa, sua previsão acha-se nos artigos 26º, n.º 1, 32º, n.º 8 e, 34º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa e nos artigos 187 ao 190 do Código de Processo Penal.

## 2.1 A PREVISÃO NORMATIVA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A lei 9.296/1996 foi promulgada no Brasil diante da parte final do artigo constitucional, onde prevê a necessidade de uma lei ordinária para regulamentar a autorização em razão da relativização do direito à intimidade.

Isso porque, o texto legal, além da função de minimizar os danos da ação, fora pensado e formulado para coibir o uso das garantias constitucionais para salvaguardar a prática de atividades ilícitas, como assevera Daniel Fagundes<sup>51</sup>.

Não distintamente, a Constituição da República Portuguesa sobreleva em seu texto a mesma importância em regulamentar as situações que poderiam ser relativizados direitos fundamentais através da ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e demais meios de comunicação, assim destaca o número 4.º do artigo 34, da CRP.

Entrementes, não se olvide da imprescindibilidade de aplicação consciente desta exceção, posto que trata-se de violação à direitos constitucionais do indivíduo, devendo ser minuciosamente sopesada a necessidade de sua aplicação com os demais meios de investigação e de prova possíveis pelo ordenamento jurídico.

Vale ressaltar que, no Brasil, em face da natureza da violação, todo o procedimento de interceptação telefônica, do seu requerimento até antes do relatório circunstanciado da autoridade policial, deverá ser mantido em absoluto sigilo, conforme depreende-se do art. 8º da Lei 9.296/96, constituindo crime o descumprimento de determinação do sigilo das investigações e do conteúdo das gravações (§2º do art. 10-A da mesma lei).

---

<sup>51</sup> Neste mesmo sentido, FAGUNDES, op., cit. p. 37.

Em Portugal não há previsão de sigilo das conversas interceptadas durante a investigação. Entretanto, a legislação portuguesa expressa a imprescindibilidade do sigilo quanto aos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo, sendo aqueles relativos às pessoas elencadas no n.º 4 do art. 187º do Código Penal, sendo elas: suspeito ou arguido; intermediário – aqui exige-se a obrigatoriedade de demonstrar fundadas suspeitas -; e, a vítima do crime, mediante consentimento expresso ou presumido.

Esta previsão de sigilo se encontra disposta na alínea 'c' do n.º 6 do art. 188 do CP, onde também é expressa a destruição imediata do material interceptado no caput do artigo referido. Não obstante não restar expresso, pressupõe-se implícito o dever do sigilo de tais comunicações por parte dos integrantes da polícia responsável pela investigação diante da proteção constitucional do direito à inviolabilidade das comunicações.

Com o fito de assegurar a validade e a eficácia da medida, a Constituição Federal do Brasil explicitou alguns aspectos gerais da interceptação telefônica, aspectos estes, também descritos na Lei 9.296/96, os quais serão analisados adiante juntamente com a devida correspondência com a ordem jurídica portuguesa, a qual vai mais à fundo em suas especificidades para a validação desta medida tão penosa ao cidadão.

O primeiro aspecto de validade da medida trata-se de cláusula de reserva jurisdicional, ou seja, a interceptação somente deve ser decretada por meio de decisão judicial, prolatada pelo juízo competente para processar e julgar o inquérito ou a ação penal deflagrada. Para esta autorização, o Magistrado competente deverá analisar se o uso desta, enquadra-se como forma de investigação policial e/ou instrução processual em apuração criminal, bem como verificar as demais hipóteses de cabimento referidas na legislação ordinária – apresentadas adiante.

Ademais, trata-se de medida cautelar de exceção, o que ressalta a imprescindibilidade da cumulação dos pressupostos cautelares, neste caso, o *fumus commissi delicti* (probabilidade da ocorrência de um delito) e o *periculum in mora* (demonstração da urgência da medida). E mais, em relação ao momento de sua requisição, há de pontuar que em Portugal, diversamente do quanto previsto pela legislação portuguesa, por ser procedimento de averiguação e de instrução processual, poderá ser requerida e concedida tanto em fase de investigação criminal,

quanto na fase de instrução do processo como pedido incidente, desde que presentes os seus pressupostos de admissibilidade, o que não é admissível em Portugal.

Alguns doutrinadores criticam essa impossibilidade suscitando que em alguns casos, a medida pode ser imprescindível para a descoberta da verdade, mesmo que já finalizado o inquérito policial.

Referindo-se à classificação de cláusula de reserva jurisdicional, frise-se que em ambos os ordenamentos jurídicos, os próprios textos constitucionais e a lei de referência permitem a sua realização se, e somente se, autorizada por ordem judicial. Assim, compreende-se do n.º 1 do art. 187º do CP.

Na segunda parte do inciso XII, do art. 5º da CF/88, o texto constitucional restringe a aplicação da medida “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer [...]”<sup>52</sup>. Observação esta que de muitos escapam ou muitas vezes é desconsiderada, que por ser uma garantia individual expressa na Constituição, a sua autorização e aplicação no caso concreto deve estar minuciosamente em conformidade com o disposto na lei de referência – 9.296/96 – e, analisada pelas balizas principiológicas do garantismo penal, devendo ser harmoniosa a sua aplicação no caso concreto com os princípios da teoria referida.

Tal crítica encontra embasamento diante da quantidade de determinações de interceptações telefônicas desprovidas de validade e eficácia, sendo realizadas em desacordo com a legislação vigente e utilizada como meio de prova, quase cem por cento das vezes, para condenações sem o substrato probatório necessário. Nesse quesito, merece afirma que a legislação portuguesa exalta-se em delimitar, não são as hipóteses de cabimento, como também as pessoas que podem ser alvos da medida, o que não é delimitado na legislação brasileira.

Note-se ainda, que as observações postas, remetem ao quanto escrutado em subtítulo anterior, o princípio da legalidade, o que envolve o leitor à literalidade, clareza e precisão dos artigos de lei, não havendo espaços para interpretações normativas e principiológicas que fujam à preservação de princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, como o devido processo legal, legalidade, estrita jurisdicionabilidade e presunção de inocência.

---

<sup>52</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

## 2.1.1 A QUESTÃO PROCEDIMENTAL. A INICIATIVA E OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Conduzindo uma lógica de estudo, mister analisar o procedimento para a concessão da medida, “o como” e “o por quem” pode ser feito o requerimento da autorização judicial para a realização da interceptação telefônica, bem como quais são os pressupostos que devem ser analisados, não somente pelo aplicador do direito, mas como também pela autoridade requisitante.

Como já afirmado, de acordo com o texto constitucional brasileiro do art. 5º, XII, a quebra do sigilo telefônico somente será concedida se: para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; se presente a hipótese na legislação vigente e em sua forma descrita; e, através de decisão judicial. A lei 9.296/96 acrescenta mais um requisito objetivo, se o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção, o que não é diferente na lei portuguesa, na medida em que restringe a interceptação telefônica

- [...] quanto a crimes:
- a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos;
  - b) Relativos ao tráfico de estupefacientes;
  - c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas;
  - d) De contrabando;
  - e) De injúria, de ameaça, de coação, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone;
  - f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou
  - g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores.<sup>53</sup>

O procedimento para a obtenção da autorização da escuta telefônica em Portugal é semelhante ao procedimento utilizado no Brasil pelo que analisaremos ambos de forma conjunta.

