

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

WILSON CANCI JÚNIOR

**SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E HIPÓTESES
LEGAIS DE RELATIVIZAÇÃO**

MARÍLIA
2013

WILSON CANCI JÚNIOR

**SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E HIPÓTESES
LEGAIS DE RELATIVIZAÇÃO**

Dissertação apresentada à Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado, tendo como linha de pesquisa “Construção do Saber Jurídico”).

Orientador:
Prof. Dr. JAIRO JOSÉ GÊNOVA

MARÍLIA
2013

WILSON CANCI JÚNIOR

SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E HIPÓTESES LEGAIS
DE RELATIVIZAÇÃO

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Teoria Geral do Direito e do Estado do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do título de mestre.

Resultado:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Jairo José Gênova

1º EXAMINADOR: _____

Prof.Dr.

2º EXAMINADOR: _____

Prof. Dr.

Marília, ____ de _____ de 2013.

Dedico este trabalho:

A Deus, minha fonte de luz.

À minha querida mãe Maria Rosa, que está do outro lado do caminho, criatura especial, que mesmo sofrendo sorria; mãe exemplar, esposa dedicada, cuidadora do lar com grande esmero; fiel às suas convicções, pouco transigia; sua força mental era inabalável; sempre solidária com os parentes e amigos; enfim, a pessoa que incansavelmente estimulou meus estudos e enriqueceu a minha vida.

Ao meu estimado pai Wilson, companheiro permanente, exemplo de honradez, coragem e bondade.

Á minha irmã Cristiane pelo incentivo e carinho.

AGRADECIMENTOS

Manifestar minha gratidão àqueles que contribuíram para a realização do presente trabalho é tarefa muito agradável. Durante dois anos tive a oportunidade de conviver com pessoas que despertam em mim lembranças especiais e saudosas.

O Professor, Dr. Jairo José Gênova, meu mestre orientador, concedeu-me a oportunidade de aprender com seus ensinamentos. Tenho-o como exemplo de mestre, de promotor de justiça e de pessoa humana.

Durante as aulas, meu aprendizado também foi fruto das preciosas lições dos meus mestres, que muito contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

Em atividades de pesquisa fui auxiliado pelos funcionários da biblioteca do Centro Universitário Eurípides de Marília e da biblioteca São Leopoldo da Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente, sempre solícitos e amáveis.

A Procuradoria do Ministério Público do Mato Grosso do Sul, pelo apoio durante a realização do curso.

Minha tia Diva, pedagoga, sua orientação didática foi indispensável na elaboração do presente trabalho, principalmente, quanto à maneira de redigir.

Os meus companheiros de classe que tornaram nossa convivência produtiva e agradável.

A todos vocês, obrigado!

Bataguassu, 20 de maio de 2013.

Eu vi:

A dignidade da pessoa humana: respeitada em cada canto do mundo!

Homens, mulheres, crianças, idosos: todos iguais perante a lei!

Os direitos à vida, à liberdade, à honra, à saúde: adquiridos!

A intimidade, o segredo, o sigilo: inviolados!

As matas, as águas, as alturas: preservadas!

Hum... acordei!

Que pena...

Harrison de Figueiredo

CANCI JUNIOR, Wilson. **Sigilo das comunicações telefônicas e hipóteses legais de relativização**, 2013. 185 f. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Teoria Geral do Direito e do Estado – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

RESUMO

Sigilo das comunicações telefônicas e hipóteses legais de relativização, estudo que teve por metodologia busca bibliográfica e linha de pesquisa a construção do saber jurídico, tem como propósito central relevar as considerações doutrinárias e da jurisprudência que se amoldam ao sistema processual penal brasileiro, no contexto da ordem constitucional instaurada em 1988. O sigilo das comunicações é garantido na Constituição brasileira, de 05.10.1988, no elenco dos direitos fundamentais, artigo 5º, XII. Trata-se de um princípio que tutela outros direitos e garantias: liberdade de manifestação do pensamento, direito à intimidade e à vida privada, inviolabilidade do domicílio e direito à não autoincriminação. No mesmo dispositivo, parte final, sofre restrição para fins de investigação criminal e instrução processual penal, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. A lei ordinária que disciplina a matéria é a Lei 9296/96, chamada Lei de Interceptação Telefônica. A interceptação de comunicação telefônica é meio de investigação de prova, que limita direitos e garantias fundamentais, principalmente a intimidade, visando a descoberta de fontes de prova para a persecução penal. A matéria envolve direitos e garantias fundamentais, investigação criminal, princípios constitucionais, instrução processual penal, provas, entre outros. A dissertação discorre sobre direitos e garantias fundamentais, fundamento da dignidade humana, princípios constitucionais, nos do processo penal, no da proporcionalidade; também, trata da investigação e instrução criminal e provas no processo penal; e, por fim, cuida da interceptação telefônica com destaque nos aspectos polêmicos e na validade das provas, em especial às fontes de prova colhidas em desatenção aos preceitos legais. Este meio de investigação de prova muito tem contribuído com a repressão do crime organizado e os de colarinho-branco, apesar de serem necessárias algumas modificações para se ajustar melhor em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-Chave: Sigilo das Comunicações. Investigação Criminal. Provas. Interceptação Telefônica.

CANCI JUNIOR, Wilson. **Confidentiality of telephone communications and legal hypotheses of relativity, 2013.** 185 f. Dissertation submitted to the Master's Degree Course in General Theory of Law and State - University Center Euripides Marilia, Educational Foundation "Euripides Soares da Rocha," Marilia, 2013.

ABSTRACT

Confidentiality of telephone communications and legal hypotheses of relativity, study methodology was to search online bibliographic research and the construction of legal knowledge, aims to reveal the central doctrinal considerations and case law that adjust the Brazilian criminal procedure in the context of the order constitutional established in 1988. Confidentiality of communications is guaranteed by the Brazilian Constitution of 10.05.1988, the list of fundamental rights, Article 5, XII. It is a principle that protects other rights and guarantees: freedom of expression of thought, the right to privacy and private life, inviolability of the home and the right to not self-incrimination. The same device, the final part, suffers restriction for purposes of criminal investigation and proceedings in criminal cases, court order, in cases and in the manner provided by law. The law that governs ordinary matter is the Law 9296/96, called the Law Intercept Phone. The interception of telephone communication is through research evidence, limiting fundamental rights and guarantees, especially intimacy, aiming at the discovery of sources of evidence for the prosecution. The matter involves fundamental rights and guarantees, criminal, constitutional principles, procedural instruction criminal evidence, among others. The dissertation discusses fundamental rights and guarantees, the foundation of human dignity, constitutional principles, in the criminal proceedings, the proportionality; also deals with the investigation and prosecution and evidence in criminal proceedings, and, finally, takes care of telephone interception Featured in controversial aspects and validity of the evidence, in particular the sources of evidence collected in contravention to the legal. This means research evidence has greatly contributed to the suppression of organized crime and white-collar, despite the need for some modification to fit better in our legal system.

Keywords: Confidentiality of Communications. Criminal Investigation. Evidence. Telephone Interception.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGRG	Agravo Regimental
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CPC	Código de Processo Civil
ed.	edição
HC	Habeas Corpus
JEC	Juizado Especial Criminal
j.	Julgamento
LEP	Lei de Execução Penal
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
Min.	Ministro (a)
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
m.v.	votação por maioria
Ob. cit	Obra citada
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
PLS	Projeto de Lei do Senado
RE	Recurso Extraordinário
Rel	Relator
REsp	Recurso Especial
RF	Revista Forense
RT	Regista dos Tribunais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TACRIM	Tribunal de Alçada Criminal
T.	Turma
TJ/GO	Tribunal de Justiça de Goiás
TJ/MG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJ/PR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJ/RJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJ/SP	Tribunal de Justiça de São Paulo
v.u.	votação unânime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	14
1.1 Direitos e Garantias Fundamentais	14
1.1.1 Aspectos gerais	15
1.1.2 Direitos fundamentais nas constituições brasileiras	18
1.1.3 Restrições	20
1.1.4 Confronto entre liberdade e segurança coletiva	27
1.1.5 Direito à intimidade	29
1.2 Fundamento da Dignidade da Pessoa Humana	35
1.2.1 Aspectos gerais	35
1.2.2 Dignidade da pessoa humana na legislação estrangeira	37
1.2.3 Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988	38
1.2.4 Dignidade da pessoa humana e processo penal	41
1.3 Princípios Constitucionais	42
1.3.1 Aspectos gerais	42
1.3.2 Princípio da proporcionalidade	48
1.3.3 Princípios constitucionais do processo penal: devido processo legal, presunção da inocência, ampla defesa, contraditório e vedação das provas ilícitas	53
CAPÍTULO 2 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E MEIOS DE INVESTIGAÇÃO DE PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: ASPECTOS GERAIS	66
2.1 Investigação na Persecução Penal	66
2.1.1 Atribuição e finalidade	66
2.1.2 O Ministério Público e os poderes para investigar infração penal	71
2.2 Meios de Provas no Direito Processual Penal	76
2.2.1 Considerações gerais	76
2.2.2 Previsão normativa das provas	78
2.2.3 O direito à prova	83
2.2.4 Significado do termo e do objeto da prova	84
2.2.5 Classificação do termo prova	87
2.2.6 Meios de investigação de prova	96
CAPÍTULO 3 - TUTELA CONSTITUCIONAL DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL	108
3.1 Tutela Constitucional das Comunicações Telefônicas	108
3.1.1. Abrangência das comunicações	108
3.1.2 Fundamentos implícitos da proteção da comunicação telefônica: liberdade de manifestação de pensamento, direito à intimidade e direito a não autoincriminação	109
3.1.3 Proteção expressa ao sigilo das comunicações telefônicas	115
3.1.4 Restrição do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.	118
3.2 Interceptação de Comunicações Telefônicas na Lei n. 9.296/96	120
3.2.1 Delimitação do objeto da Lei n. 9.296/96	122
3.2.2 Finalidade da interceptação	133
3.2.3 Fontes de prova coletadas através de interceptação telefônica	139

3.2.4 A admissibilidade da prova ilícita na interceptação telefônica	146
3.2.5 Validade da fonte de prova colhida com excesso de prazo	149
3.2.6 Da (i)legitimidade para requerer e conduzir interceptação telefônica	150
CONCLUSÕES	157
REFERÊNCIAS	160
ANEXO	174

INTRODUÇÃO

Sigilo das comunicações telefônicas e hipóteses legais de relativização, estudo que teve por metodologia busca bibliográfica e linha de pesquisa a construção do saber jurídico, tem como propósito central relevar as considerações doutrinárias e da jurisprudência que se amoldam ao sistema processual penal brasileiro, no contexto da ordem constitucional instaurada em 1988.

Não é fácil produzir algo de novo quando se têm múltiplas obras sobre a matéria circulando no mercado. Daí o interesse numa abordagem diferenciada que partisse do mais geral para o específico, ressaltando pontos menos explorados, debatendo-se contra opiniões controversas, mas sempre perseguindo o núcleo do tema e interligando os assuntos tratados.

Por tudo isso, com sede no direito constitucional, a exposição faz uma abordagem sobre os direitos e garantias fundamentais e o fundamento da dignidade da pessoa humana.

