



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A POTENCIALIZAÇÃO DO CERCEAMENTO DE DEFESA NA MEDIDA CAUTELAR
DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COM O RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE
PARA A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Bruno Santos Gomes Marques

Rio de Janeiro
2017

BRUNO SANTOS GOMES MARQUES

A POTENCIALIZAÇÃO DO CERCEAMENTO DE DEFESA NA MEDIDA CAUTELAR
DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COM O RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE
PARA A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A POTENCIALIZAÇÃO DO CERCEAMENTO DE DEFESA NA MEDIDA CAUTELAR DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COM O RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE PARA A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Bruno Santos Gomes Marques

Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho. Servidor Público Estadual. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo - a interceptação telefônica apresenta-se como meio de prova mais utilizado no inquérito policial. A complexidade das organizações criminosas fundamenta a sua extensão por meio de sucessivas renovações do prazo previsto em Lei. Em função disso, no processo, com o réu preso preventivamente para a garantia da instrução, é possível verificar uma potencialização no cerceamento de defesa. A essência do trabalho é abordar o contraditório no inquérito policial quando se está diante de prova proveniente de interceptação telefônica, verificar a possibilidade de sucessivas renovações desse meio de prova e apontar o seu efeito na defesa do réu preso preventivamente para a garantia da instrução processual penal.

Palavras-chave - Direito Processual Penal. Interceptação telefônica. Cerceamento de defesa.

Sumário - Introdução. 1. O contraditório postergado na prova cautelar de interceptação telefônica: altaneiro número de ligações amealhadas no bojo da investigação policial. 2. A possibilidade de sucessivas renovações de interceptação telefônica e seu efeito na defesa do réu. 3. A potencialização do cerceamento de defesa diante da necessidade da análise dos áudios captados na interceptação telefônica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado discute a possibilidade do cerceamento de defesa no processo penal em relação à análise efetiva durante a instrução processual da prova proveniente de medida cautelar de interceptação telefônica quando o réu está preso preventivamente com espeque na garantia da instrução processual penal. Verifica-se que diante de tal circunstância, sobretudo quando a prova produzida é extremamente complexa em quantidade, a análise da prova carreada aos autos do processo demonstra-se deficiente, uma vez que o escopo da revogação da prisão cautelar sobrepuja-se à apresentação de alegações finais escorreatas.

A evolução do direito processual penal, notadamente no que toca à matéria probatória, demonstra a agregação de diversos institutos e meios jurídicos que, com supedâneo na legislação pátria, amparam a propositura da ação penal pública.

Dentre os meios jurídicos de prova ofertados pela legislação ao legitimado para propor ação penal pública, encontra-se a medida cautelar de interceptação telefônica. Esse

meio de prova é produzido, sobremaneira, no bojo do inquérito policial e possui como escopo amearhar indícios de autoria e materialidade de uma conduta delituosa.

Com o desenvolvimento das organizações criminosas, a apuração das condutas dos agentes que as compõe tornou-se cada vez mais complexa. Em um cenário organizacional em que há uma comunicação latente por meio telefônico, por vezes há inquéritos policiais cujo resultado da interceptação telefônica reúne altaneira quantidade de horas gravadas e degravadas.

Em função de sua importância e com o objetivo de buscar a efetividade da medida, a interceptação telefônica só ganha publicidade, em relação àquele que está sendo interceptado, no momento da propositura da ação penal pública, por meio da denúncia. Tal fato, em regra, não representa o acesso imediato pelo advogado do réu às provas colhidas durante as investigações. O momento adequado para que o advogado do réu tenha acesso amplo aos autos ocorre antes da apresentação da defesa preliminar e durante a instrução processual, antes da apresentação das alegações finais.

Contudo, por vezes, o réu, cliente do causídico que irá analisar toda prova carreada aos autos do processo penal, está preso preventivamente para a garantia da instrução processual. Isso reverbera uma ação célere do advogado, uma vez que finda a instrução não mais subsistirá os fundamentos que amparam a prisão preventiva.

Tal circunstância repercute de forma considerável na potencialização do cerceamento de defesa do réu, porquanto a análise dos documentos cotejados nos autos do processo terá por razão a revogação imediata da prisão preventiva, o que poderá enveredar efeitos na apresentação de alegações finais defeituosas com a consequente condenação do acusado.