Em relação ao procedimento da obtenção da autorização telefônica no Brasil, especificamente, infere-se da análise da lei 9.296/96, especificamente do art. 8º, que independentemente do momento em que for requerida a interceptação – seja no inquérito ou na ação penal, o pedido será processado em autos apartados e apensado

---

<sup>53</sup> Portugal. Decreto-Lei nº 78/87 de 17 de fevereiro. Disponível em » [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=199A0187&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=199A0187&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo) »

aos autos principais. No parágrafo único do presente artigo, o legislador especifica que em se tratando de inquérito policial, a apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade policial, ou na conclusão do processo ao Magistrado. Essa especificação do legislador tem o fito único de preservar o sigilo das diligências, gravações e transcrições das conversas interceptadas.

Em Portugal, não há, expressamente um “caminho” a ser percorrido para a obtenção da autorização para se efetivar as escutas, sendo claro, entretanto, ao afirma que para tal, “só serão autorizadas durante o inquérito se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público [...]”<sup>54</sup>

Desta feita, em ambos os ordenamentos, o pedido de interceptação será formulado por meio de petição dirigida ao Juízo competente para processar e julgar a ação ordinária e que tramitará em autos apartados e em segredo de justiça – específico no Brasil -. Além disso, o pedido também deverá demonstrar a necessidade para a apuração da infração penal, com a indicação dos meios a serem empregados<sup>55</sup>.

Acrescente-se que, no parágrafo único do art. 2º da lei brasileira de referência, expõe que o pedido deverá conter, em quaisquer das hipóteses cabíveis, a descrição com clareza da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados<sup>56</sup>, - juízo este que é delimitado no próprio artigo do Código Penal Português -. Entretanto, traz no próprio parágrafo uma exceção, ressaltando a autoridade policial de trazer ao conhecimento do juízo a qualificação dos investigados, a partir de uma justificativa.

Para a ressalva, o texto de lei utiliza o termo “impossibilidade manifesta”, termo este, amplamente subjetivo e aberto a interpretações de toda à sorte. Isto porque, no capítulo sobre os princípios constitucionais restou evidenciado que não é suficiente que o texto normativo defina o desvio punível, sendo indispensáveis elementos que

---

<sup>54</sup> Ibid. Portugal. Decreto-Lei nº 78/87 de 17 de fevereiro. Art. 187º, n.º 1.

<sup>55</sup> BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: 18 de mai. 2021.

<sup>56</sup> Ibid;

permitam tanto a verificação como a refutabilidade das hipóteses acusatórias, ou seja, elementos com caráter cognitivo e recognitivo nas palavras de Ferrajoli<sup>57</sup>.

Note-se que ao introduzir no texto legal uma norma nesses moldes, faz-se surgir interpretações dissonantes e contraditórias, interferindo não somente no princípio da legalidade e da estrita jurisdiccionariedade, como também na segurança jurídica, avolumando prolações de decisões distintas para situações juridicamente semelhantes.

Analisando a exceção prevista, nota-se tamanho descaso e desproporcionalidade com os direitos e garantias individuais, posto que autoriza-se a decretação de uma medida extremamente gravosa e invasiva de sujeitos desconhecidos pela própria autoridade policial. Apesar de expressa, ao examiná-la com os direitos fundamentais do indivíduo, constata-se excessiva violação, não somente à intimidade e à vida privada, como ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaque-se que assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Em análise jurisprudencial, observa-se que em processos que apuram crimes de Organização Criminosa e Associação para o tráfico de drogas, ao ser apresentada pela defesa que a interceptação fora decretada para sujeitos desconhecidos, a interpretação é única: a impossibilidade manifesta é justificada pela inviabilidade de diligências diversas ante à complexidade da organização ou associação criminosa voltada para o tráfico de drogas.<sup>58</sup>

Ainda sobre o procedimento, em que pese seja formulado através de petição, onde exige-se a formalidade, a legislação ordinária prevê a possibilidade do pedido ser formulado verbalmente, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo, conforme a literalidade do §1º, do art. 4º.

Em sequência, no que se refere a “quem” pode solicitar a decretação da interceptação telefônica, há previsão de dois sujeitos: a autoridade policial – delegado de carreira responsável pela investigação -; e o representante do Ministério Público. Além desses, ambas leis ordinárias estabelecem que a medida pode ser decretada *ex officio* pelo Juiz. Sobre esta previsão de determinação da medida pelo juiz de ofício, muitos doutrinadores brasileiros defendem a sua inconstitucionalidade posto que fere

---

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2002, p. 31.

<sup>58</sup> BRASIL. STJ - Quinta Turma - HC 445.889 - Rel. Min. Ribeiro Dantas - DJe 18/06/2019.

dois princípios do ordenamento jurídico pátrio, o princípio da imparcialidade do juiz e o princípio da separação entre Juiz e Acusação, o que não é criticável em Portugal, na medida em que o Juiz da instrução criminal possui tal prerrogativa.

O argumento principal traz em seu bojo que a atribuição de poderes investigatórios ao juiz confronta todo o sistema jurisdicional brasileiro, tendo em vista que a Constituição Federal molda-se pelo sistema acusatório. E, a assunção do papel de investigador pelo juiz, é a principal característica do sistema inquisitório, o que ressalta a inadequação e a inconstitucionalidade desta previsão normativa.<sup>59</sup>

Nas lições de Aury Lopes Jr. “a imparcialidade do órgão jurisdicional é um ‘princípio supremo do processo’ e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo.”<sup>60</sup> Acrescenta ainda que a gestão ou a iniciativa probatória nas mãos do julgador, gera uma destruição da estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo<sup>61</sup>, corroborando com o entendimento da inconstitucionalidade do referido artigo.

No mesmo sentido, Geraldo Prado ressalta que:

A imparcialidade do juiz é o pilar de sustentação do tríptico do princípio acusatório, basilar em um processo penal democrático, de tal sorte que lhe entregar funções diversas daquelas típicas do exercício da jurisdição — dizer o direito e atuá-lo praticamente — acaba desnaturando o instrumento.<sup>62</sup>

Seguindo o trâmite processual, após a requisição da autorização, acaso esta seja feita pela autoridade policial, os autos seguem com vistas para o Representante do Ministério Público, o detentor do *opinio delicti*<sup>63</sup> e, posteriormente para a apreciação do Magistrado competente. Em relação a decisão do Juiz, além de deixar expresso o prazo de vinte e quatro horas – em Portugal, prevê-se o prazo de 48hrs, consoante a literalidade do n.º 4º do art. 188 -, a lei de referência pontua especificações

---

<sup>59</sup> Nesse sentido, destaque-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.450, proposta pelo Procurador Geral da República, a qual questiona a constitucionalidade do art. 3º, em razão da inobservância do princípio da separação entre o Juiz e a acusação, pendente de julgamento.