No contexto dos direitos e garantias, a intimidade tem destaque especial, como também, os princípios do direito processual penal inseridos na Constituição, que melhor se ajustam ao tema e que giram em torno da dignidade da pessoa humana, donde sobressai o contraditório, que se constitui em condição de eficácia das provas, imprescindível ao nosso processo penal acusatório.

O discurso sobre as provas na investigação criminal e instrução probatória torna-se imprescindível para uma melhor compreensão das restrições dos direitos e garantias constitucionais e uma sadia análise dos meios de investigação de fonte de prova.

A tutela constitucional das comunicações telefônicas, sob as perspectivas de liberdade de comunicação telefônica e de inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, é fundamentada nos referidos direitos e garantias, em especial na liberdade de manifestação do pensamento, no direito à intimidade e no direito a não autoincriminação.

A exposição é iniciada por um capítulo introdutório, no qual são abordados dados gerais sobre os direitos e garantias fundamentais com destaque ao direito à intimidade; o princípio da proporcionalidade, o fundamento da dignidade da pessoa humana e aspectos gerais dos princípios constitucionais e os do processo penal.

No segundo capítulo, por primeiro, são mencionados alguns aspectos da investigação criminal; em segundo lugar, são vistos aspectos gerais da prova no processo penal, com análise comparativa dos textos legais, inclusive os do Projeto de Lei n. 156; após, são sistematizados os aspectos gerais dos meios de investigação de prova, com sede na

investigação criminal e instrução processual penal. Nesse contexto, são explicados os diversos significados do termo prova e suas classificações; é abordada a eficiência probatória dos referidos meios e a garantia da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

No terceiro e derradeiro capítulo tratamos da tutela constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e da interceptação de comunicação telefônica, partindo da ordem constitucional para depois focar a lei específica n. 9296/96, fixando o conceito, abrangência, espécies, apontando questões controvertidas, analisando a validade das provas colhidas via este meio de investigação de fonte de prova. Tudo é feito sob a direção da temática do assunto voltada para os aspectos probatórios, os quais mereceram maior relevo.

CAPÍTULO 1 – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1 Direitos e Garantias Fundamentais

Os direitos do homem, produto da união de incontáveis forças e idéias ao longo da história, atingiram a categoria de constitucionais pela necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do Estado e pela necessidade de consagrar os princípios de direito a todos os membros da coletividade, principalmente da igualdade e legalidade.

A idéia de constitucionalismo, que surgiu depois da noção de direitos fundamentais, consagrou a necessidade da formulação de um documento escrito que constasse um elenco de direitos do homem extraídos da vontade popular.

Contam os historiadores que a origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois aspectos importantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, pela previsão de direitos e garantias fundamentais. Mas, adverte Jorge Miranda (1990, p. 138, t. 1) que o Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano, integram-no, em nível de princípios e valores a Declaração da Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados, sem esquecer as *Fundamental Orders of Connecticut* de 1639.

O Direito Constitucional é definido como “a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder” (MIRANDA, 1990, p. 13-14).

A Constituição é o produto do mais alto grau do Direito Constitucional que garante a ordem jurídica existente e programa a futura (CANOTILHO, 1994, p. 151).

Assim, os direitos e garantias fundamentais são previsões essenciais e necessárias à Constituição. São eles que garantem a limitação de poder, que consagram o respeito à dignidade humana, que sustentam a democracia e o Estado de Direito.

Com efeito, um estudo sobre restrições ao sigilo das comunicações telefônicas somente pode ser feito a partir do texto constitucional que positiva os direitos e garantias fundamentais, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e que estabelece as bases da legislação nacional.

Partimos de alguns aspectos da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, com enfoque maior em suas restrições, para, depois, destacar alguns direitos e garantias em espécie.

1.1.1 Aspectos gerais

Há várias expressões para denominar esses direitos, como: liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos humanos, direitos constitucionais, direitos da pessoa humana. O Título II da Constituição Federal utiliza o termo “direitos fundamentais”. No entanto, este termo não é o único existente no direito constitucional a designar tais direitos.

Na Constituição Federal vigente, além do referido Título II “direitos e garantias constitucionais” que se repete no § 1º do art. 5º, são encontrados os seguintes termos: “direitos sociais e individuais”, no Preâmbulo; “direitos e deveres individuais e coletivos”, no Capítulo I do Título II; “direitos humanos”, no art. 4º, II; art. 5º, § 3º; art. 7º do ADCT; “direitos e liberdades fundamentais”, no art. 5º, XLI; “direitos e liberdades constitucionais”, art. 5º, LXXI; “direitos civis”, no art. 12, § 4º, II, *b*; “direitos fundamentais da pessoa humana”, no art. 17, *caput*; “direitos da pessoa humana”, no art. 34, VII, *b*; “direitos e garantias individuais”, no art. 60, § 4º, IV; “direitos”, no art. 136, § 1º, I; “direito público subjetivo”, no art. 208, §1º.

Contudo, vamos utilizar a expressão “direitos fundamentais”.

A doutrina define os direitos fundamentais de forma variada, segundo enfoques diversos. Vamos nos ater a dois.

Aproveitando a definição de Dimoulis e Martins (2008, p. 54), temos: “Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

Esta definição permite reconhecer os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa vs. Estado); a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual); e sua posição no sistema jurídico (supremacia constitucional). Todavia, tal entendimento se refere, tão-só, ao aspecto subjetivo dos direitos fundamentais, desprezando a perspectiva objetiva. No entanto, não pode ser alijada vez que representa o pensamento da doutrina anterior à contemporânea.

Inicialmente, os direitos fundamentais eram definidos a partir de uma concepção subjetiva, cuidando do indivíduo e não se importando com o social, ou melhor, com a comunidade como um todo.

A doutrina constitucional contemporânea, a partir da teoria formulada por Smend, fez a descoberta acerca de outra perspectiva dos direitos fundamentais, a perspectiva objetiva, na qual a principal função da Constituição é promover a integração da comunidade, mediante

a consagração e tutela dos valores compartilhados socialmente por seus membros (SARMENTO, 2004, p. 140-141).

O Min. Gilmar Mendes (2004, p. 02) entende que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, pois, como direitos subjetivos, tais direitos fundamentais, outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na qualidade de elemento da ordem objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.

Têm razão os que emprestam caráter subjetivo e objetivo aos direitos fundamentais, pois estes não podem ser considerados apenas pela perspectiva dos indivíduos, mas também do ponto de vista da comunidade como um todo. Assim, os direitos fundamentais são direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público (garantias negativas), e, também, são valores diretivos da ação positiva dos Poderes Públicos (garantias positivas).

Tendo em vista o uso indiscriminado das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, cabe estabelecer distinção entre ambas. Os direitos humanos são aqueles reconhecidos internacionalmente, portanto, seu âmbito coincide com a da comunidade mundial. Os direitos fundamentais são aqueles institucionalizados, reconhecidos e garantidos no contexto de um determinado país. Neste sentido, é a lição de Lopes (2001, p. 41):

Direitos humanos são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, ao contrário, são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporariamente.

Outra diferenciação se impõe: entre direitos e garantias. A nossa Constituição vigente, no Título II, assegura, além dos direitos fundamentais, as garantias fundamentais. Portanto, deixa claro que são elementos diferentes, embora bastante próximos.

Sobre direitos e garantias, escreve Gomes Canotilho (1991, p. 532):

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a esta finalidade (v.g., direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito *de habeas corpus*, princípio *non bis idem*).

Por certo, os direitos representam por si só certos bens (direito à liberdade, direito à

intimidade), as garantias asseguram a efetivação desses bens (*habeas corpus* para garantir a liberdade, inviolabilidade das comunicações telefônicas para garantir a intimidade). Então, as garantias fundamentais correspondem às disposições constitucionais que não enunciam direitos, mas fazem valer esses direitos.

São reconhecidas duas categorias de garantias: preventivas e repressivas. Pertencem às preventivas (garantias da Constituição) os princípios de organização e fiscalização das autoridades estatais que objetivam limitar o poder estatal e concretizam o princípio da separação dos poderes. Já, as garantias repressivas (remédios constitucionais) visam impedir violações de direitos ou sanar lesões decorrentes de tais violações (mandado de segurança, ação popular).

Os direitos fundamentais se destinam aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, nos limites de seu território. É o que se vê no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Esse alcance decorre do princípio da universalidade que engloba todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica.

As normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais têm natureza constitucional, porque inseridas no texto da Lei Maior, cuja aplicabilidade, entre nós, é imediata, por força do disposto na art. 5º, § 1º da CF.

À luz dos ensinamentos de José Afonso da Silva (1982, p.79 e 89), que classifica as normas constitucionais em relação à eficácia em: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, as normas que disciplinam os direitos fundamentais têm eficácia plena ou eficácia contida. As de eficácia plena são aquelas que produzem seus efeitos de imediato, independentemente de qualquer regulamentação ou concretização, por exemplo: direito a liberdade, onde não há necessidade da atuação do legislador ordinário para sua plena operatividade. As de eficácia contida são aquelas que sofrem restrição por reserva expressa de lei, ilustrando: inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, inciso XII do art. 5º da CF, onde o constituinte autoriza o legislador estabelecer e regulamentar hipóteses de restrição.

Os direitos fundamentais têm como finalidade básica a proteção à dignidade humana que constitui um fundamento da nossa Constituição, e, por consequência, é o sustentáculo do Estado Democrático de Direito. Vale lembrar a máxima citada por Afonso Arinos de Mello Franco (1958, p.188, v. I), trinta anos anterior à nossa Constituição Federal/88: “Sem respeito à pessoa humana não há justiça e sem justiça não há Direito”.

Os direitos e garantias individuais não poderão ser objeto de emenda constitucional, pois fazem parte do núcleo inatingível da Constituição Federal, denominado tradicionalmente

de “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, IV). Aliás, a inclusão dos direitos e garantias individuais nesta exclusão é uma das novidades da Carta de 1988 em vigor.

Os direitos fundamentais têm várias características que demonstram a exata medida da respectiva função. Não há divergência na doutrina quanto à existência delas, mas, tão-somente, quanto à quantidade ou à denominação das particularidades dos referidos direitos. Alexandre de Moraes (2002, p. 41) elenca as seguintes: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Júnior (2003, p. 79-83) apud Renato Bernardi (2005, p. 32) arrolam algumas delas: historicidade, universalidade; limitabilidade; concorrência e irrenunciabilidade.

Entre elas, merecem maior relevo a irrenunciabilidade, universalidade e limitabilidade.

Por força da irrenunciabilidade, os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia. Assim sendo, o Estado Democrático de Direito, num rompante de totalitarismo, não pode obrigar a pessoa humana a renunciar seus direitos mínimos que garantem sua dignidade. Também, o ser humano não pode renunciar qualquer direito fundamental, mas, se o fizer, não haverá qualquer efeito, via de regra. Em razão desta característica há discussões importantes na doutrina como a eutanásia, o suicídio e o aborto.

Pela universalidade, a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica.