Inicia-se o primeiro capítulo demonstrando que muitas vezes não há um verdadeiro contraditório postergado na produção da prova obtida por meio da medida cautelar de interceptação telefônica quando o crime a ser investigado é de extrema complexidade.

Segue-se, o segundo capítulo, na verificação da possibilidade de sucessivas renovações de interceptação telefônica e seu efeito para a defesa do réu.

O terceiro capítulo tem por escopo a defesa do franqueamento amplo da prova produzida por meio da interceptação telefônica ao advogado do réu preso preventivamente a partir do oferecimento da denúncia e uma escoreta fundamentação da medida cautelar de prisão, apontando o magistrado o objetivo concreto que se pretende garantir na instrução.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo, porquanto o pesquisador pretende formular hipóteses a serem testadas com vistas a procurar evidências empíricas para rechaçá-las.

Dessarte, o objeto da pesquisa debruçar-se-á sobre uma abordagem qualitativa, uma vez que se busca explicar o porquê do objeto da pesquisa, apontando, com base nisso, o que convém a ser feito, preocupando-se na compreensão da dinâmica das relações processuais.

1. O CONTRADITÓRIO POSTERGADO NA PROVA CAUTELAR DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: ALTANEIRO NÚMERO DE LIGAÇÕES AMEALHADAS NO BOJO DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL

Os princípios no processo penal brasileiro possuem como escopo principal a orientação da aplicabilidade dos institutos jurídicos ao caso concreto. Ou seja, por meio dos postulados principiológicos, o operador do direito envereda a subsunção do fato à norma de acordo com os ditames pelas quais ela foi engendrada.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹, de forma escurteira, conceitua princípio:

princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...].

Dentro do sistema dos princípios que norteiam as normas processuais penais, encontram-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, cuja relevância é alçada a uma verdadeira garantia constitucional fundamental, consoante se depreende do artigo 5º, LV da CRFB/88².

Entretanto, embora elencados no mesmo dispositivo constitucional, esses não se confundem. O contraditório é princípio garantidor direcionado às partes na relação processual. Por meio dele as partes terão ciência de todos os atos processuais e o direito de infirmá-los em seu aspecto material e formal. Mais restrita, a ampla defesa visa à garantia ao réu de se defender, autonomamente ou por intermédio de um profissional habilitado que o represente, das acusações que a si lhes são imputadas.

¹MELLO apud NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 114.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jun 2017.

André Luiz Nicolitt³ assevera como definição e aponta como traços característicos do contraditório:

em outros termos, o contraditório é a organização dialética do processo através de tese e antítese legitimadoras da síntese, é a afirmação e negação. Ou seja, os atos processuais se desenvolvem de forma bilateral (bilateralidade dos atos processuais), possibilitando às partes manifestar-se sobre cada ato do processo. O autor apresenta razões, o réu contrarrazões, uma parte produz uma prova, a outra pode apresentar contraprova e assim sucessivamente.

O contraditório encontra sua base de aplicabilidade na instrução processual, momento que, em regra, é o adequado para sua observação, porquanto é nessa fase que se verifica a produção e a possibilidade de infirmação das provas que sustentam as alegações das partes na relação jurídico-processual. Contudo, conquanto seja esse o principal momento em que os fatos encontrarão sustentáculos concretos, há fases outras em que há a verificação do contraditório em momento posterior ao que a prova foi produzida.

Na tramitação do inquérito policial, instrumento pré-processual e principal meio investigativo no quadrante penal do Estado, é possível observar o momento da produção de prova dissonante com o momento de seu contraditório, uma vez que este somente se dará posteriormente, de forma diferida, no decorrer da instrução processual que, eventualmente, venha a ocorrer na fase processual.

No que toca à garantia do contraditório no inquérito policial e sua efetivação em momento posterior ao seu término, afirmou o Supremo Tribunal Federal⁴:

O inquérito não possui contraditório, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter a esse princípio, e a sua subtração acarreta nulidade. Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade. Ao investigado não é dado conhecer previamente - sequer de forma concomitante - os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade. Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório. Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado.

³Ibid., p. 128-129.

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. n. 2266. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 23 out. 2016.

Uma das medidas cautelares que guardam relação com a sistemática alhures encontra-se o afastamento do sigilo das comunicações telefônicas com autorização da autoridade judiciária. Nesse diapasão, é possível a mitigação da inviolabilidade plasmada no artigo 5º, XII da CRFB/88⁵, se atendidos os requisitos do artigo 2º da Lei n. 9.296/96⁶.