<sup>60</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16 Ed. Saraiva Educação. São Paulo 2019, p. 70.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>62</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2005, p. 307.

<sup>63</sup> TÁVORA, Nestor. ALENCAR Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 Ed. JusPodivm. Salvador 2017, p. 773.

imprescindíveis para a validação da medida, onde constatada a ausência ou insuficiência, será invalidada e declarada ilegal em qualquer momento do processo, inclusive, após o trânsito em julgado da ação.

O art. 5º da Lei 9.296/96 expõe que a decisão será fundamentada e indicará a forma de execução da diligência que não poderá exceder o prazo de quinze dias. Até então, a literalidade do artigo encontra-se em perfeito estado. O salto ao abismo se refere a renovação prevista, a qual apesar de destacar que deve ser comprovada a indispensabilidade do meio de prova, não estabelece um limite de renovações, o que pode gerar um excesso de violação aos direitos fundamentais do investigado.

A mesma crítica se apresenta na legislação portuguesa, na medida em que prevê um prazo de 3 meses, este também podendo ser prorrogado por igual período, consoante o n.º 6 do art. 188 do CP.

Neste diapasão, vale destacar que em se tratando de processos que apuram os crimes de organizações criminosas e associações para o tráfico de drogas, o termo “pode” utilizado no parágrafo anterior se torna inapropriado, pois apesar de não haver um entendimento pacificado, não há limite para as renovações da autorização da interceptação, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova, trazendo consigo, mais uma vez, uma subjetividade prejudicial aos réus e investigados.

Em situações muito particulares, encontra-se decisões que declaram o excesso de violação aos direitos do investigado/ réu em razão da irrazoabilidade de tempo que durou a interceptação, a exemplo da decisão que anulou quase dois anos de interceptações telefônicas no curso de uma investigação da Polícia Federal contra o grupo S. do Paraná. Com prazo fixado em quinze dias, as escutas foram prorrogadas sem justificativa razoável por mais de dois anos, sendo consideradas ilegais.<sup>64</sup> Mas não é regra, ao contrário, são exceções ao deparar-se com a quantidade de decisões que justificam a “indispensabilidade da prova” ante à complexidade de apuração e investigação dos crimes cometidos – supostamente cometidos.

Ainda sobre o passo a passo, há de ser pontuado que a legislação ordinária – Lei 9.296.96 – exige que acaso seja possibilitada a gravação da interceptação, será determinada a transcrição das conversas. Acertadamente, o STF adotou o

---

<sup>64</sup> Acerca do tema, STJ - Sexta Turma - HC 76.686 - Rel. Min. Nilson Naves - DJe 10/11/2008.

entendimento da degravação integral das conversas interceptadas sob pena de nulidade do meio de prova.<sup>65</sup>

Assim difere-se a legislação portuguesa, havendo a previsão de transcrição das “passagens relevantes para a prova” pelo órgão de polícia criminal que efetuar a interceptação.

Ademais, a lei exige que ao final da diligência “a autoridade policial encaminhe o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.”<sup>66</sup> Apesar de não estar expresso no texto legal, a ausência do auto circunstanciado gera a ilegalidade e nulidade de toda a interceptação.

Ultrapassada essa questão, passasse à análise dos pressupostos cautelares da medida, já mencionados, a probabilidade da existência de um delito, juntamente com a presença de indícios suficientes de autoria; e, a “demonstração de que a providência é urgente por ser necessária à investigação e de que é indispensável o seu deferimento.”<sup>67</sup> Correlacionando-se ao Código Penal Português com a previsão de indispensabilidade da diligência para a descoberta da verdade.

O primeiro preceito, o *fumus comissi delicti*, previsto como hipótese negativa de cabimento no art. 2º da Lei 9.296/96, exprime duas exigências, uma relacionada ao indivíduo infrator e a outra à infração supostamente cometida. Na letra do artigo supramencionado, impede-se a concessão da medida quando “não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”<sup>68</sup>.

Nas palavras de Daniel Fagundes, as exigências pressupõem a existência da “probabilidade de autoria e participação numa infração penal e a probabilidade de existência de uma infração penal”.<sup>69</sup> E, pensando na probabilidade, Aury Lopes

---

<sup>65</sup> Neste sentido, STF - AP 508 - Tribunal Pleno - Rel. Ministro Marco Aurélio - DJe 19/08/2013.

<sup>66</sup> BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: 18 de mai. 2021.

<sup>67</sup> TÁVORA, Nestor. ALENCAR Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 Ed. JusPodivm. Salvador 2017, p. 775.

<sup>68</sup> BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: 18 de mai. 2021.

<sup>69</sup> FAGUNDES, Daniel Prestes. **Interceptação de Comunicações Telefônicas**. In: Acervo Digital UFPR, Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba/2004, p. 35.

expressa seu significado como sendo a presença da verossimilhança dos requisitos positivos e a ausência da verossimilhança dos requisitos negativos do delito<sup>70</sup>, ressaltando a análise do fato típico, ilícito e culpável; bem como, a ausência de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade para o preenchimento desse requisito.

Em sendo assim, vale-se destacar que esse pressuposto é amplamente subjetivo e interpretativo, não havendo o significado de “indício razoável” nem na Constituição Federal e nem na legislação ordinária, deixando os aplicadores do direito com alta margem interpretativa para o preenchimento desse significado. Tal problema não se apresenta em Portugal em razão da delimitação prévia, das hipóteses cabíveis e das pessoas que podem ser alvos da interceptação telefônica como já afirmado alhures.

O que isto significa, já fora analisado anteriormente ao ser ressaltada a expressão “impossibilidade manifesta” como exceção da indicação e qualificação dos sujeitos passivos da interceptação. Naquele momento, fora ressaltada, além da possibilidade de prolação de decisões com entendimentos dissonantes, a não observância do princípio da legalidade estrita e da estrita jurisdicionariedade.

Aury Lopes Jr. faz uma crítica semelhante ao tratar sobre os fundamentos da prisão preventiva, principalmente acerca da “garantia ordem pública” e da “garantia da ordem econômica”. Na primeira identificação dos conceitos destes termos, o autor ressalta: “conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante.”<sup>71</sup>

Melhor descrição não há para os termos ora examinados, os termos “indício razoável”, “impossibilidade manifesta”, entre outros, são uma anemia semântica. Explicada por Moraes da Rosa, “basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja ‘falsificação’ é inverificável.”<sup>72</sup>

O segundo requisito, o *periculum in mora*, funciona como um elemento temporal, ou seja, o perigo da demora atua no sentido de verificar se acaso a medida não seja autorizada, não será possível a obtenção de meios de provas. Neste pressuposto é analisada a necessidade e a urgência da concessão da medida. Sua

---

<sup>70</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16 Ed. Saraiva Educação. São Paulo 2019, p. 779.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p.782.