A limitabilidade permite que um direito invada o âmbito de proteção de outro, fazendo com que prevaleça o mais adequado em determinada situação de fato ou jurídica. Detalhes sobre esta característica serão vistos em linhas posteriores quando trataremos das restrições dos direitos fundamentais.

1.1.2 Direitos fundamentais nas constituições brasileiras

Torna-se indispensável o estudo da evolução dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras para melhor compreensão de sua importância, principalmente porque a história dos direitos fundamentais nos leva ao surgimento de nosso Estado Democrático de Direito, o qual, essencialmente, reconhece e protege a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

A Magna Carta do Império do Brasil de 1824 tratava, em seu Título VIII, das

Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, mas não fazia menção específica a uma declaração de direitos. Todavia, no seu art. 179, com 35 incisos, ela consagrava direitos e garantias como: princípio da legalidade e igualdade, livre manifestação do pensamento, princípio do juiz natural, inviolabilidade do domicílio e das correspondências, entre outros.

A Carta Política de 1891, no Título III, Seção II, estabelecia uma “Declaração de Direitos”, acrescentando outros aos consagrados pela Lei Maior anterior, como: abolição da pena de morte; ampla defesa; direito de reunião e associação, entre outros. Todavia, se prendia aos direitos individuais.

A Constituição Republicana, de 1934, foi a primeira a utilizar a expressão “Direitos e Garantias Individuais”. Também, tratou de um título sobre a ordem econômica e social e outro acerca da família, educação e cultura. Introduziu no rol dos direitos e garantias, já existentes, mais alguns como: a consagração do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; ação popular; impossibilidade da prisão civil por dívidas, multa e custas, entre outros.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, na época ditatorial, também cuidou dos direitos e garantias individuais, prevendo dezessete incisos em seu art. 122. Trouxe como novidade ao rol dos direitos individuais: impossibilidade de aplicação de pena perpétua; maior aplicação da pena de morte, além dos casos militares; criação de um Tribunal especial como competência para o processo e julgamento dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular.

A Constituição de 1946, além de prever um capítulo específico para os direitos e garantias individuais (Título IV, Capítulo II), estabeleceu em seu art. 157 diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados, seguindo uma tendência da época. O art. 141, *caput*, passou a utilizar de nova redação, no que foi seguida pelas demais Constituições: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguinte [...]”, Após essa enunciação, trazia um rol de trinta e oito parágrafos com previsões específicas sobre direitos e garantias individuais, entre as quais ressaltamos as seguintes: mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*; sigilo das votações, plenitude de defesa e soberania dos veredictos do Tribunal do Júri; reserva legal em relação a tributos.

A Constituição de 1967, igualmente previa um capítulo de direitos e garantias individuais e um artigo 158, prevendo direitos sociais aos trabalhadores para melhoria de sua condução social. O art. 150 introduziu no rol dos direitos e garantias algumas novidades:

sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas; respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário; previsão de competência mínima para o Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida); previsão de regulamentação da sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil pela lei brasileira, em benefício do cônjuge e dos filhos brasileiros, sempre que lhes seja mais favorável a lei nacional do *de cujus*.

Como o Brasil vivia em plena ditadura militar que iniciou com o golpe de 1964, a União foi dotada de maiores poderes, reduzindo a autonomia individual com a suspensão de alguns direitos constitucionais. Demais, sofreu essa Constituição inúmeras Emendas. A primeira delas foi a EC n. 01/1969 que continuou tratando os direitos sociais, econômicos e culturais. O Título II tratava da Declaração de Direitos, com cinco capítulos que faziam referência à Nacionalidade; aos Direitos Políticos; aos Partidos Políticos; aos Direitos e Garantias Individuais; às Medidas de Emergência, do Estado de Sítio e do Estado de Emergência. O Título III tratava da Ordem Econômica e Social e seguidamente da Família, da Educação e da Cultura.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais, sob um enfoque moderno, abrangendo os direitos individuais e coletivos; direitos sociais; da nacionalidade e dos direitos políticos, no Título II. Ainda, abraçou abstratamente outros direitos ali não constantes, direitos decorrentes dos regimes e dos princípios por eles adotados, ou de tratados internacionais em que o Brasil seja parte (§ 2º do art. 5º).

Com efeito, os direitos fundamentais no Brasil, desde seu reconhecimento nas primeiras constituições, passaram por diversas transformações em seu conteúdo e sua titularidade, porque dependentes dos momentos históricos atravessados por nós e pelo mundo.

Constituem previsões imprescindíveis para limitar o poder público e garantir o respeito à dignidade humana que é um fundamento da República Federativa do Brasil.

1.1.3 Restrições

Os direitos fundamentais tais como os demais princípios não são absolutos. Podem ser limitados em razão da necessidade de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos entre si, e os direitos individuais com os coletivos. Aliás, a limitabilidade é uma de suas características, como já exposto nas linhas anteriores. Sendo o ordenamento um sistema, todas as situações jurídicas são limitadas, em razão da proximidade que há entre elas e com outros bens também protegidos. Trata-se de questão de convivência e até de sobrevivência dos

direitos fundamentais.

A Declaração Francesa de 1789 já estabelecia que os direitos têm como limites os direitos de outros membros da sociedade e que estes limites apenas poderiam ser determinados por lei. Textualmente:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 4º).

Basta manusear o nosso texto constitucional para evidenciar que os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições. Ilustrando, citamos como exemplo de restrição aos direitos fundamentais em nossa Constituição Federal o seguinte enunciado normativo: "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei" (CF, art. 5º, VIII).

A restrição de um direito fundamental é uma limitação do âmbito de proteção ou pressuposto de fato desse direito fundamental. Por exemplo: o pressuposto de fato estabelecido pelo art. 5º, IV da Constituição Federal em vigor (é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato) alcança todas as hipóteses práticas de se manifestar o pensamento. A proibição do anonimato na referida disposição de direito fundamental constitui uma restrição porque limita a proteção constitucional da manifestação do pensamento àquelas hipóteses em que o titular do direito não omite a sua identidade.

Portanto, nesta norma podemos vislumbrar dois pontos: o direito fundamental em si (a liberdade de manifestação do pensamento) e a sua restrição (proibição do anonimato).

Não há problema em se admitir restrições aos direitos fundamentais. As controvérsias surgem apenas com relação às questões referentes ao conteúdo, alcance, limites e distinção das restrições.

Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 152 e ss.) a área de proteção do direito fundamental pode ser restringida de forma permitida nas figuras: concretização mediante lei, reserva legal (simples, qualificada e tácita) e direito constitucional de colisão.

Robert Alexy (1993, p. 276-286) classifica as restrições em: restrições diretamente constitucionais (explícitas e implícitas) e restrições indiretamente constitucionais.

J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 1142-1143) distingue-as em: (1) limites ou restrições constitucionais imediatos; (2) limites ou restrições estabelecidos por lei e (3) limites

imanes ou limites constitucionais não escritos.

A matéria é de difícil formulação, mas, tomando por base tais ensinamentos, podemos considerar as restrições dos direitos fundamentais conforme nossa Constituição Federal vigente em: restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei restritiva simples e qualificada) e restrições tácitas constitucionais.

a) As restrições diretamente constitucionais são aquelas estabelecidas pelo próprio texto constitucional. Além do art. 5º, IV da Constituição Federal já mencionado, é exemplo: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela pode penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial" (CF, art. 5º, XI).

Como se observa neste exemplo, no texto constitucional que consagra o direito fundamental, encontra-se também prevista a restrição do direito fundamental garantido. Em síntese: a Constituição assegura e restringe diretamente o direito fundamental.

As normas que estabelecem restrições diretamente constitucionais são de eficácia plena, pois geram desde logo seus efeitos, sem necessidade de produção do legislador infraconstitucional.

b) Restrições indiretamente constitucionais são aquelas que não se encontram previstas no texto constitucional que confere o direito fundamental, uma vez que a Constituição limita-se a autorizar o legislador a estabelecê-las através de leis infraconstitucionais. Exemplo: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (CF, art. 5º LX).

É de se ver que no texto constitucional que assegura o direito fundamental não se encontra a restrição do direito fundamental garantido, mas somente a previsão de que a lei estabelecerá a restrição. Em suma: a Constituição garante e restringe indiretamente o direito fundamental.

A autorização constitucional para o legislador ordinário estabelecer restrições aos direitos fundamentais (tecnicamente denominada de reserva de lei restritiva) pode ocorrer de duas formas: reserva de lei restritiva simples e reserva de lei restritiva qualificada.

Tem-se a reserva de lei restritiva simples quando a Constituição não determina requisitos ou qualificações para a lei. A norma constitucional simplesmente autoriza a restrição. Exemplo: "o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses prevista em lei" (CF, art. 5º, LVIII).

Ocorre reserva de lei restritiva qualificada quando a Constituição fixa requisitos ou

objetivos para a lei restritiva e, dessa forma, limita a discricionariedade do legislador ordinário para impor a restrição ao direito fundamental. Exemplo: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, XII).

Toda vez que a Constituição expressamente garantir e restringir indiretamente um direito fundamental estará elaborando uma norma de eficácia contida, pois a produção de seus efeitos somente será alcançada com as disposições do legislador ordinário. Assim, a norma que restringe a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas é de eficácia contida.

c) Restrições tácitas constitucionais. Nestes casos, a Constituição autoriza tacitamente tanto o legislativo como o judiciário a impor restrições aos direitos fundamentais com o escopo de resolver ou evitar, no plano da eficácia social, os casos de colisão entre os próprios direitos fundamentais ou o choque destes com valores comunitários constitucionalmente protegidos como a segurança pública, saúde pública, entre outros. Por exemplo: sucede com frequência, na vida social, colisão da liberdade de expressão e informação (CF, art. 5º, IX) com o direito à privacidade (CF, art. 5º, X). Para solucionar tal colisão, através da harmonização ou acomodação dos direitos colidentes, bem como prevenir futuros choques entre eles, a Constituição não obsta que o Congresso Nacional elabore lei que acabe por restringir os direitos colidentes em determinadas circunstâncias. Tampouco o Judiciário, quando invocado para dirimir a referida colisão, estará impedido constitucionalmente de restringir quaisquer dos direitos colidentes através das técnicas da concordância prática ou ponderação de valores no exame do caso *sub judice*.

Nem toda autorização constitucional para elaboração de lei atinente aos direitos fundamentais significa uma restrição. Em vários casos, em vez de limitar o âmbito de proteção de um direito fundamental (restrição), o que a lei faz é determinar ou regulamentar, com mais precisão, o âmbito de proteção desse direito fundamental. A lei configura, então, o conteúdo do direito fundamental em questão. É o caso de concretização mediante lei, chamada por vezes de configuração, conformação entre outras acepções. Exemplo: "é garantido o direito de propriedade" (art. 5º, XXII). É de se notar que o enunciado constitucional não prevê expressamente a intervenção legislativa no âmbito do direito fundamental de propriedade. A necessidade dessa intervenção, para configurar o conteúdo do direito em questão, constitui pressuposto para o exercício do direito de propriedade. Assim, o exercício do direito não é possível sem uma lei infraconstitucional que defina seu conteúdo e

função.