Hodiernamente, notadamente em função da evolução tecnológica em que a sociedade encontra-se, o meio de obtenção de prova por intermédio da interceptação telefônica tornou-se mais efetivo, porquanto a estruturação do exercício da sistemática delituosa, notadamente quando se está diante de complexas organizações criminosas, ganha contornos expressivos por meio da comunicação telefônica entre os indivíduos que compõe a malta.

Há inquéritos policiais, cuja investigação encontra arrimo notadamente em organizações criminosas, que tramitam por meses ou até anos. No arcabouço probatório produzido nesses inquéritos é possível verificar, em virtude de sucessivas renovações com base no artigo 5º da Lei n. 9.296/96⁷, considerável quantidade documental no que tange à efetivação da interceptação telefônica utilizada para sustentar o Ministério Público na propositura da ação penal pública.

Todos os elementos informativos amealhados durante a execução da interceptação telefônica são analisados pela autoridade policial. Após minuciosa análise, as ligações concluídas por relevantes por essa autoridade são gizadas em um relatório circunstanciado e, aquelas julgadas impertinentes ou irrelevantes ao objeto do que se está investigando são anexadas aos autos em uma mídia para posterior análise das partes processuais. Ou seja, somente as ligações que, de forma subjetiva, foram concluídas como relevantes para a investigação, ganharão contornos de realce no processo penal.

Nessa linha sistemática, o primeiro contato do advogado do réu, diante do oferecimento de denúncia com base, mormente, na medida cautelar de interceptação telefônica produzida no inquérito policial, se dará, em regra, com base nas ligações destacadas pela autoridade policial e pelo membro do Ministério Público como relevantes para apontar o indício de autoria e materialidade delitiva.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 03 jun 2017.

⁷ Ibidem.

Recebida a denúncia, na forma do artigo 396 do CPP⁸ o réu citado terá o prazo de dez dias para oferecer resposta à acusação. Em regra, é nessa primeira fase que o réu exercerá a garantia ao contraditório que lhe foi tutelada pela Constituição.

Nessa linha de inteligência, diante do cotejamento do prazo de dez dias oferecido ao réu para contraditar a prova produzida pelo Ministério Público durante meses ou anos no inquérito policial, sobressai-se a potencial desigualdade entre as partes processuais, circunstância violadora da ampla defesa constitucionalmente garantida ao réu no processo penal. A mesma celeuma quanto a essa discrepância encontra fundamento na instrução processual penal em que o réu, com supedâneo no artigo 400 do CPP⁹, terá o prazo exíguo de sessenta dias para realizar a análise de todos os documentos carreados aos autos.

2. A POSSIBILIDADE DE SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SEU EFEITO NA DEFESA DO RÉU.

Conforme já salientado, a Constituição Federal em seu artigo 5º, XII¹⁰ tutela o direito fundamental à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, porquanto corolário à intimidade do indivíduo em sociedade. Entretanto, conforme preceitua o mesmo dispositivo constitucional, essa inviolabilidade não é absoluta, comportando relativização advinda de lei infraconstitucional.

Com base na Lei n. 9.296/96, mais precisamente em seu artigo 5º¹¹, observa-se que o prazo de interceptação - 15 dias - poderá ser renovado por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Interpretando o aludido dispositivo, verifica-se divergência na doutrina quanto à quantidade de vezes que recai a renovação.

Segundo Renato Brasileiro de Lima¹², a renovação por mais de uma vez é hígida desde que não prescindível a indispensabilidade do meio de prova:

[...] o prazo da interceptação pode ser renovado indefinidamente, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova (posição majoritária) (...) A depender da extensão, intensidade e complexidade das condutas delitivas

⁸BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 03 jun 2017.

⁹Ibidem.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 6.

¹²LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. rev. atual e ampl. Bahia: Jus Podivum, 2014, p. 162.

investigadas, e desde que demonstrada a razoabilidade da medida, o prazo para a renovação da interceptação pode ser prorrogado indefinidamente enquanto persistir a necessidade da captação das comunicações telefônicas.