<sup>72</sup> LOPES JR. Aury. Moraes da Rosa. **Direito Processual Penal**. 16 Ed. Saraiva Educação. São Paulo 2019, p. 779.

previsão encontra-se expressa no inciso II do art. 2º da Lei de referência, ao afirmar que não será concedida a interceptação, se houverem outros meios de prova disponíveis”<sup>73</sup> e no art. 5º, onde ressalta que para a sua concessão deverá estar comprovada a indispensabilidade do meio de prova.”<sup>74</sup>

Entendimento semelhante, professa Nestor Távora ao afirmar que “a providência restritiva deve estar justificada como *ultima ratio*, demonstração de que a providência é urgente por ser necessária à investigação e de que é indispensável o seu deferimento.” Portanto, para a concessão da interceptação telefônica, a probabilidade do direito e o perigo da demora, como pressuposto de cautelaridade, devem estar demonstrados cumulativamente, sob pena de nulidade.

Aviando, o estudo ora realizado evidencia situações práticas envolvendo as interceptações telefônicas e os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, bem como princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, a dita mais importante refere-se a pluralidade de normas que contém expressões “em branco”, expressões incapazes de regulamentar a norma devido à indeterminação de suas definições legais, desrespeitando o princípio formalista da legalidade e empírico da fatualidade do desvio punível, gerando discricionárias valorações do juízo<sup>75</sup> e interpretações desfavoráveis aos réus e investigados diante de normas de caráter subjetivo, ensejando condenações frágeis e sedimentando entendimentos inconstitucionais e em descompasso com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

## 2.1.2 A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE AUTORIZAÇÃO DO USO DAS INTERCEPTAÇÕES

Examinados os requisitos de admissibilidade da autorização da interceptação, sabe-se que esta somente pode ser determinada pelo Juiz competente, sendo ele, portanto, a figura responsável pelo controle de legalidade da medida, que deverá ser realizado previamente à decisão, mesmo em casos de urgência.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: 18 de mai. 2021.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2002, p. 31.

<sup>76</sup> Neste diapasão, FAGUNDES, Daniel Prestes. **Interceptação de Comunicações Telefônicas**. In: Acervo Digital UFPR, Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel

Tal controle refere-se ao exame dos requisitos de admissibilidade, dos pressupostos de cautelaridade e das hipóteses previstas na Lei 9.296/96 e no Código Penal Português, já vistos, bem como ao sopesamento da necessidade da medida, baseando-se na análise dos princípios norteadores do direito e das garantias processuais. Isto porque, como já afirmado alhures, diante do caráter escrutinador da medida, que viola direito constitucional de intimidade, devem ser ponderados os princípios da intervenção mínima e da aplicação da medida que menos afronte as garantias individuais.

É na decisão de concessão da autorização para a interceptação que devem estar minuciosamente detalhadas não só os fundamentos legais, como também a motivação e fundamentação da necessidade dessa medida de exceção. Tal previsão encontra-se esposada não somente no art. no art. 5º da Lei referenciada como também no art. 93, IX da Constituição Federal e nos quadros do n.º 1 do art.º 205.º da Constituição da República Portuguesa, asseverando o caráter indispensável das fundamentações de quaisquer julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário.

Acerca do art. 5º da Lei 9.296/96, faz-se necessário destacar que não só a decisão autorizativa, mas as decisões de renovações da medida de interceptação devem estar minuciosamente fundamentadas e comprovada a indispensabilidade do meio da prova. Ou seja, nas decisões que autorizam a continuidade da interceptação telefônica por tempo maior do que o prazo previsto em lei, deve estar, detalhadamente, comprovada que a medida é indispensável para a continuidade da investigação, baseada, não em elementos frágeis e, sim, em fatos advindos dos resultados já adquiridos, sob pena de nulidade.

Essa previsão ressalta a característica de excepcionalidade e de última medida a ser decretada em investigações criminais em razão da violação aos direitos constitucionais já explorados, entretanto, ao analisar situações práticas, o que se nota é justamente o descaso para com os direitos e garantias individuais em prol da acusação com o único desígnio de exaltar o rigor da lei e o poder punitivo estatal perante os cidadãos “subordinados”, por assim dizer.

Nas decisões autorizativas e prorrogativas da medida, portanto, devem estar indicados os indícios razoáveis de autoria ou participação delitiva; a comprovação da

indispensabilidade como meio de prova; e a devida indicação e qualificação dos investigados/acusados (ou a impossibilidade de fazê-lo, devidamente justificada); e a forma da execução da diligência. Tarefa árdua e expositiva, considerando a existência de termos sem definições legais.

O Superior Tribunal de Justiça, possui jurisprudência no sentido de serem nulas as interceptações telefônicas quando seu deferimento ou suas prorrogações derivarem de decisão que não indique a base empírica para a imprescindibilidade da medida, não sendo suficiente a alusão genérica aos requisitos legais.<sup>77</sup> Todavia, encontra-se em maior quantidade decisões que se utilizam de argumentos frágeis e vagos para desconsiderar a referida nulidade em razão da complexidade do crime apurado.

Ainda sobre as prorrogações da interceptação telefônica, deve ser destacado que na Lei não fala em prorrogações sucessivas, deixando uma lacuna utilizada como artifício para a prática do excesso da medida, em descompasso, não só com direitos e garantias individuais como garantias processuais, previstas na Carta Magna.

O projeto de Lei 156/2009<sup>78</sup>, referente a regulamentação da interceptação telefônica, previa o prazo de sessenta dias, sendo permitidas prorrogações por igual período até o limite de trezentos e sessenta dias ininterruptos, o que fora alvo de crítica de diversos doutrinadores, como Rafael Júnior Soares que ressaltando o caráter excepcional da medida, afirma que não se justifica a manutenção de lapso temporal tão logo, “ante a possibilidade de configuração de verdadeira devassa na vida do cidadão, mormente se examinada sob o prisma da proporcionalidade.”<sup>79</sup>

Após diversas críticas, o prazo fora alterado estipulando o limite em quinze dias, mas sem previsão de limite máximo. Em razão disso, gerou-se um conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas, que nem sempre são solucionados em favor da liberdade do indivíduo e, sim, do mitigado princípio *pro societate*.

Ao revolver ao estudo dos termos empregados na lei como requisitos indispensáveis e da existência de lacunas legislativas, nota-se o “porquê” do desrespeito aos direitos e garantias constitucionais do indivíduo: a ampla interpretação da lei como convém à acusação e ao julgador, sendo utilizadas

---

<sup>77</sup> Neste sentido, STJ – HC 88.825 – Quinta Turma - Rel. Arnaldo Esteves Lima - DJe 30/11/2009.

<sup>78</sup> FEDERAL, Senado. **Projeto de Lei nº 156 de 2009**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 19 de jun/2021.

<sup>79</sup> SOARES, Rafael Júnior. Reflexões sobre o prazo de duração da interceptação telefônica no PL 156/2009. Boletim Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal, ano 2, n. 2, 2012/01.

justificativas pautadas em prol da sociedade, subjugando os indivíduos que formam a própria sociedade.