O constituinte quando deixa de delimitar a área de atuação de um direito fundamental, permite ao legislador comum um amplo poder de definição. Com efeito, deve sempre ser verificada a eventualidade de a lei concretizadora estar limitando o direito de forma inconstitucional, isto é, intervindo e não simplesmente concretizando. Aí, o exame de constitucionalidade impõe-se ao aplicador de Direito, evidentemente, antes da aplicação da norma.

Interessante anotar que os enunciados de normas constitucionais que tratam da configuração referem-se, geralmente, a uma categoria particular de direitos fundamentais que a doutrina constitucional chama de garantias institucionais. A Constituição garante uma especial proteção a determinadas instituições com o objetivo de evitar a supressão dessas instituições por meio de legislação infraconstitucional. Assim, são exemplos de garantias institucionais: o matrimônio (CF, art. 226, §1º), a propriedade (CF, art. 5º, XXII), a herança (CF, art. 5º, XXX).

No processo de estabelecimento da restrição aos direitos fundamentais podem ocorrer abusos. Poderá suceder que, às vezes, a lei restritiva, em vez de limitar o âmbito de proteção do direito fundamental, acabe descaracterizando, ou até mesmo aniquilando o direito fundamental, inviabilizando o seu exercício na vida social. Para evitar possíveis arbitrariedades das leis restritivas de direitos fundamentais, a doutrina constitucional tem se empenhado em desenvolver critérios racionais para controlar a discricionariedade da interposição legislativa referente à restrição dos direitos fundamentais. Dois desses critérios são mais utilizados: o núcleo essencial e a proporcionalidade, como limites às leis restritivas de direitos fundamentais. Embora não previstos explicitamente em nosso texto constitucional vigente, é perfeitamente possível invocar a validade do núcleo essencial e da proporcionalidade em nosso sistema jurídico.

a) Núcleo essencial. A compreensão do núcleo essencial como limite às leis restritivas não apresenta grande dificuldade. O problema reside na formulação do conceito de núcleo essencial ou na tarefa de definir seu conteúdo. Duas questões básicas acerca do tema são geralmente abordadas. A primeira diz respeito ao objeto do núcleo essencial. A segunda refere-se ao valor do núcleo essencial.

Em relação ao objeto do núcleo essencial, existem duas teorias que se defrontam: a teoria objetiva e a teoria subjetiva.

Para a teoria objetiva, o objeto do núcleo essencial refere-se à proteção geral e abstrata prevista na norma, de modo a evitar que o direito fundamental seja reduzido de tal

forma que perca toda importância para todas as pessoas ou para parte delas, ou, em geral, para a vida social (ALEXY,1993, p. 286 e ss.). Segundo a teoria subjetiva, o objeto do núcleo essencial refere-se à proteção do direito fundamental do particular de tal modo que "em caso algum pode ser sacrificado o direito subjetivo de um homem, a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado" (CANOTILHO, 1998, p. 419).

A tendência doutrinária é no sentido de considerar compatíveis entre si as teorias objetiva e subjetiva. Segundo Alexy (1993, p. 288) por serem os direitos fundamentais posições primariamente do indivíduo, o caráter individual dos direitos fundamentais implica que a teoria subjetiva deve aparecer, pelo menos, ao lado da teoria objetiva.

De acordo com Canotilho (1998, p. 419), a escolha entre as teorias objetiva e subjetiva não pode conduzir a alternativas radicais, vez que a comunidade é confrontada diariamente com a necessidade de limitar os direitos fundamentais, sendo, pois, irrealista uma teoria subjetiva desconhecadora disso, exemplo: penas de prisão longas para crimes graves, independentemente de se saber se depois do seu cumprimento restará algum tempo de liberdade ao criminoso; ainda, porque a garantia do núcleo essencial por sua vez não pode descuidar da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e, em consequência, deve-se evitar restrições que eliminem totalmente um direito subjetivo fundamental, exemplo: proibição de prisão perpétua ou pena de morte que violariam o núcleo essencial do direito à liberdade ou do direito à vida.

Para explicar o valor do núcleo essencial, também, há duas opostas teorias: a teoria absoluta e a teoria relativa. Todavia, ambas chegam a um mesmo resultado. O legislador ao limitar os direitos individuais deve valorá-los segundo a sua formação histórica, experiência jurisprudencial, proteção penal, tudo em consonância com a Constituição.

b) A regra da proporcionalidade traduz-se numa vedação ao excesso de modo que a autorização constitucional, conferida ao legislador ordinário para impor restrição ao âmbito do direito fundamental, não implique em intervenção desarrazoada ou desproporcional. Objetivamente: a regra da proporcionalidade exige que a lei restritiva utilize os meios adequados e necessários aos fins colimados, bem como pondere os bens jurídicos constitucionalmente protegidos sem jogo.

A proporcionalidade, agindo como barreira às leis restritivas de direitos fundamentais, tem como conteúdo as exigências de adequação, necessidade e ponderação da medida restritiva. É o que a doutrina denomina de requisitos intrínsecos ou máximas parciais da regra da proporcionalidade.

A adequação ou a idoneidade, como regra parcial da proporcionalidade em sentido

amplo, impõe que a medida restritiva de direito fundamental deva ser idônea e adequada ao fim proposto baseado no interesse público.

O requisito da necessidade ou da exigibilidade, como máxima parcial da regra da proporcionalidade em sentido amplo, exige que a medida restritiva de direito fundamental utilize, tendo em vista o esquema meio-fim, o meio menos gravoso ou mais suave para a consecução do fim baseado no interesse público. Aqui a doutrina acrescenta ainda outros elementos para dotar a regra da necessidade de maior operacionalidade prática:

a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais 'poupado' possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados (CANOTILHO, 1998, p.262).

A regra da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito, como máxima parcial da proporcionalidade em sentido amplo, significa que, sendo a medida restritiva de direito fundamental adequada e necessária, cumpre ainda examinar:

[...] mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibile (GIMENO SENDRA, 1990, p. 225).

Em conclusão podemos afirmar que a lei restritiva não deve atingir o "coração" (o cerne, o núcleo) do direito fundamental em questão, desfigurando-o, a pretexto de regulamentá-lo; e, igualmente, o legislador ordinário não deve impor medida restritiva inadequada, desnecessária e sem ponderação dos valores em jogo (máximas parciais da regra da proporcionalidade). Se o fizer, a lei restritiva será manifestamente inconstitucional.

Além das classificações apresentadas, doutrinadores destacam das tácitas, como categoria própria, as restrições imanentes que decorrem da convivência dos direitos e, portanto, não se encontram expressas na Constituição. Estas são denominadas também de limites do direito constitucional de colisão. Aí, para resolver as tensões entre os direitos, é empregada uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, aplicando os princípios de interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade.

Nestes casos, alguns mestres sustentam que o legislador ordinário pode disciplinar a matéria (BARROS, 2003, p. 170-172). Todavia, há os que entendem que, quando não há

reserva legal, e ocorrer colisão concretamente entre dois ou mais direitos fundamentais, caberá somente ao aplicador do Direito solucionar o impasse, e não ao legislador ordinário, pois a este faltará previsão das hipóteses em tensão. As ferramentas a serem utilizadas para resolver a situação deverá ser a interpretação da constituição e da regra da proporcionalidade pelo aplicador do Direito. Parece-nos a opinião mais acertada.

Por fim, cabe ressaltar que só é possível utilizar-se dos princípios de interpretação da constituição ou da proporcionalidade para resolver a colisão em concreto, quando não houver reserva legal simples ou qualificada. Isto porque o limite do direito constitucional de colisão somente é permitido no caso de direitos fundamentais sem reserva, como adverte Dimitri (2008, p. 163).

1.1.4 Confronto entre liberdade e segurança coletiva

Uma situação interessante a ser anotada neste espaço, em atenção ao que foi exposto, trata-se do confronto do direito individual à liberdade e do direito à segurança coletiva.

A violência crescente criou uma sociedade do medo e fez com que a liberdade se perdesse em nome da segurança pública.

Não é possível mais viver exercendo plenamente o direito à liberdade, já que a segurança limita este direito pelo uso de tecnologia de vigilância para controlar a ação dos criminosos. Por outro lado, crimes são praticados com auxílio desse mesmo controle.

Para solucionar em parte a criminalidade tem-se buscado medidas invasoras da liberdade individual. Assim, é estabelecido um confronto: de um lado a segurança coletiva e do outro a liberdade individual.

Para resolver este impasse, são analisadas as normas existentes como também elaboradas outras capazes de solucionar em parte este confronto.

No entanto, à míngua de normas, em caso concreto de colisão, se busca a tutela do Poder Judiciário, que exerce sua função típica (jurisdição) que lhe é conferida pela Constituição, para resolver a colisão. O magistrado ao decidir leva em conta os mesmos limites impostos ao legislador ordinário, em suma: o respeito ao núcleo dos direitos em colisão e as regras do princípio da proporcionalidade.

Contudo, a solução para uma eficiente segurança coletiva vai além da restrição da liberdade individual. Esta fórmula colabora com o combate ao crime, principalmente, quando se busca fonte de prova na investigação criminal e na instrução processual penal. Porém, isto é apenas um “grão de areia” num universo de problemas.

A segurança coletiva é um instituto bastante complexo e abrangente. Não basta descortinar a instituição para desvendar e suprir as deficiências das polícias, dos comandos, da política do Estado em relação a ela. Não é uma atribuição simples falar dos problemas causadores da deficiência do serviço de segurança prestado pelo Estado e tentar corrigi-los. Falar sobre este tema é falar dos problemas dos inúmeros fatores que envolvem, de alguma forma, a segurança pública.

É dolorosamente sabido que os principais fatores que, direta ou indiretamente, influenciam a segurança pública são em sua maioria sociais. Dentre esses fatores sociais está a desigualdade social, que é o fator de maior relevância e influência em relação ao estado de insegurança da sociedade brasileira. Não há como fugir desta evidência.

Por sua vez, a desigualdade social também é causada por fatores diversos e geralmente de cunho governamental, por falta de implementos às políticas públicas na área social e econômica para a concretização dos direitos fundamentais, tais como o direito à educação, previsto na Constituição Federal de 1988 e que é prestado pelo Estado de forma precária.

José Luiz Quadros de Magalhães (2005, p. 279) apud Lopes Rodrigo (2011, n. 93) observa que:

[...] é o direito à educação um dos mais importantes direitos sociais, pois é essencial para o exercício de outros direitos fundamentais. É a educação instrumento para o direito à saúde e para a proteção do meio ambiente, preparando e informando a população sobre a preservação da saúde e respeito ao meio ambiente. Educação não é apenas o ato de informar. Educação é a conscientização, ultrapassando o simples ato de reproduzir o que foi ensinado, preparando o ser humano para pensar, questionar e criar. Anote-se que a educação ofertada pelo Estado deverá complementar a que foi recebida em casa, com a preparação do ser humano para o exercício da cidadania, educando-o para o trabalho, e oferecendo-lhe uma qualificação voltada para o desenvolvimento da pessoa.

A escassez de investimento na educação gera a continuidade das desigualdades sociais, e, estas desigualdades são a causa principal da criminalidade.