Leciona, em sentido contrário, André Luiz Nicolitt¹³, defendendo que a renovação poderá ocorrer somente uma única vez: "no caso em tela, a própria lei definiu claramente a questão não havendo que se especular sobre outro prazo senão o definido em tons claros no art. 5º da Lei, ou seja, 15 dias, prorrogáveis por mais 15 dias, num total de 30 dias de interceptação."

O entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁴ é no sentido da possibilidade de sucessivas renovações desde que seja devidamente fundamentada a decisão de concessão da medida.

no caso concreto, a interceptação telefônica foi autorizada pela autoridade judiciária, com observância das exigências de fundamentação previstas no artigo 5º da Lei nº 9.296/1996. Ocorre, porém, que o prazo determinado pela autoridade judicial foi superior ao estabelecido nesse dispositivo, a saber: 15 (quinze) dias. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁵ orienta-se na mesma esteira, desde que comprovada sua necessidade:

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que a interceptação telefônica não pode exceder 15 dias. Contudo, pode ser renovada por igual período, não havendo restrição legal ao número de vezes para tal renovação, se comprovada a sua necessidade.

O debate ganha relevo quando interpretada a relativização da inviolabilidade do sigilo telefônico de forma sistemática na Constituição Federal. O artigo 136, §1º, I, "c", §2º da CRFB/88¹⁶ que trata sobre o Estado de Defesa, plasma que a restrição quanto ao sigilo das comunicações telefônicas nesse período não poderá ultrapassar o prazo de 60 (sessenta) dias. Ou seja, durante o estado de exceção o constituinte apontou um limite temporal taxativo para

¹³NICOLITT, op. cit. p. 827.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 88371/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402434>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 47954/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=47954&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

o afastamento das inviolabilidades ali encartadas, o que se demonstra conflitante, axiologicamente, uma lei infraconstitucional como a Lei n. 9.296/96¹⁷, afastar a mesma inviolabilidade, durante tempos de normalidade, por mais de 60 (sessenta) dias.

Mesmo diante da jurisprudência consolidada, destoando do que preconiza o atual artigo 926, do CPC¹⁸, cuja orientação é no sentido de uma uniformização da jurisprudência estável, íntegra e coerente, com base na razoabilidade de uma interceptação telefônica que ultrapassou o elastério temporal de 02 (dois) anos, o Superior Tribunal de Justiça¹⁹ entendeu a prova como inválida:

se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

Em função desse entendimento, o Ministério Público Federal interpôs Recurso Extraordinário²⁰, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, circunstância que alçou a matéria à solução pelo plenário do pretório excelso.

PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º; 93, INCISO IX; E 136, § 2º DA CF. ARTIGO 5º DA LEI N. 9.296/96. DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DE SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DA MEDIDA. ALEGAÇÃO DE COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RELEVÂNCIA SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA DA MATÉRIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Destaque-se que uma grande quantidade de ligação proveniente da interceptação telefônica com sucessivas renovações poderia inviabilizar o direito de defesa. Entretanto, não se pode deixar de lado a natureza jurídica instrumental do instituto. A interceptação não se

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 03 jun 2017

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 76686/PR. Relator: Ministro Nilson Naves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=76686&b=ACOR&p=true&l=10&i=13>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 625263 RG/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28625263%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/zkfd82f>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

configura um fim em si mesmo, mas um meio para a obtenção da prova no processo penal proveniente de uma conduta delitativa.

Dessa forma, embora ainda não se tenha encontrado perenidade na doutrina quanto às sucessivas renovações, não se pode analisar a questão de forma monocular e somente em seu aspecto teórico. É necessário balizar a discussão diante da realidade em que recai o meio de prova. Ou seja, com arrimo no princípio da proporcionalidade e razoabilidade, em função da complexidade e extensão da conduta criminosa que recai a interceptação, verifica-se possível a renovação da medida por mais de uma vez.

3. A POTENCIALIZAÇÃO DO CERCEAMENTO DE DEFESA DIANTE DA NECESSIDADE DA ANÁLISE DOS ÁUDIOS CAPTADOS NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A operacionalização, em regra, pela polícia judiciária durante a tramitação do inquérito policial, cuja medida cautelar de interceptação telefônica tenha sido deferida pelo Poder Judiciário em função da representação pelo Delegado de Polícia, tem o condão de amearhar todas as ligações efetuadas e recebidas pelo investigado.