### **3. ESTUDO DE CASO: A LEI 9.296/96 NOS CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS**

Após o exame teórico realizado, o estudo de casos reais mostra-se imprescindível para o entendimento do leitor acerca da utilização das Interceptações Telefônicas e quais são as implicações jurídicas decorrentes do desrespeito, não somente aos direitos e garantias constitucionais, como também ao próprio texto normativo, em prol de uma reafirmação do Poder punitivo estatal, sendo, reiteradamente, perpetuadas decisões ilegais e contrárias a todo o Ordenamento jurídico pátrio.

O caso<sup>80</sup> a ser examinado é uma Ação Penal de apuração dos crimes de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013) e Associação para o Tráfico de Drogas (Lei 11.343/2006) onde o Ministério Público do Estado da Bahia denunciou 28 indivíduos, alegando que todos são integrantes da facção criminosa denominada Raio A, liderada por um indivíduo que encontra-se há mais de 10 anos sob a custódia do Estado. Em breve resumo, a denúncia foi oferecida com base no Inquérito Policial acostado aos autos, onde supostamente demonstrava a organização, estabilidade e permanência de associação dos indivíduos para o tráfico de drogas e outros crimes.

Na fase de investigação, a Autoridade Policial responsável pela investigação requereu judicialmente a autorização para a interceptação telefônica de determinados números identificados a partir do acesso ilegal ao aparelho celular de um suposto “frente” da facção, que sequer fora denunciado nos autos – este fato, apesar de emblemático, não será discutido no presente artigo.

O requerimento de autorização para a interceptação telefônica deu origem aos autos de nº 0304680-96.2017.8.05.0113. O pedido inicial preenche parcialmente os requisitos da Lei 9.296/96, posto que não há a identificação e qualificação de todos

---

<sup>80</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação Penal nº 0505040-13.2018.805.0113. Autor: Sociedade. Réus: Fábio Possidônio e outros. Juiz de Direito: Eros Cavalcanti. Salvador, 07 de Abr/2020.

os sujeitos passivos, tendo apenas os seus pseudônimos, contrariando o parágrafo único do art. 2º, sendo um dos objetivos da interceptação identificar para qualificar os indivíduos que supostamente fazem parte da dita organização criminosa. A impossibilidade de identificação e qualificação dos indivíduos foi justificada diante da “dificuldade de produção probatória e inexistência de meios hábeis de prova para a instrução do feito”<sup>81</sup>, o que por si só, deveria ser motivo de aplicação dos princípios constitucionais do *in dubio pro reu* e da presunção de inocência.

Além disso, vale apontar que nos casos de mera conjectura da existência de um crime ou denúncia anônima, sem qualquer materialidade delitual ou sem indícios suficientes de autoria, a doutrina entende que sua autorização é desconstituída de qualquer legalidade. Alguns doutrinadores, à exemplo de Luís Flávio Gomes e Raúl Cervini, denominam esse desvio de finalidade como *interceptação de prospecção*. Neste diapasão:

Não existe interceptação de ‘prospecção’, para se descobrir se uma determinada pessoa estaria ou não envolvida em algum possível crime. A interceptação, de outra parte, é pós-delitual. A infração vem antes. Só depois de sua ocorrência torna-se possível a medida cautelar.<sup>82</sup>

A decisão autorizativa da interceptação telefônica, proferida nos autos de nº 0304680-96.2017.8.05.0113 reveste-se de ilegalidade, concede a interceptação telefônica e reconhece a utilização de pseudônimos como sendo identificação dos sujeitos suficientes, juntamente com a mera indicação da presença dos “indícios razoáveis” de autoria delitiva para a interceptação, sem, entretanto, demonstrá-los.

Em sua fundamentação, a decisão se limita a afirmar que “o pedido reveste-se de plausibilidade, haja vista ser meio idôneo a colheita de dados imprescindíveis para a investigação.” Além disso, repete o quanto afirmado na representação: “reconhece-se a dificuldade de produção probatória no presente caso, não havendo outro meio hábil de prova para instrução do presente feito e conseqüentemente a apuração dos fatos delituosos”.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Processo nº 0304680-96.2017.8.05.0113. Autor: 6ªCORPIN. Réu: William Wallas Alves dos Santos. Juiz de Direito: Eros Cavalcanti. Salvador, 01 de Dez/2017.

<sup>82</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>83</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Processo nº 0304680-96.2017.8.05.0113. Autor: 6ªCORPIN. Réu: William Wallas Alves dos Santos. Juiz de Direito: Eros Cavalcanti. Salvador, 01 de Dez/2017.

Levando em consideração o exame do texto normativo da Lei 9.296/96 para a análise dos trechos extraídos da decisão autorizativa, a conclusão ressalta que o Magistrado não se atentou à necessidade da indicação e qualificação dos investigados prevista no parágrafo único do art. 2º; não expôs os ditos “indícios razoáveis” de autoria ou participação em infração penal indo de encontro ao inciso I do art. 2º; e não fundamentou o deferimento de forma apta a demonstrar a hipótese de cabimento inserida, bem como os pressupostos da cautelaridade, incorrendo na ilegalidade esposada no art. 5º.

Do quanto já estudado nos capítulos anteriores, verifica-se que além das ilegalidades apontadas acima, a autorização não sopesou a necessidade da medida com os princípios constitucionais do indivíduo, desqualificando o princípio da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, bem como o princípio do devido processo legal e o princípio da fundamentação das decisões judiciais, sendo uma afronta aos direitos e garantias constitucionais, materiais e processuais, por conseguinte, ilegal. Apesar de aqui constatada a sua ilegalidade, com a prolação da sentença, a decisão continua válida até o julgamento do recurso de Apelação interposto.

Ressalte-se que da referida decisão foram proferidas diversas renovações de autorização e outras provas derivadas, à exemplo dos testemunhos dos prepostos estatais que participaram das investigações, que também são ilegais em consonância com o princípio da contaminação, exposto no art. 157, *caput* e §1º do Código de Processo Penal.

Ainda assim, se inexistisse tal princípio, ao analisar as decisões de renovação da autorização da interceptação, nota-se o descumprimento do quanto esposado na Lei, descumprimentos estes, causadores de nulidade. Ademais, além da perpetuação por tempo indeterminado de uma decisão ilegal, nota-se no caso ora *sub examine* que todas as demais provas carreadas aos autos, da interceptação se derivaram, sendo todas nulas de pleno direito.

Ultrapassada a investigação, a Ação Penal fora deflagrada, gerando os autos de nº 0505040-13.2018.8.05.0113. Os autos seguiram o trâmite regular, sendo necessário examinar as consequências jurídicas da utilização da interceptação telefônica ilegal na sentença proferida nos fólios. Diante da impossibilidade de analisar a sentença por inteiro, será examinado o resultado em relação a um dos indivíduos denunciados, apontado como líder da suposta organização criminosa.