Fato é que a falta de meios dignos de sobrevivência observados dentre a população economicamente menos ativa, resulta como determinante na população carcerária existente no Brasil, que é formada por 95% de pessoas pobres dentre as quais, 87% além de não terem concluído o ensino fundamental, não possuem meios para pagar os honorários advocatícios. Destes ainda, 60% eram desempregados e autônomos na época da prisão sendo as causas de destaque quando da condenação, 33% por roubos, 18% por furtos, 17% por homicídio e 10% por tráfico (CHOUKR, 2001, p. 17-21 apud LOPES RODRIGO, 2011, n. 93)).

A falta de incentivos e de valorização dos profissionais da área de segurança é outro fator importante. A classe policial tem sido desmotivada pelas péssimas condições de trabalho combinada com a falta de recursos materiais e humanos adequados para exercer a profissão.

Para modificar este panorama, os governantes precisam investir em políticas públicas, valorizando a educação e a segurança, e, em programas que efetivamente diminua a desigualdade social.

O que não se pode mais admitir é o entendimento de que a eficiência da segurança coletiva depende, em grande parte, da restrição da liberdade individual e usá-la de maneira desmedida.

Retomando a linha jurídica, anotamos que, para alguns estudiosos, a liberdade deve sempre estar à frente da segurança, pois foi através dos ideais liberais que a segurança pôde ser garantida. Para outros, ao contrário, a segurança deve prevalecer, pois esta garante o exercício da liberdade.

O ideal seria uma convivência harmônica entre ambas, ora restringindo a liberdade, ora limitando a segurança, sempre dependente da necessidade maior.

Atualmente, diante dos inúmeros ataques terroristas ocorridos nos últimos anos, os Estados democráticos, procurando prevenir potenciais situações de risco, adotaram um modelo de "Estado-segurança" para proteger-se e à população, tornando-se a segurança um valor prevaemente sobre a liberdade individual.

Hoje, a suspeita recai sobre qualquer pessoa, presumindo-se perigosos todos os cidadãos, indistintamente. Perante situações extremas, reveladoras de verdadeira paranóia a propósito da segurança, o Estado de Direito vai se debilitando, observando-se, em certos setores, um retrocesso que poderá conduzir, sob o argumento de se garantir a segurança do Estado e da coletividade, a um modelo *orwelliano* de sociedade: a necessidade de edificação de um efetivo estado de inocência de cada pessoa tornar-se-á amanhã a primeira exigência de um novo "Estado de direitos fundamentais", que, na atualidade, é refém do terrorismo ou, por paradoxal que possa parecer, refém de certas formas de combate aos atos de terror (OVEDO, 2005, p. 197 apud OTELO, 2005, p. 197).

1.1.5 Direito à intimidade

Dentre o rol dos direitos fundamentais destacamos o direito à intimidade por se constituir em vetor às restrições legais, mormente em relação ao sigilo das comunicações.

A Constituição Federal/88 declara que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a

honra e a imagem das pessoas,.(art. 5º, inc. X). Portanto, intimidade é um direito fundamental, na condição de individual, que necessita ser preservado do conhecimento alheio. Afinal, nossos erros, nossas imperfeições e até mesmo nossas virtudes não devem estar expostos ao domínio público sem nossa permissão.

Na linguagem dos mestres, a intimidade ora é tratada como um direito autônomo, ora um direito da personalidade, ora um direito da privacidade. Alguns a definem como um atributo da personalidade (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 49); outros a definem como uma característica da vida privada (MIRANDA, 1996, p. 82).

Analisando os vários conceitos, apresentamos uma formulação própria: direito à intimidade é o direito da pessoa se guardar, estar consigo mesma, estar dentro da órbita de sua individualidade. Neste sentido, é um direito subjetivo e autônomo.

É um direito muito mais específico que o da vida privada. A vida privada pressupõe convivência com familiares, amigos próximos; tem dimensão muito mais ampla que a intimidade. A intimidade fica restrita ao universo de cada pessoa. A pessoa pode ser violada em sua vida privada e não na sua intimidade, bastando a ela se resguardar.

Também, é um direito próprio e não um desdobramento da personalidade. A intimidade é um direito de reserva, que depende da determinação da pessoa em preservar o seu mundo, anseios, desejos, defeitos e preferências.

Está a intimidade mais ligada à liberdade, à autonomia. Se não pode o homem se resguardar, sua liberdade ficará tolhida. Portanto, é atributo da liberdade pessoal.

A lei não limita o seu âmbito, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência determinar seu campo de atuação.

A famosa teoria alemã das esferas que limita o âmbito do direito da intimidade, a coloca na esfera confidencial ou da intimidade, no interior da vida privada, e dentro dela (da intimidade) a esfera do segredo.

Embora dessa teoria seja de fundamental relevância, nós representáramos a esfera da intimidade de forma diferente. Colocaríamos um ponto representando uma pessoa, ao redor a esfera da intimidade, envolvendo o segredo, a liberdade de se preservar, enfim, tudo o que lhe é exclusivo, e, por isso impenetrável. Desprezaríamos as outras esferas, já que, para nós, a intimidade é direito autônomo, inerente à pessoa e independente tanto da vida privada como dos direitos de personalidade.

Mesmo estando no âmbito da vida social ou privada, fica resguardada a intimidade da pessoa, se assim for sua vontade e não houver violação de terceiros. Bem ilustrativa é a lição de Tércio Sampaio (1998, p. 442) apud Maria G.O. Mendes (1999, p. 48):

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que seu atributo básico que é o estar-só, não exclui o segredo e autonomia.

Mas, apesar de todo resguardo, a intimidade da pessoa pode ser ameaçada e ou violentada por vários meios como ameaças, tortura, escutas clandestinas, interceptação telefônica, filmagem não autorizada, entre outros.

Geralmente a invasão da intimidade tem como objetivo a colheita de provas para uso em processo legal, tanto na área cível como na penal. Assim, é deveras importante que o legislador limite os casos de invasão à intimidade, para que não ocorram ilegalidades na instrução probatória num procedimento judicial, como, também, para evitar cerceamento ilegal da liberdade e julgamentos injustos.

O constituinte de 1988 teve este cuidado quando garantiu a intimidade (art. 5º, X) e vetou o ingresso no processo da prova obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI). Todavia, não temos uma disciplina ordinária sobre a intimidade, que estabeleça seu âmbito, mencione os casos de violação e as respectivas sanções, isto é, não temos uma lei específica para a intimidade. Um conjunto de regras, atinente à intimidade, seria relevante na atualidade, esta marcada pela invasão tecnológica dos meios de comunicação.

A Constituição de 1988, vigente, foi a primeira a conferir o direito à intimidade explicitamente em seu art. 5º, inc. X. As outras Constituições, apenas davam proteção genérica, quando tutelava o direito à privacidade, como se verá a seguir.

A Constituição do Império (1824) dispunha, no art.179, XXVII, que o segredo das cartas era inviolável, responsabilizando a Administração dos Correios por qualquer infração a este artigo; previa, também, a inviolabilidade do domicílio, o qual só poderia ser devassado, sem consentimento do dono, em caso de incêndio, inundação ou por determinação legal.

A Constituição Republicana de 1891 manteve a mesma estrutura de proteção à privacidade que a anterior, mais acrescentou, no art. 72, a inviolabilidade da correspondência ao lado da inviolabilidade do domicílio.

A Carta de 1937, apesar de ter restringido os direitos individuais anteriores, foi pioneira na previsão do direito de resposta contra informações divulgadas pela imprensa que feriam a reputação do indivíduo.

A Lei Maior de 1946 restituiu ao Brasil o regime democrático; revitalizou a inviolabilidade de correspondência (art. 141, § 6º), como a do lar (art. 141, § 5º); conservou o

direito de resposta (art. 141, § 5º.), e proibiu, explicitamente, o anonimato neste mesmo enunciado.

A Constituição de 1967, com a redação da Emenda nº. 1, de 1969, tutelou o sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas, da correspondência (art. 153, § 9º), bem como a inviolabilidade do domicílio (art. 153, § 10º).

Até aqui, a segurança à intimidade, nos textos constitucionais, estava implícita na inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, segredo profissional, sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas.

A atual Constituição (1988) avança na tutela da vida privada; protege a imagem, a intimidade; e, garante o direito à indenização em caso de violação a estes direitos. Diz seu art. 5º, inc. X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Esta Lei Maior, atendendo aos reclamos de uma sociedade impregnada de tecnologia na área da comunicação, na proteção à intimidade, destacá-a como direito autônomo e a torna inviolável, ao mesmo tempo em que aplica sanção em caso de violação. Assim, além de ganhar o *status* de direito fundamental e a natureza de princípio, a intimidade passa a limitar outros direitos, como o da informação que deve respeitar o segredo. Por outro lado, pode sofrer restrições já que tem que conviver com outros princípios também protegidos.

Mas não para por aí. A intimidade da pessoa também é protegida por outros dispositivos constitucionais, que tratam da inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das comunicações em geral (art. 5º, XI e XII)

XI – a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém pode penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia por determinação judicial;

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

Também o disposto no inciso LVI do mesmo artigo 5º, tutela a intimidade por considerar inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Se a intimidade for invadida, sem autorização judicial, para a colheita de prova, esta será maculada de ilicitude. Sendo assim, não pode ser admitido como meio de investigação de prova a comunicação telefônica interceptada ilicitamente.

Garante a intimidade, também, o disposto no inciso LX, do art. 5º, que restringe a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o

exigirem.

Por tudo, pode-se concluir que a intimidade é direito subjetivo, com instrumentos próprios de garantia consagrados na Constituição.

Em nossos tribunais o direito à intimidade é respeitado, apesar de ser reconhecido, às vezes, como direito privado ou como direito da personalidade. Conferimos alguns julgados:

MANDADO DE SEGURANÇA – Liminar – Concessão Possibilidade de divulgação de procedimento judicial – Divulgação do procedimento permitida – Liberdade de Imprensa, contudo, que sofre limitações relativamente a terceiros – Processo de segredo de justiça, onde a intimidade das pessoas não pode ser violada – Segurança parcialmente concedida. A Lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (SÃO PAULO, 1994).

DANO MORAL – Indenização – Divulgação de notícia, pelos meios de comunicação de massa, acerca de enfermidade letal, incurável e traumatizante de que estaria acometida a vítima – violação dos direitos subjetivos privados acolhidos pelo art. 5º, X, da CF – Verba devida. O art. 5º, X, da CF assegura ao ser humano o direito de obstar a intromissão na sua vida privada. Não é lícito aos meios de comunicações de massa tornar pública a doença de quem quer que seja – ainda mais quando a notícia é baseada apenas em boatos – pois tal informação está na esfera ética da pessoa humana, dizendo respeito à sua intimidade, à sua vida privada. Só o próprio paciente pode autorizar a divulgação de notícia sobre a sua saúde. A reparação do dano moral deve adotar a técnica do quantum fixo. Apelo provido. Condenação de 1.500 salários mínimos imposta à empresa Bloch Editores S.A. e outra, em favor do cantor Ney Matogrosso, por publicações feita pela revista Amiga, uma com manchete estampada na capa, fazendo referência aos doentes com AIDS na TV e na música, com fotografias de diversos artistas, inclusive do cantor, encimadas pela legenda “Como os artistas se defendem da doença” e outra, com informação negativa do cantor e reproduzindo uma entrevista sua, sob a manchete: “A AIDS de Ney Matogrosso, Milton Nascimento e Caetano Veloso” (RIO DE JANEIRO, 1991).