Com base nas informações colhidas durante o ciclo de interceptação de 15 dias, havendo elementos indiciários relevantes que arrimem a continuidade da produção da prova, a autoridade policial, fundamentadamente, representará pela prorrogação da medida, por mais 15 dias e assim sucessivamente.

A materialização da interceptação telefônica no Estado do Rio de Janeiro é realizada de forma exclusiva pelo programa denominado "Sistema Guardiã", conforme artigo 1º da Resolução Conjunta PMERJ/PCERJ/SESEG/MP/TJ nº 01 de 06 de maio de 2014²¹, a saber:

Art. 1º- As medidas cautelares de caráter sigiloso em matéria criminal, cujo objeto seja a interceptação de comunicações telefônicas deferidas judicialmente à Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro - PCERJ, à Corregedoria Geral Unificada - CGU, à Delegacia Repressão às Ações Criminosas Organizadas e de Inquéritos Especiais - DRACO/IE e a Polícia Militar do Rio de Janeiro, no âmbito de suas atribuições legais, serão realizadas, exclusivamente, através dos equipamentos do denominado "Sistema Guardiã" da Subsecretaria de Inteligência da Secretaria de Estado de Segurança do Estado do Rio de Janeiro/SESEG.

²¹BRASIL. Resolução Conjunta PMERJ/PCERJ/SESEG/MP/TJ n. 01 de 06 de maio de 2014. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro nº 085, Rio de Janeiro, RJ, 14 de maio de 2014, p. 08.

Com vista à inserção de dados relevantes para a investigação policial, há um desencadeamento de atos organizados pela autoridade policial responsável pela análise da interceptação telefônica.

Nessa linha de intelecção, por intermédio do Sistema Guardião a autoridade policial designa um agente de polícia para realizar a audição de toda a interceptação. Esse agente, diante do material captado pelo sistema, confecciona um relatório das ligações gizadas como relevantes para serem destacadas.

A imprescindibilidade da padronização da execução da medida cautelar de interceptação telefônica é reconhecida e figura como motivação da aludida Resolução Conjunta²². Nessa esteira:

O COMANDANTE GERAL DA POLÍCIA MILITAR, O CHEFE DE POLÍCIA CIVIL, O SECRETÁRIO DE ESTADO DE SEGURANÇA, O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA E A PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais, CONSIDERANDO:- a imperatividade em padronizar a execução das medidas que envolvam a quebra de sigilo de comunicações telefônicas e demais dados pertinentes às atividades persecutórias, na forma da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, [...]

Cumprido salientar que o Delegado de Polícia, conquanto designe agente para executar a escuta, tem acesso a todos os dados obtidos pelo programa durante o lapso temporal deferido pelo juízo, uma vez que possui atribuição para valorar, cotejando com o objeto da investigação, a relevância de todas as ligações realizadas pelo investigado.

Relevante apontar que, embora sejam destacadas para o relatório as ligações julgadas como relevantes para o objeto da investigação, todas as ligações efetuadas pelo investigado compõem o procedimento investigativo, ainda que não tenham sido analisadas como digna de registro a dar suporte à infração penal investigada.

Observa-se, portanto, a importância que há nas ligações julgadas relevantes pela autoridade policial. Ou seja, ainda que todo o material obtido pelo Sistema Guardião seja carregado aos autos do inquérito policial, somente aqueles que sustentam o objeto da investigação são colacionados ao relatório da autoridade policial.

Esse procedimento, quando se está diante de inquérito policial cuja investigação seja complexa, com sucessivas prorrogações de interceptação telefônica, reverbera na potencialização do cerceamento de defesa, pois inviabiliza a análise de todo o material

²²BRASIL, op. cit., nota 21.

recolhido durante a diligencia, conferindo-se mais atenção àqueles epigrafados pela autoridade policial.

Nesse sentido, André Luiz Nicolitt²³:

a colheita demasiada de conversa pode inviabilizar o direito de defesa, pois se torna inviável ao juiz e às partes escutar e valorar centenas de horas de gravação, bem como a realização da degravação. Por tal razão às vezes o que se têm nos autos são apenas fragmentos das escutas selecionadas exclusivamente pela polícia e às vezes pelo Ministério Público, o que põe em causa não só a ampla defesa, como também o contraditório, com a conseqüente nulidade da prova.