Em sede de alegações finais, a defesa bem suscitou, preliminarmente, diversas ilegalidades relacionadas à interceptação telefônica, desde o requerimento até às renovações arbitrárias, sem qualquer fundamentação e, descumprimento do prazo no cumprimento da medida, utilizando como substrato normativo a Lei 9.296/96, as resoluções 59/2008 e 217/2016 do Conselho Nacional de Justiça e a Carta Magna, remontando aos princípios constitucionais aqui estudados como norteadores de todo o processo penal. Fora suscitada também a utilização da interceptação como único meio de prova, o que contraria o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal.

No mérito, além de toda a matéria de direito, fora alegada também a não comprovação da autoria delitiva em relação aos crimes de organização criminosa e associação para o tráfico de drogas considerando a perícia de voz realizada nos autos, a qual resultou em contradição moderada; e a materialidade, posto que nada de ilícito fora encontrado em poder do réu ou que se pudesse atribuir a propriedade.

Acerca da decisão primeva de autorização, impugnada pela defesa, o Magistrado se utilizou de argumentação frágil para sustentá-la, asseverando que: “[...] a decisão de fls. 27/31, em apenso, não se reveste da melhor técnica redacional, mas, no entender deste Juízo, não se faz eivada de nulidade por ausência ou deficiência de fundamentação.” (grifo nosso) E acrescenta ao final:

Nota-se, também, que a decisão **possui fundamentação sucinta, concisa, que não se confunde com ausência ou deficiência de fundamentação**, razão pela qual se apresenta válida, mesmo no âmbito da interceptação telefônica, consoante preconizam o STJ e o STF.<sup>84</sup> (grifo nosso)

Note-se que a argumentação utilizada não se baseia em elementos jurídicos e sim de mera concordância com o quanto decidido anteriormente, sem a robustez necessária para afastar a nulidade aventada, posto que, de qualquer sorte, não há como sustentar fundamentação inexistente.

Acerca da falta de exposição dos “indícios razoáveis”, suscitada em matéria de defesa, o Magistrado registrou que:

Para a concessão da medida cautelar preparatória (antes do ajuizamento da ação penal) de interceptação telefônica, a Lei não reclama a existência de prévia instauração de inquérito policial,

---

<sup>84</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação Penal nº 0505040-13.2018.805.0113. Autor: Sociedade. Réus: Fábio Possidônio e outros. Juiz de Direito: Eros Cavalcanti. Salvador, 07 de Abr/2020.

bastando a **demonstração da existência de “indícios razoáveis” de autoria ou participação** quanto aos fatos delituosos investigados preliminarmente.

Assim, na hipótese de interceptação telefônica concedida em caráter preparatório, em face do estágio embrionário da persecução penal, compreende-se como “indícios razoáveis” a existência de **fundadas ou sérias suspeitas de autoria**, representadas por elementos concretos, não em meras conjecturas.<sup>85</sup> (grifo nosso)

Do trecho supratranscrito não é difícil visualizar a utilização de novos termos sem conceitos definidos para justificar outro semelhante, trazendo consigo uma maleabilidade conceitual para a decisão, com uma alta margem interpretativa, sujeitando o indivíduo a alegações irrefutáveis e inverificáveis, em total dissonância com o princípio da estrita jurisdicionariedade.

Ante à ausência de previsão legal da possibilidade de renovações sucessivas da medida, fora suscitada a desproporcionalidade da extensão destas tendo o Magistrado entendido pela razoabilidade das prorrogações considerando que trata-se de apuração de “atividades delituosas de elevada complexidade, relacionadas à narcotraficância, que colocavam a interceptação telefônica como instrumento investigativo útil e necessário ao esclarecimento dos eventos *sub judice*”.<sup>86</sup>

Reiteradamente, a menção à complexidade das atividades delituosas comparece às decisões para justificar o uso da interceptação telefônica como meio de investigação primária<sup>87</sup>, violando os direitos da intimidade e da privacidade do indivíduo, bem como as garantias processuais inerentes ao devido processo legal, em descompasso com todo o ordenamento jurídico de Direito.

Afastando-se da análise de previsões normativas subjetivas, a defesa alegou o descumprimento do prazo de quinze dias da interceptação em diversas fases da operação, pontuando a sua ineficácia como meio de prova e pugnando pela nulidade das interceptações realizadas após o prazo. Para afastar a tese defensiva, o Magistrado explanou acerca da existência de duas correntes existentes que se referem a contagem de prazo das interceptações, o que não se faz necessária a demonstração.

Entretanto, além disso, fora esposado um dos entendimentos mais emblemáticos das Cortes Superiores, a necessidade de comprovação de prejuízo

---

<sup>85</sup> Ibid, p. 62.

<sup>86</sup> Ibid, p. 69.

<sup>87</sup> Neste sentido, STF. RHC 128485/TO, 2ª T, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 21 de Nov/2016.

para a declaração da nulidade conforme a preleção do art. 563 do Código de Processo Penal, o *Pas nullité sans grief*.

Ademais, para que um dado colhido no décimo sexto dia de monitoramento repercuta no campo processual, ensejando alguma nulidade, **deve estar revestido de relevância probatória, com possibilidade de ocasionamento de prejuízo concreto ao réu e derivação ou causalidade concreta quanto ao desdobramento de outra prova**, nos termos dos arts. 157, § 1º, 563 e 566 do CPP.<sup>88</sup> (grifo nosso)

Este entendimento deriva da obsoleta teoria das invalidades inserida no Código de Processo Civil de 1973, a qual deveria ser aplicada de forma distinta no âmbito do Processo Penal, ressaltando o significado do Direito penal como garantia do indivíduo. Assim como a formalidade processual é a garantia do indivíduo contra o ente Estatal, devendo ser exaltado em favor da liberdade e das garantias constitucionais, além de privilegiar o tratamento isonômico entre os cidadãos e o Estado<sup>89</sup>, não o contrário.

O que observa-se da aplicação do princípio do *pas nullité sans grief* é o “tratamento dos vícios de maneira abstrata, muito dissociada do caso concreto. A teoria estrutura-se em torno de uma tipologia dos vícios e das consequências, ou seja, baseia-se no antecedente normativo.”<sup>90</sup> No direito contemporâneo tem surgido uma crítica acerca da estrutura da teoria das formalidades, a qual professa que deveria ser baseada no conseqüente normativo, ou seja, baseando-se no efetivo impacto que tenham no exercício das garantias fundamentais do processo.

Esse é o entendimento do presente artigo. Ao julgar a existência de uma ilegalidade deve-se examinar “se há defeito, se há relevância no vício apresentado e se houve impacto nas garantias processuais para decidir pela sua invalidade e, conseqüente nulidade.”<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação Penal nº 0505040-13.2018.805.0113. Autor: Sociedade. Réus: Fábio Possidônio e outros. Juiz de Direito: Eros Cavalcanti. Salvador, 07 de Abr/2020. No mesmo sentido, STJ: AgRg nos EDcl no RHC 91.508/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 19/12/2018.