É de se ver que em ambos os casos os Tribunais asseguram a inviolabilidade da intimidade.

Contudo, o direito à intimidade não é absoluto, tal como acontece com os demais direitos fundamentais, podendo sofrer restrições de duas ordens: limites direta ou indiretamente constitucionais e limites que decorrem da convivência do direito da intimidade com outros direitos, portanto, não se encontram expressos na Constituição, isto é, são os casos de colisão entre princípios em concreto.

O direito à intimidade sofre uma limitação no próprio texto constitucional em face do que dispõe o inciso XII, do art. 5º da CF: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação

criminal ou instrução processual penal”.

A primeira parte deste dispositivo garante o direito ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. A segunda parte - salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal - limita este direito fundamental (o sigilo). Trata-se de limite constitucional relativo, do tipo reserva legal qualificada, pois a Constituição indica os elementos: o tipo, a finalidade e o meio de intervenção autorizado: por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Esta restrição não limitou somente o sigilo das comunicações telefônicas. A violabilidade do sigilo pode ferir os elementos integrantes da intimidade, restringindo seu campo de atuação, mormente o segredo.

Assim, coube ao legislador comum concretizar a limitação constitucional do direito fundamental da intimidade, se baseando nos elementos indicados, e o fez com a elaboração da intitulada Lei de Interceptação Telefônica.

Pode ocorrer também, como já visto, a restrição imposta pela colisão entre a intimidade com um ou mais demais direitos fundamentais, decorrentes da convivência dos direitos. Aí, a limitação não se dará através de lei, mas sim pelo aplicador do Direito que se utilizará de outros princípios constitucionais para solucionar colisão de princípios.

O método da ponderação e balanceamento de bens é adequado para a solução de colisão entre a intimidade e um ou mais direitos fundamentais, desde que inexista norma abstrata limitadora dos direitos em choque e que seja justificada e motivada a prevalência de um em relação ao outro, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

É aceito pela doutrina e jurisprudência a utilização do princípio da proporcionalidade sempre que houver colisão entre direitos ou interesses das pessoas legalmente protegidos. Isto porque, através desse princípio, entre as medidas necessárias, são escolhidas aquelas menos gravosas aos direitos dos cidadãos.

As restrições ao direito da intimidade somente podem ser aplicadas, nos casos em colisão, se houver estrita necessidade para a preservação de outras posições constitucionalmente protegidas. Afinal, a atuação do Poder Público deve ser a mais estrita possível na busca do interesse público, num Estado Democrático de Direito, que tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, o que faz dela (pessoa) o fim e o meio deste Estado e não objeto.

1.2 Fundamento da Dignidade da Pessoa Humana

Este princípio assegura um *minimum* de respeito ao ser humano, pois todos os homens são dotados de igual dignidade e, portanto, tendo direito a levar uma vida digna de seres humanos (FARIAS, 2000, p. 60).

É indispensável a abordagem deste princípio quando se estuda direitos fundamentais, em razão da posição central que ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, consagrado pelo constituinte de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil.

Como fundamento, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como norte para todo o ordenamento jurídico e, em especial, de base para direitos fundamentais.

Além de fundamento, a dignidade da pessoa humana não deixa de ser um direito autônomo do indivíduo contra o estado ou contra outro particular.

Por conseguinte, o trabalho sobre as restrições de direito fundamental deve englobar o estudo deste fundamento – direito, para uma compreensão mais fecunda e abrangente do tema. Exploraremos mais o seu papel de fundamento constitucional, isto é, de princípio regente do ordenamento jurídico, em especial dos direitos fundamentais e dos de processo penal.

1.2.1 Aspectos gerais

Um olhar no passado justifica-se, principalmente, para melhor avaliar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nos povos antigos, não há um conceito de pessoa tal como é conhecido hoje. O indivíduo era um número físico integrante do todo. Para a filosofia grega, o homem era um animal político ou social, cuja essência era a cidadania.

Na antiguidade clássica, a dignidade da pessoa humana estava relacionada com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade. Assim dependendo de seu *status* era a pessoa mais ou menos digna.

No pensamento estoíco, a dignidade era tida com a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade. Esta noção está ligada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo.

O conceito de pessoa, como categoria espiritual, com subjetividade, que possui valor em si mesmo, e que, em consequência, é possuidor de direitos subjetivos, surge com o

Cristianismo.

Felice Battaglia (1989, p. 23) apud Santos (1999, p. 32), com bastante precisão assim informa:

A antigüidade clássica no percibio bien la existencia del sujeto, com significacion etica y juridica, fuera del estado. Para que fuese el individuo reconocido como sujeto, com anterioridad e independencia al ente politico, y com propria dignidad y valor, para que fuese estimado como principio, tanto em orden juridico como em el moral, para que se le pudiessem atribuir inherencia y facultads que no le vinieram de fuera, sino de dentro en la intencion que el hombre puede hacer de si en si mesmo fue precisa la incomparable y única revolucion del Cristianismo.

Na primeira fase do Cristianismo, quando este já havia assumido a condição de religião oficial do Império Romano, acreditava-se que os seres humanos têm dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança.

Depois, no início da Idade Média, o pensador Anício Manilo Severino Boécio formulou “um novo conceito de pessoa humana ao definir a pessoa como substância individual de natureza racional”(SARLET, 2009, p. 33).

Em meados desta época, destacou-se Tomás de Aquino que usou expressamente o termo “*dignitas humana*”.

Nos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade humana passou por um processo de racionalização, no entanto, conservou a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Para Kant (1964, p. 98) apud Fernando Ferreira dos Santos (1999, p. 49) é digno o que está acima de qualquer preço, e, por conseguinte, não admite equivalente. Este filósofo do Direito construiu sua concepção de dignidade humana na natureza racional do ser humano. É em seu pensamento que a doutrina jurídica mais expressiva, nacional e estrangeira, tem por base os fundamentos da conceituação de pessoa humana.

Daí por diante, os pensadores acrescentaram outros aspectos nas concepções de pessoa humana, mas sempre valorizando a pessoa humana como um fim em si mesmo e não como homem objeto.

A positivação do princípio da dignidade humana é recente, apesar da origem remota da noção de dignidade humana.

Salvo raras exceções, somente no século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, depois de ter sido consagrada na Declaração Universal da ONU de 1948, a dignidade humana passou ser reconhecida expressamente nas Constituições.

No Brasil, a inserção da dignidade humana no texto constitucional somente se deu em 1988.

Há inúmeros significados para a dignidade da pessoa humana. Conceituá-la não é tarefa fácil. Colacionamos uma formulação proposta por Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 67):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

É de se notar que presentes estão múltiplos pressupostos da dignidade da pessoa humana: subjetividade, respeito do Estado e da comunidade, garantia de uma vida saudável, autonomia, garantia de tratamento humano, fim em si mesmo, objetividade, direitos e deveres e convívio social. Trata-se de um conceito para os dias de hoje. Possivelmente, no futuro tenhamos que modificá-lo, dada as mudanças rápidas que ocorrem dia após dia, permitindo que outros anseios, necessidades e valores tomem conta da consciência da pessoa humana, como diz Sarlet nas mesmas linhas acima citadas.

O princípio da dignidade envolve basicamente dois aspectos: um subjetivo outro objetivo. Subjetivamente, envolve o sentimento de autoestima e de respeitabilidade inerentes a todo ser humano, que inicia com a formação de sua personalidade no seio da família, para depois se expandir no meio social. Objetivamente, envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, que atenda suas necessidades básicas (moradia, alimentação, saúde, vestuário, etc.).

1.2.2 Dignidade da pessoa humana na legislação estrangeira

A Lei Fundamental alemã, de 24 de maio de 1959, no Título I – Dos Direitos Fundamentais, artigo 1º estabelece:

- (1) A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.
- (2) O povo alemão reconhece, portanto, os direitos invioláveis do homem como fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
- (3) Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito

diretamente aplicável aos Poderes legislativo, executivo e judiciário.

Já, a Constituição de Portugal, promulgada em 25 de abril de 1976, com sucessivas reformas, conceitua Portugal como uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular, e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Por sua vez, a Constituição da Espanha, datada de 27 de dezembro de 1978, reza que a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.

Mencionam, entre outras, também, a dignidade da pessoa humana, as Constituições da Irlanda, Índia, Peru, Bulgária e Venezuela, todas em seu preâmbulo; a da Grécia no artigo 2º; China no artigo 38; Colômbia e Cabo Verde, no artigo 1º; e, Namíbia, que apresenta tanto no preâmbulo, como no artigo 8º.

As disposições constitucionais alemãs abriram caminho para outras Constituições, mormente, a nossa.

As Constituições da Espanha de 1978, a de Portugal de 1976 e a nossa de 1988, guardadas as devidas proporções, apresentam, entre si, estreita proximidade. As três foram elaboradas após períodos autoritários. A espanhola após a ditadura do General Franco, a portuguesa depois da ditadura de Salazar, e, a brasileira em sequência à ditadura militar. Estas três são tidas como Constituições de consenso vez que não houve ruptura ou solução de continuidade na validade do ordenamento jurídico e, porque, foram produtos de amplo consenso entre as forças políticas (MIRANDA, 1986, v. 1, p. 98).

1.2.3 Dignidade da pessoa humana na constituição federal de 1988

O inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 eleva a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, se juntando aos demais: soberania, cidadania, crença nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A propósito, diz Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 227):

Embora a dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico. Por outro lado, o termo “dignidade da pessoa” visa a condenar práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, o racismo e outras humilhações tão comuns no dia-a-dia de

nosso país. Este foi, sem dúvidas, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último da nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico.

O Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado, pois cada pessoa é tomada como um fim em si mesmo. Toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucionalidade e de violação da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa é princípio constitucional, e como tal é norma suprema do ordenamento jurídico.

Sérgio Sérvulo da Cunha (2006, p. 77-78), prefere usar princípio da inviolabilidade da pessoa humana, assim se expressando:

Inviolabilidade da pessoa humana significa, em primeiro lugar, que todo homem e toda mulher possui inviolável esfera de autonomia. Esta não diz respeito apenas à sua intimidade e privacidade, mas, antes disso, ao direito de, vivendo, escolher os fins de sua própria vida os meios adequados à sua consecução.

A nossa Constituição em vigor, foi primeira na história pátria a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais.

Assim, o constituinte deixou clara sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda ordem constitucional e, inclusive, das normas dos direitos e garantias constitucionais. Também, reconheceu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2009, p. 69).

Além de estar consignada no primeiro artigo de nossa Lei Magna, a dignidade da pessoa humana é objeto de expressa previsão em outros capítulos: quando reza que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*); quando, no âmbito da ordem social, funda o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6º); quando assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*); quando assegura amparo aos idosos, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes direito à vida (art. 230).