A tese ganha vulto diante do fato de ser despicienda a transcrição literal de todos os áudios captados pelo Sistema Guardião, mas somente aqueles que deram suporte para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Nesse sentido é o Superior Tribunal de Justiça²⁴:

[...] 1. As mídias das interceptações telefônicas foram disponibilizadas, na íntegra, à Defesa, razão pela qual não há falar em nulidade, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado. 2. A cópia das transcrições parciais das interceptações telefônicas constantes dos relatórios da autoridade policial foram disponibilizadas à Defesa desde o oferecimento da exordial acusatória. 3. É pacífico o entendimento nos tribunais superiores no sentido de que é prescindível a transcrição integral do conteúdo da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, somente sendo necessária, a fim de se assegurar o exercício da garantia constitucional da ampla defesa, a transcrição dos excertos das escutas que serviram de substrato para o oferecimento da denúncia. [...]

Na mesma esteira, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal²⁵:

[...] I - Este Tribunal tem decidido no sentido de que o indeferimento de diligência probatória, tida por desnecessária pelo juízo a quo, não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. II - No julgamento do HC 91.207-MC/RJ, Rel. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, esta Corte assentou ser desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas, sendo bastante que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida. [...]

Com o objetivo de diminuir os efeitos inquisitoriais do inquérito policial, o Supremo Tribunal Federal no enunciado 14 de súmula vinculante afirmou que é direito do defensor, no

²³NICOLITT, op. cit., p. 828.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 27997/SP. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <HTTP://WWW.stj.jus.br/SCON/jurisprudência/docjsp?livre=27997=ACOR&p=true&i=4> Acesso em: 14 abr. 2017.

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 685878 AgR/RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=685878&classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 15 abr. 2017.

interesse do representado, ter acesso aos elementos de prova já documentados e que digam respeito ao direito de defesa.

Observa-se, entretanto, que o acesso não é pleno. Somente aqueles já documentados serão franqueados vista à defesa, excluindo-se, nessa toada, as diligências ainda em andamento, o que inclui as interceptações ainda não exauridas, tutelando, assim a eficiência do meio de prova.

Na linha de inteligência do Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo alargou as hipóteses de tutela do amplo acesso aos autos do procedimento investigativo, por meio da Lei n. 13.245/16 que modificou o artigo 7º da Lei n. 8.906/94²⁶.

O artigo 7º, XIV e XXI, da Lei n. 8.906/94²⁷ plasma que são direitos do advogado examinar autos de flagrante e de investigação de qualquer natureza, bem como preconiza que o causídico tem o direito de assistir seu cliente investigado durante a apuração de infrações. O efeito da inobservância desses regramentos é a nulidade absoluta de eventual interrogatório e depoimento, bem como os elementos investigatórios deles decorrentes ou derivados, tal como, por exemplo, a interceptação telefônica oriunda desse elemento de prova.

Ademais, acresça-se o fato do aludido dispositivo franquear ao advogado o direito de, no curso de uma investigação, apresentar razões e quesitos ao Delegado de Polícia.

Entretanto, o direito tutelado ao advogado não é absoluto. O §11 do artigo 7º, do aludido diploma²⁸, esclarece que a autoridade presidente do inquérito poderá delimitar o acesso do causídico aos elementos de prova relacionados às diligências em andamento e ainda não documentadas nos autos, na linha do enunciado 14 de súmula vinculante.

Arrematando a tutela do direito de defesa do investigado, o §12 do mesmo dispositivo garante a responsabilização do Delegado de Polícia nos casos em que o fornecimento dos autos é negado ou realizado de maneira incompleta com peças, ilegalmente, omitidas.

Observa-se, por oportuno, que a tutela referenciada preteritamente guarda relação com a defesa do investigado e não com o contraditório da prova produzida, porquanto, conforme já ressaltado, será feita de forma postergada na instrução do processo penal que eventualmente se iniciará.

A discussão ganha contornos mais sólidos quando se está diante de um amalgama complexo de ligações promanadas pela interceptação telefônica e o réu encontra-se preso

²⁶BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 03 jun 2017.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

preventivamente para a conveniência da instrução processual penal, com base no artigo 312 do CPP²⁹.

O advogado, nesse caso, ao receber os autos para análise das provas colacionadas, buscará compulsá-los, com vistas a infirmá-las o mais rápido possível, uma vez que, finda a instrução, não haverá mais o fundamento de sustentação para a prisão preventiva. Essa conduta, por certo, notadamente no que toca à prova oriunda da interceptação telefônica, aumenta o risco de uma defesa deficiente.