<sup>89</sup> MEDEIROS, Flávio Meirelles. ***Pas de nullité sans grief domesticado***. In Migalhas de peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/336868/pas-de-nullite-sans-grief--domesticado> Acesso em: 19 de Jun/2021.

<sup>90</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Teoria das Nulidades Processuais no Direito Contemporâneo**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RePro 255, Mai/2016, p. 117-140.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 06.

Trazendo para o caso concreto, se houvesse a análise do impacto nas garantias processuais do indivíduo, a ilegalidade seria reconhecida gerando a nulidade das fases e ou momento das fases da interceptação em que ultrapassou-se o prazo previsto em lei, em total conformidade com os princípios constitucionais do devido processo legal e da literalidade normativa.

As “justificativas” ora abordadas, são resultado de um entendimento maciço do STJ e do STF, perpetuando decisões e criando precedentes que vão de encontro aos princípios e garantias constitucionais em prol de uma condenação e exaltação do poder Estatal perante os cidadãos, não se pode apontar um único juízo como agressor da Carta Magna.

Dando continuidade à análise crítica acerca dos “fundamentos” esposados na sentença, faz-se necessário expor que o inquérito policial fora baseado unicamente em interceptação telefônica e, exclusivamente dele, resultou a condenação do denunciado. Apesar dessa ilegalidade não ter sido impugnada pela defesa, contraria o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal. Na sentença, em que pese haver determinação expressa no diploma legal referenciado, o indivíduo denunciado como líder da suposta organização criminosa sofreu uma condenação baseada exclusivamente em elementos informativos e dele derivados.<sup>92</sup>

A última análise imprescindível acerca do caso proposto, refere-se à não aplicação do princípio do *in dubio pro reu* em razão da não comprovação da autoria delitiva, considerando que a perícia de voz deu resultados inconclusivos, apresentando uma modificação moderada na amostra de voz coletada. A perícia de voz é único meio hábil para comprovar a autoria da conversa degravada pela interceptação telefônica, onde um perito oficial e *expert* afirma ou nega a compatibilidade das vozes examinadas. Nos autos, a perícia realizada apontou contradições existentes entre as vozes examinadas, resultando na não atribuição de autoria do periciado.

Com o desígnio de afastar a tese defensiva de absolvição e condenar o denunciado, o Magistrado desconsiderou a perícia realizada, ressaltando que:

[...] quanto ao **único áudio cuja autoria fora atribuída ao acusado**,  
[...] que o laudo de comparação de voz de fls. 3890/3941, seguindo

---

<sup>92</sup> Neste diapasão, STJ - HC: 128087 SP 2009/0022951-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 27/10/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2009 RSTJ vol. 217 p. 1011

protocolo científico estabelecido, **não o exclui como interlocutor, apenas atesta a pouca probabilidade de sê-lo**, de acordo com os elementos colhidos em estúdio, momento em que um réu, naturalmente, **busca modificar os parâmetros vocais para confundir o expert. Isoladamente, o laudo bem poderia afetar a autoria da interlocução telefônica, mas, conglobadamente, não o faz.**<sup>93</sup>

Apesar da necessidade de se tecer comentários acerca do conteúdo demonstrado em citações diretas, o próprio texto é clarividente em demonstrar que a condenação do denunciado não encontra-se amparada pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, onde é desconsiderada uma prova pericial válida por ser favorável ao réu.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À influência do quanto alvitado no presente artigo, nota-se que há confronto e descompasso do texto normativo da Lei 9.296/96 para com os princípios e garantias constitucionais presentes no Ordenamento Jurídico Pátrio, sendo a sua aplicação uma tarefa árdua para os operadores do Direito.

Em razão da antagonizada posição, o Ministério Público e a defesa se utilizam das fragilidades do texto legal para embasar e fundamentar suas teses, conforme a corrente doutrinária a que se filia, obtendo refúgio em termos subjetivos capazes de alterar todo o sentido da Lei, desde ao seu objetivo às suas consequências. O que é justificável. Por outro lado, pensando no papel do julgador, a tarefa de apreciar as teses aventadas por ambas as partes e analisar o conjunto probatório colacionado nos autos, se torna excessivamente perigosa, podendo ser modelada a interpretação da Lei baseando-se em critérios não jurídicos, mas muitas vezes sociais, ao levar em consideração a tipificação do crime apurado para aplicar “este” ou “aquele” entendimento.

É verdade que este fato, não é verificado apenas em processos penais ante às diversas lacunas normativas existentes em todo o Direito, mas as consequências

---

<sup>93</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação Penal nº 0505040-13.2018.805.0113. Autor: Sociedade. Réus: Fábio Possidônio e outros. Juiz de Direito: Eros Cavalcanti. Salvador, 07 de Abr/2020, p. 110.

resultantes de tais lacunas no Direito penal e no Direito processual penal, inferem diretamente no desrespeito à garantias constitucionais, penais e processuais que restringem direitos fundamentais dos cidadãos, motivo pelo qual há de ser sopesada a todo momento a garantia de proteção dos cidadãos, a qual norteia a Constituição da República Federativa do Brasil.

Em termos práticos, à luz da Teoria do Garantismo Penal, foram apresentadas lacunas existentes na Lei das Interpretações Telefônicas que conflitam com princípios e garantias fundamentais do indivíduo, bem como princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio.

A dita mais importante e frequente, refere-se a pluralidade de normas que contém expressões “em branco”, expressões incapazes de regulamentar a norma devido à indeterminação de suas definições legais, desrespeitando o princípio formalista da legalidade e empírico da fatualidade do desvio punível, gerando discricionárias valorações do juízo e interpretações desfavoráveis aos réus e investigados diante de normas de caráter subjetivo, ensejando condenações frágeis e sedimentando entendimentos inconstitucionais e em descompasso com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Em arremate, o estudo de caso realizado na presente pesquisa demonstra na prática a problematização que gira em torno da Lei 9.296/96, diante da apresentação de artigos que são demasiadamente subjetivos e, por conseguinte, frágeis, pela maleabilidade conceitual de diversos termos empregados, que resultam em incontáveis interpretações cabíveis, tornando imprescindível a disseminação da Teoria do Garantismo Penal, perfeitamente adequada aos ditames, preceitos e princípios existentes na Constituição Federal.

As consequências da utilização de interceptações telefônicas ilegais, portanto, encontra-se evidenciada tanto na seara individual quanto na coletiva, posto que geram condenações e precedentes frágeis, em desconformidade com o Ordenamento Jurídico de Direito.