A dignidade da pessoa humana é norma jurídica (princípio e regra) e valor fundamental. Na sua perspectiva de princípio, a dignidade da pessoa atua como mandado de otimização, ordenando a proteção e promoção da dignidade da pessoa na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Nossa Carta Maior nada dispõe quanto à relatividade ou não deste princípio. A

questão fica a cargo da doutrina, onde há polêmica.

O professor alemão Alexy (1993, p. 108) rejeita, radicalmente, a existência de princípios absolutos, chegando a afirmar que se os há, impõe-se modificar o conceito de princípio. Para ele, portanto, a dignidade da pessoa humana constitui princípio relativo. Fernando Ferreira dos Santos (1999, p. 94) considera a dignidade da pessoa humana como um princípio absoluto. Comentando a respeito de uma decisão do Tribunal Constitucional espanhol que, precisando justamente o significado da primazia da dignidade da pessoa humana, sublinhou que a dignidade há de permanecer inalterável qualquer que seja a situação em que a pessoa se encontre, constituindo, em consequência, um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, textualmente diz ele:

Neste sentido, ou seja, que a pessoa é um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, dissemos que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, portanto, repetimos, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.150) analisa algumas opiniões que se contrapõem e conclui que, em razão de diferentes enfoques do conceito de dignidade, acaba-se chegando a resultados distintos, mas que na realidade, sob alguns aspectos, se assemelham. Reconhece ele, no princípio da dignidade da pessoa humana, uma certa relativização ao nível jurídico-normativo; ao mesmo tempo em que não tolera qualquer relativização quanto à qualidade intrínseca do ser humano que o torna titular de uma pretensão de respeito e proteção.

Os dois pensamentos ressaltam o caráter absoluto do aspecto subjetivo da dignidade da pessoa humana. No entanto, a segunda posição também reconhece a relatividade deste fundamento enquanto norma jurídica.

A nosso sentir, a dignidade da pessoa humana é relativa como todo princípio e, por isso, pode sofrer restrição, tanto que em nosso texto constitucional há limitações expressas, quando restringe os direitos fundamentais, como o direito à intimidade, permitindo interceptação telefônica para fins de investigação e instrução criminal.

Assim, uma limitação ou violação de um direito fundamental lesa a dignidade humana. Exemplificando, a prisão ilegal violenta o direito à liberdade, mas não para aí, vai além, agride a dignidade da pessoa.

Com efeito, a dignidade humana, é a viga mestra dos direitos fundamentais.

1.2.4 Dignidade da pessoa humana e processo penal.

Não é demais lembrar que o princípio da dignidade humana tem como finalidade a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima, respeitabilidade, e garantindo-lhe o mínimo existencial. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery a ele se referem como “o princípio fundamental do direito. É o primeiro. O mais importante” (2006, p. 118).

Para que a pessoa tenha a sua dignidade preservada torna-se essencial o respeito aos direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, sábio o escrito de Célia Rosenthal Zisman (2005, p. 39):

A consciência da dignidade do homem, a evolução da humanidade que se verifica com a aceitação da necessidade de respeito do homem como pessoa, leva ao entendimento de que a dignidade depende do respeito aos direitos fundamentais por parte de cada indivíduo da sociedade e também por parte do Estado.

Com efeito, esse princípio não pode ser contrariado ou menosprezado em qualquer contexto, especialmente, no âmbito Penal e Processo Penal.

Assim, o princípio constitucional da presunção da inocência e todos os demais a serem expostos adiante, que informam o processo penal, são desdobramentos lógicos e adequados ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O réu será considerado culpado por sentença condenatória com trânsito em julgado, no devido processo legal recheado de todas as garantias constitucionalmente asseguradas.

O Processo Penal busca enaltecer o ser humano, resguardando a segurança coletiva na exata proporção da necessidade. Ilustrando, a prisão cautelar constitui uma disposição estatal para preservar a instrução criminal idônea. No entanto, quando decretada, considerando-se o estado de inocência do réu, jamais pode transformar-se em aplicação antecipada da pena, nem tampouco, desacelerar o andamento regular do processo.

Inúmeros são os julgados de nossos tribunais reconhecendo o princípio da dignidade humana como essencial e desconstituindo os atos que o ofendem. Vejamos um do STF sobre a duração prolongada da prisão cautelar:

A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nossa país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se

assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (BRASIL, 2009).

É de se notar que esta decisão do Supremo está perfeitamente coerente com a posição ocupada por este princípio em nosso ordenamento constitucional.

Os construtores do direito processual penal jamais poderão criar regramentos que agridam o princípio da dignidade humana, mas se o fizerem serão inconstitucionais.

Neste ponto, cabe a lição Antonio Scarance Fernandes (2009, p. 86):

Do fato de o país ser um Estado Democrático de Direito assentado no valor da dignidade da pessoa humana, extrai-se pelo menos algumas regras básicas sobre como o processo penal deve ser construído e atuado: a) no processo deve-se proporcionar efetiva e contraditória participação das partes, a fim de que possam, de forma democrática, contribuir para o seu julgamento; b) na investigação, no processo condenatório, no processo de execução deve-se levar em conta a dignidade da pessoa submetida à persecução, ou ao cumprimento da pena, sendo vedados atos atentatórios aos seus valores essenciais; c) em qualquer tipo de processo deve-se assegurar ao investigado, ao acusado ou ao condenado mecanismos para defender contra atos violadores de sua dignidade humana, assegurando-lhe, por exemplo, meios para proteger a sua liberdade.

Esta decisão demonstra a importância do valor da dignidade da pessoa humana como alicerce do processo penal e como garantia da prática democrática.

1.3 Princípios Constitucionais

Para uma melhor análise das restrições dos direitos fundamentais sofridas pela lei, torna-se indispensável uma abordagem sobre princípios constitucionais em seus aspectos gerais; sobre o princípio da proporcionalidade, em razão deste se constituir em ferramenta utilizada nas restrições dos direitos fundamentais; e sobre os princípios constitucionais do processo penal que têm papel de revelo nas hipóteses de restrições dos direitos fundamentais, principalmente como barreiras na violação de direitos.

1.3.1 Aspectos gerais

Os aspectos gerais, aqui tratados, se aplicam aos princípios constitucionais, inclusive aos direitos fundamentais. Fazem parte deste: noções, conceito, amplitude dos princípios constitucionais: distinção entre princípios, colisão entre princípios e conflito entre regras. Tudo no sentido de melhor entender as restrições dos direitos fundamentais, em especial do sigilo das comunicações telefônicas e da intimidade.

O ordenamento jurídico constitui um sistema lógico de normas coordenado por princípios. Para compreender bem o alcance desta afirmação, iniciamos com o significado do termo princípios, para depois chegar ao conceito e à amplitude.

Há definição de princípios em várias acepções. Dentre elas, destacamos o significado filosófico de princípios como proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado. Assim, princípio é a causa primária na composição de um todo. Este significado destaca um elemento de princípio jurídico: a base, a essência. Entretanto, juridicamente o princípio não está estrito a isso.

A constitucionalista Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 21), diz que: “O Princípio é o Verbo [...]. No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado”.

Para o jurista alemão Robert Alexy (2008, p. 87-90), os princípios são:

[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Tais conceitos e mais tantos outros, nos levam a concluir que: princípios jurídicos têm como conteúdo os fundamentos e as diretrizes gerais, que deverão ser respeitados e aplicados nas situações de fato e de direito; como finalidade específica, o que de melhor deve ser feito entre as mais variadas situações de fato e de direito; e como finalidade de grande amplitude, a de conferir coerência, equilíbrio, unidade e consistência ao sistema de normas.

Podemos, também, conceituar princípio pela sua abrangência, como uma norma de elevado grau de generalidade, que serve de instrumento para a interpretação, conhecimento e aplicação do Direito.

Os princípios são relativos no sentido de que se ajustam às situações fáticas e jurídicas existentes, ordenando a realização do que é melhor. Ilustrando, o direito à intimidade é temporariamente afastado para dar lugar à captação de conversa telefônica quando é indispensável esta medida para obter fonte de prova capaz de formar a *opinio delicti* e propositura da ação penal.

No Direito, há várias nomenclaturas e categorias de princípios, como princípios constitucionais, princípios de interpretação, princípios fundamentais, princípios infraconstitucionais. Por ora, vamos nos ater aos princípios constitucionais.

Os princípios constitucionais são aqueles colocados no mais alto grau da hierarquia

normativa. São normas supremas do ordenamento jurídico. Servem de parâmetro para a avaliação de todo o conteúdo constitucional e infraconstitucional. Deles fluem as regras do sistema jurídico, as quais ficam subordinadas a eles.

No mesmo sentido, temos as palavras do constitucionalista Paulo Bonavides, os princípios constitucionais fazem:

[...] a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de Norma das normas, de Fonte das fontes. São qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição” (BONAVIDES, 1994, p. 265).

Os princípios constitucionais refletem os valores básicos de uma sociedade, desde que a Constituição seja uma expressão destes valores, tornando-se esteio da legitimidade constitucional. Estes valores refletidos nos princípios acontecem, por excelência, nos Estados Democráticos de Direito.

Os princípios constitucionais são os fundamentos de todo regramento do sistema jurídico. Não há hierarquia entre os mesmos. Todos estão situados no mesmo patamar. São coexistentes entre si. Ilustrando, o princípio da inocência não afronta o direito à segurança, nem privilegia de modo absoluto o direito à liberdade.

Assim, um princípio constitucional nunca invalida outro princípio constitucional. O que pode ocorrer entre eles é apenas colisão em determinadas situações, o que pode levar o aplicador do Direito, a tão-só, escolher um e afastar outro, mas nunca anular o desprezado.

Os princípios constitucionais, sejam eles explícitos ou implícitos, devem predominar sobre os infraconstitucionais. Os infraconstitucionais, por sua vez, devem prevalecer sobre normas específicas ou simples regras.

Os princípios constitucionais e infraconstitucionais coordenam o sistema normativo em qualquer situação, não podem ser desprezados para dar lugar à aplicação de qualquer norma específica da legislação ordinária.

Dada supremacia dos princípios constitucionais, é inadmissível a produção legislativa contrária a eles.

A respeito da predominância dos princípios constitucionais, em 02.05.2007, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112-DF, tendo como relator o Min. Ricardo Lewandowsky, por maioria, julgou inconstitucionais os parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e o artigo 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), que vedavam, de maneira genérica, a liberdade provisória, considerando

prevalentes os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório; e, destacando que o direito à liberdade é regra, e a prisão exceção (BRASI, 2007).

Os princípios jurídicos são normas jurídicas. Têm positividade, vinculatividade, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados, bem como sobre a interpretação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas.

A norma é gênero, do qual os princípios e as regras são espécies. As regras são especificações regulatórias dos princípios.

Portanto, na aplicação das normas de direito, são os princípios que devem ser eleitos em primeiro lugar, e, não as regras. Isto não quer dizer que as regras são deixadas de lado. O que se deve entender é que, em primeiro lugar, carece de atendimento o princípio. A regra será desprezada em caso de conflito ou colisão, e, não pela simples priorização do princípio.

Antes, a metodologia jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-os como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos.

Bonavides (1994, p. 230) conta que o primeiro a afirmar a normatividade foi Crisafulli que, acentuou o caráter de norma jurídica dos princípios, em sólida conceituação, datada de 1952:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam [...] estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Depois, com os estudos dos cientistas jurídicos, como Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito.