Embora a celeridade da análise da prova enseje uma rápida revogação da preventiva, conforme os fundamentos ressaltados, há o descortinamento de outro aspecto, qual seja, essa análise célere pode consubstanciar em uma alegação final defeituosa.

O advogado, aparentemente, enfrenta um dilema na solução da celeuma. Ou busca a rapidez na análise das provas e se atém, sobretudo, aos relatórios que a autoridade policial enalteceu como relevantes para a investigação, ou realiza a audição de cada diálogo envolvendo o investigado com vistas a, por exemplo, demonstrar que a conclusão da autoridade policial, em outro contexto interpretativo da ligação, não apresenta indício do cometimento de infração penal.

Essa circunstância pode ser amenizada no momento em que se decide sobre a decretação da prisão preventiva. O magistrado, ao analisar a representação pela medida cautelar com fundamento na conveniência da instrução, deverá apontar, de forma precisa, qual prova está sob o risco da ingerência do réu.

Logo, se as provas oriundas da interceptação não correrem o risco de perda por interferência ilícita do réu, mais coerente seria a estratificação da instrução. Ou seja, em uma primeira audiência de instrução seriam postas ao contraditório as provas que sustentam o decreto prisional e, em um segundo momento, analisar-se-iam as provas provenientes da interceptação telefônica. Da mesma forma, se o arrimo para a prisão é a proteção das provas oriundas da interceptação, primeiro se faria a instrução desta, e, posteriormente, a instrução das outras.

Dessa forma, o advogado poderia analisar toda a prova produzida pela interceptação telefônica com o réu solto. Assim, garantiria uma verificação pormenorizada dos diálogos realizados por seu cliente e haveria paridade com o Ministério Público, uma vez que este, desde o início da operacionalização da interceptação, teve acesso a todos os diálogos do réu e aos relatórios produzidos pela autoridade policial.

²⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento tecnológico reverberou em uma adequação natural da evolução da convivência humana. Por meio de algumas ferramentas provenientes dessa evolução, a sociedade encontrou um meio mais eficaz e célere de comunicação.

Por outro lado, em função da facilidade na comunicação, organizações criminosas encontraram um meio mais seguro e efetivo de encaminhar os comandos entre seus componentes: ligações telefônicas.

Acompanhando essa evolução e em função dos efeitos que ela produz, o direito processual penal promanou diversos institutos e meios jurídicos para a produção probatória que ampararão a propositura da ação penal. Dentre esses meios jurídicos destaca-se a medida cautelar de interceptação telefônica.

Em uma realidade em que há uma comunicação intensa por meio telefônico e em função da possibilidade de sucessivas renovações amparadas pelo entendimento dos tribunais superiores, há inquéritos policiais que amealham uma grande quantidade de horas de ligações gravadas e degavadas que são juntadas posteriormente, com o oferecimento da denúncia, aos autos do processo.

Conquanto produzida durante a investigação policial, a análise de toda essa prova, em função do que preconiza o contraditório diferido ou postergado, será realizada durante a instrução processual.

Há cenários em que, somado a isso, o réu encontra-se preso preventivamente para a garantia da instrução. Tal fato reverbera em uma rápida ação do advogado, pois finda a instrução não mais subsistirá os fundamentos que amparam a decretação da prisão preventiva.

Tal circunstância irradia efeitos de forma considerável na potencialização do cerceamento de defesa, uma vez que a análise dos documentos cotejados nos autos do processo terá por razão imediata a revogação da prisão preventiva, o que enveredará na apresentação de alegações finais muitas vezes defeituosas, com a consequente condenação do acusado.

Com base nisso, imprescindível se verifica a hígida observância da proporcionalidade no que toca ao deferimento das renovações das interceptações telefônicas, o franqueamento amplo da prova produzida ao advogado do réu a partir do oferecimento da denúncia e uma escoreita fundamentação da medida cautelar de prisão, apontando o magistrado o objetivo concreto e a individualização da prova que se pretende garantir na instrução por meio da prisão.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2017.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em 05 de mar. 2017.

_____. Resolução Conjunta PMERJ/PCERJ/SESEG/MP/TJ n. 01, de 06 de maio de 2014. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, RJ, 14 mai. 2014, p. 8.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Bahia: Jus Podivm, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.