## REFERÊNCIAS

1 GOMES, Antônio Igor Félix. **O Garantismo Penal de Ferrajoli e suas Consequências para os Índices Delitivos do Estado Brasileiro.** In: Repositório UFERSA, Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA. Mossoró/2019, p. 28;

2 NETO, Emetério Silva de Oliveira. Garantismo Penal e Presunção de Inocência. Uma análise do Habeas Corpus 126.292. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 142/2018, DTR/2018/10713, p. 133-170, Abr/2018;

3 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2002, p. 684/685;

4 QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2008, p.67;

5 Nesse mesmo sentido, professa Paulo Queiroz, em sua obra Funções do Direito Penal;

6 QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2008, p.67;

7 Ibid., p. 68;

8 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** Teoria do Garantismo Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2002, p. 75;

9 FERRAJOLI, op. cit., p. 76;

10 Ibid., p. 31;

11 Ibid., p. 31;

12 FERRAJOLI, op. cit., p. 32;

13 Ibid., p. 32;

14 BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988;

15 DIDDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Ed. JusPodivm. 18ª Edição. Salvador 2016, p. 69;

16 Ibid., p. 70;

17 Ibid., p. 73;

18 Sampaio Júnior. José Herval. Távora, Nestor. **Curso de Direito Penal Processual**. 12 Ed. JusPodivm. Salvador 2017, p. 87;

19 DIDDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Ed. JusPodivm. 18ª Edição. Salvador 2016, p. 66;

20 PELLEGRINI GRINOVER, Ada; LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16 Ed. Saraiva Educação. São Paulo 2019, p.110;

21 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16 Ed. Saraiva Educação. São Paulo 2019, p. 109;

22 LOPES JR. op. cit., p. 109;

23 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2002, p. 589;

24 Ibid., p. 490;

<sup>25</sup> Nesse mesmo sentido, NETO, Emetério Silva de Oliveira. **Garantismo Penal e Presunção de Inocência**. Uma análise do Habeas Corpus 126.292. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 142/2018, DTR/2018/10713, Abr/2018, p. 133-170;

26 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16 Ed. Saraiva Educação. São Paulo 2019, p. 108;

27 LOPES JR, op. cit., p. 108;

28 Ibid., p. 108;

29 NETO, Emetério Silva de Oliveira. **Garantismo Penal e Presunção de Inocência**. Uma análise do Habeas Corpus 126.292. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 142/2018, DTR/2018/10713, Abr/2018, p. 133-170;

30 STF - Segunda Turma - HC 91867- Rel. Min. Gilmar Mendes - DJe 20/09/2012;

31 TÁVORA, Nestor. ALENCAR Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 Ed. JusPodivm. Salvador 2017, p. 775;

32 Neste mesmo sentido, FAGUNDES, op., cit. p. 37;

33 BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988;

34 SANTORO, Antônio e TAVARES, Natália. **Diagnóstico sobre o uso das Interceptações Telefônicas no Brasil**. Uma análise quantitativa e comparativa dos dados até 2018. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 161/2019, DTR/2019/40776, Nov/2019, p. 11;

35 BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: 18 de mai. 2021;

36 Ibid;

37 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2002, p. 31.

38 BRASIL. STJ - Quinta Turma - HC 445.889 - Rel. Min. Ribeiro Dantas - DJe 18/06/2019;

39 Nesse sentido, destaque-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.450, proposta pelo Procurador Geral da República, a qual questiona a constitucionalidade do art. 3º, em razão da inobservância do princípio da separação entre o Juiz e a acusação, pendente de julgamento;

40 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16 Ed. Saraiva Educação. São Paulo 2019, p. 70;

41 Ibid., p. 71;

42 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2005, p. 307;

43 TÁVORA, Nestor. ALENCAR Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 Ed. JusPodivm. Salvador 2017, p. 773;

44 Acerca do tema, STJ - Sexta Turma - HC 76.686 - Rel. Min. Nilson Naves - DJe 10/11/2008;

45 Neste sentido, STF - AP 508 - Tribunal Pleno - Rel. Ministro Marco Aurélio - DJe 19/08/2013;

46 BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: 18 de mai. 2021;

47 TÁVORA, Nestor. ALENCAR Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 Ed. JusPodivm. Salvador 2017, p. 775;

48 BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: 18 de mai. 2021;

49 FAGUNDES, Daniel Prestes. **Interceptação de Comunicações Telefônicas**. In: Acervo Digital UFPR, Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba/2004, p. 35;

50 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16 Ed. Saraiva Educação. São Paulo 2019, p. 779;

51 Ibid., p.782;

52 LOPES JR. Aury. Moraes da Rosa. **Direito Processual Penal**. 16 Ed. Saraiva Educação. São Paulo 2019, p. 779;

53 BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: 18 de mai. 2021;

54 Ibid;

55 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Ed. Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo 2002, p. 31;

56 Neste diapasão, FAGUNDES, Daniel Prestes. **Interceptação de Comunicações Telefônicas**. In: Acervo Digital UFPR, Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba/2004;

57 Neste sentido, STJ – HC 88.825 – Quinta Turma - Rel. Arnaldo Esteves Lima - DJe 30/11/2009;

58 FEDERAL, Senado. **Projeto de Lei nº 156 de 2009**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 19 de jun/2021;

59 SOARES, Rafael Júnior. Reflexões sobre o prazo de duração da interceptação telefônica no PL 156/2009. Boletim Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal, ano 2, n. 2, 2012/01;

60 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação Penal nº 0505040-13.2018.805.0113. Autor: Sociedade. Réus: Fábio Possidônio e outros. Juiz de Direito: Eros Cavalcanti. Salvador, 07 de Abr/2020;

61 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Processo nº 0304680-96.2017.8.05.0113. Autor: 6ªCORPIN. Réu: William Wallas Alves dos Santos. Juiz de Direito: Eros Cavalcanti. Salvador, 01 de Dez/2017;

62 GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997;

63 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Processo nº 0304680-96.2017.8.05.0113. Autor: 6ªCORPIN. Réu: William Wallas Alves dos Santos. Juiz de Direito: Eros Cavalcanti. Salvador, 01 de Dez/2017;

64 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação Penal nº 0505040-13.2018.805.0113. Autor: Sociedade. Réus: Fábio Possidônio e outros. Juiz de Direito: Eros Cavalcanti. Salvador, 07 de Abr/2020;

65 Ibid, p. 62;

66 Ibid, p. 69;

67 Neste sentido, STF. RHC 128485/TO, 2ª T, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 21 de Nov/2016;

68 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação Penal nº 0505040-13.2018.805.0113. Autor: Sociedade. Réus: Fábio Possidônio e outros. Juiz de Direito: Eros Cavalcanti. Salvador, 07 de Abr/2020. No mesmo sentido, STJ: AgRg nos EDcl no RHC 91.508/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 19/12/2018;

69 MEDEIROS, Flávio Meirelles. ***Pas de nullité sans grief domesticado***. In Migalhas de peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/336868/pas-de-nullite-sans-grief--domesticado>. Acesso em: 19 de Jun/2021;

70 CABRAL, Antônio do Passo. **Teoria das Nulidades Processuais no Direito Contemporâneo**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RePro 255, Mai/2016, p. 117-140;

71 Ibidem, p. 06;

72 Neste diapasão, STJ - HC: 128087 SP 2009/0022951-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 27/10/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2009RSTJ vol. 217 p. 1011;

73 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação Penal nº 0505040-13.2018.805.0113. Autor: Sociedade. Réus: Fábio Possidônio e outros. Juiz de Direito: Eros Cavalcanti. Salvador, 07 de Abr/2020, p. 110.