Atualmente, chega-se a divisar, no gênero norma, mais uma categoria normativa: os valores.

É importante estabelecer a diferença entre princípios e regras, principalmente, para solução de colisão entre princípios e conflito entre regras. A distinção entre estas duas categorias de normas é particularmente complexa, e, se submete a vários critérios e teorias diversas..

Podemos identificar duas principais teorias que explicam os princípios. Uma chamada de concepção débil dos princípios considera que não existe uma diferenciação clara entre princípios e regras. A outra, denominada de concepção forte dos princípios, sustenta que

há uma distinção lógica e qualitativa entre princípios e regras, como normas jurídicas.

Interessa, por ser mais aceita e atual, a segunda teoria. É expoente dela o jurista alemão Alexy. Afirma ele que, como as regras, os princípios são normas jurídicas, mas diferentemente das regras, eles são normas a dizer que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Segundo esse ilustre germânico, os princípios não contêm mandados definitivos, mas somente *prima facie*. O fato de um princípio ser aplicado para um caso não quer dizer que seja em sentido definitivo, isto porque, eles apresentam razões que podem ser ultrapassadas por motivos opostos. Já as regras exigem que se faça exatamente como nelas se ordena (ALEXY, 2001, p. 82-87).

O autor anglo-saxão Dworkin (2002, p. 37-39), acerca da distinção, diz: que um princípio é um *standart*, isto é, um modelo que deve ser observado porque é uma exigência de justiça e de imparcialidade ou de qualquer outra dimensão da moralidade; as regras se aplicam de uma maneira “ou tudo ou nada”; os princípios comportam exceções à sua aplicação que não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência, porque outro princípio pode representar uma exceção à aplicação de um princípio.

Com base nestas doutrinas, apresentamos as seguintes distinções entre princípios e normas: a) os princípios são normas de elevado grau de generalidade, as regras são mais limitadas; por conseguinte, os princípios podem envolver várias situações e resolver diversos problemas, enquanto as regras têm alcance estreito; b) os princípios são priorizados, ainda que em detrimento das regras, para que haja melhor consistência do sistema normativo; c) os princípios convivem entre si, em caso de colisão há afastamento; já em se tratando de regras, estas entram em conflito e as contraditórias perdem a validade, não há como conviver entre si; d) os princípios têm dimensão de validade e importância (peso), já as regras suscitam apenas questões de validade; e) os princípios são normas que prescrevem que algo deve ser feito da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades de fato e de direito (mandados de otimização); enquanto, as regras são normas que dizem aquilo que deve ser feito em determinado caso.

Ilustrando, a presunção da inocência é um princípio constitucional que pode ser aplicado em várias situações de fato ou de direito. Convive com os demais princípios constitucionais e tem primazia sobre os princípios e as regras infraconstitucionais. A perda temporária da liberdade é exemplo de regra, a ser aplicada ao acusado culpado, após o devido processo legal. A regra é objetiva, concreta.

Interessante, ainda, é estabelecer a diferença entre princípio e valor. O princípio é a norma que prescreve que algo deve ser feito, se refere ao devido; o valor é a importância dada

ao devido, se refere ao que é melhor no caso específico. Portanto, a diferença entre ambos se resume, respectivamente, no caráter deontológico e axiológico. Para Lima (2001, p. 95), em uma linguagem poética, o valor é a alma da norma enquanto a regra é o corpo da norma, e o princípio é a vida.

Resta versar sobre a colisão de princípios e conflito entre regras.

Entre regras pode ocorrer conflito, isto é, antinomia insuperável. Neste caso, as regras que perdem validade pelo choque com outras regras são excluídas do sistema.

Em se tratando de princípios constitucionais, não há conflito (antinomia insuperável) entre eles; apenas, podem entrar em colisão (incompatibilidade).

Havendo dois princípios incompatíveis, o aplicador do Direito escolhe um dos princípios, o que tem maior peso, sem que o outro seja excluído do sistema, ou deixe de ser aplicado a outros casos que comportem sua aceitação.

Afastado o princípio colidente, diante de certo caso, não significa que não possa ser aplicado em outras situações. Também as regras, estas entendidas como desdobramento normativo dos princípios, do que foi desprezado são afastadas, ainda que permaneçam validamente integradas no ordenamento jurídico.

Aliás, este é o entendimento de Alexy, Grau e tantos outros estudiosos da ciência jurídica. Os choques entre princípios não os excluem da ordem jurídica, apenas os afastam diante de situações que comportem diferentes soluções, segundo o peso ou importância dos princípios considerados à aplicação do direito. Esse tipo de opção, pelo intérprete, não gera desobediência ao princípio afastado. As colisões entre princípios se verificam na dimensão do peso, já que apenas princípios válidos podem colidir entre si. “Isso significa que, em cada caso, se armam diversos jogos de princípios, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando” (GRAU, 1990, p. 115-116).

Para afastar este ou aquele princípio, em caso concreto de tensão, o aplicador do Direito pode se valer de outros princípios. São utilizados os princípios de interpretação constitucional, como: da unidade, da concordância prática, eficácia integradora, da força normativa, da conformidade funcional, da efetividade, da interpretação conforme a constituição, entre outros.

Entretanto, quando esses princípios de interpretação não resolvem as tensões entre os princípios, o aplicador do Direito faz uso do princípio da proporcionalidade, tanto para solução de princípios colidentes, como para afastar as lesões aos princípios constitucionais, mormente, aos direitos e às garantias fundamentais.

Considerando que este estudo envolve restrição e tensão de direitos e garantias fundamentais como já exposto, vamos detalhar o princípio da proporcionalidade.

1.3.2 Princípio da proporcionalidade

Para alguns historiadores, sua origem está ligada à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito burguês. Portanto, remonta aos séculos XII e XVIII, quando surgiram teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos inerentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, conseqüentemente, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los.

Este princípio era utilizado para limitar o poder de atuação do monarca em relação aos súditos, durante a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito.

No entanto, para Willis Santiago Guerra Filho (1989, p. 70), a idéia de proporcionalidade pode ser identificada no antigo Direito Romano, quer nas regras empregadas pelo pretor quando admitia pagamento de débitos ou indenização em parcela, quer no princípio da Lei do Talião, quer na própria imagem da deusa Themis exibindo a balança como símbolo do equilíbrio e da justiça.

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade. Com ele, foram criados mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício da suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder.

A aplicação desse princípio no Direito Constitucional apareceu por meio dos direitos fundamentais, principalmente nos casos de restrição legislativa e colisão entre direitos.

A introdução do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional se deu primeiro na Suíça, mas foi na Alemanha que ele criou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência (BONAVIDES, 1993, p. 328).

Foi logo após a segunda Grande Guerra mundial que o princípio da proporcionalidade logrou, tanto na Alemanha como na Suíça, ampla aplicação na órbita constitucional. Na França, o princípio da proporcionalidade se limita ao Direito Administrativo. Na Itália chegou a alcançar o mais alto grau do princípio da igualdade, por decisão do Conselho de Estado de 21/3/72. A Constituição de Portugal, no artigo 18, inciso II, consagra o princípio da proibição de excesso. A Espanha é o exemplo mais recente de elevação do princípio da proporcionalidade à categoria de Princípio Geral de Direito.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade insere-se na estrutura normativa da Constituição, junto aos demais princípios norteadores da interpretação das normas

constitucionais e infraconstitucionais, de forma implícita.

Apresenta-se com função de complementaridade ao princípio da reserva legal (artigo 5º, II), vez que a ação do Poder Público deve atender à lei formal, e esta deve sempre ter como parâmetro a proporcionalidade, já que o legislador não está livre de limites quando elabora as normas, principalmente, quando estas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamental.

Este princípio se encontra concretizado em diversas normas constitucionais, em especial nos direitos e garantias individuais, no inciso V do artigo 5º que garante “o direito de resposta proporcional ao agravo”.

O princípio da proporcionalidade é direito e garantia de respeito aos direitos fundamentais. Flui do espírito do § 2º, do artigo 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Em palavras textuais do professor Bonavides (1997, p. 318-319), o princípio da proporcionalidade:

[...] abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável da unidade da Constituição.

O princípio da proporcionalidade cresce em importância no Direito Brasileiro, como instrumento de controle dos atos do Poder Público e como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações.

Em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade é visto como princípio de proibição do excesso. Na lição de Stumm (1995, p. 78-79), “o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também chamado de princípio de proibição do excesso, possuindo como características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito, a exigência da análise da relação meio e fim”.

Em sentido estrito, representa um equilíbrio, no qual os benefícios atingidos deverão ser superiores aos ônus. (BRAGA, 2004, p. 84).

Todavia, o princípio da proporcionalidade é um daqueles de difícil conceituação. Ele se enquadra entre aqueles de melhor compreensão do que definição. Por isto, preferimos abordar, desde logo, os seus elementos e aplicabilidade.

O princípio da proporcionalidade tem aplicação em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos, um meio e um fim, com possibilidade de se proceder aos três exames fundamentais: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido restrito.

A existência de uma relação meio e fim devidamente estruturada é indispensável para um exame de proporcionalidade. Sem uma relação meio e fim não se pode realizar o exame do princípio da proporcionalidade, pela falta de elementos que o estruturam. O meio é aquele apropriado para atingir o objetivo pretendido.

Pela adequação, há de se analisar a idoneidade da medida para saber se, pelo menos em tese, atinge o fim colimado.

Para Afonso Luís Virgílio da Silva (2002, p.87), a adequação significa dizer que o meio é aquele apropriado para atingir o objetivo pretendido, devendo existir para tanto, um congruência entre a medida adotada e a finalidade da norma.

Já, a análise da necessidade envolve a constatação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido, e que possam promover o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos afetados. Assim a medida é necessária quando traz a menor desvantagem possível, ou seja, a menos gravosa ou nociva para o alcance do fim colimado.

Na lição de Humberto Ávila (2010, p.172):

O exame da necessidade envolve duas etapas de investigação em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restrito, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Por sua vez, o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição. Indica se o meio utilizado se encontra em razoável proporção com o fim desejado.

A distinção entre os elementos ou subprincípios da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito está no fato de que o primeiro cuida de uma otimização relativa às possibilidades fáticas, enquanto o segundo envolve a otimização das possibilidades jurídicas na lição de Alexy (1999, p. 112-113).

Interessante é, ainda, distinguir os critérios da proporcionalidade e razoabilidade, haja vista que os doutrinadores e aplicadores do Direito ora os distinguem, ora os usam como sinônimos. Juntamo-nos àqueles que assinalam diferença entre ambos. A razoabilidade é aplicada como virtude de homem prudente de forma intuitiva, não necessita de uma relação

meio e fim, enquanto que a proporcionalidade é técnica lógico-formal presente nos mais diversos ramos do conhecimento, pressupõe sempre uma relação de meio e fim.

Comungando com a tese da distinção entre a proporcionalidade e razoabilidade, Guerra Filho (1997, p. 26) leciona que:

A desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral, de plano, consideram como aceitável, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles limites, indicando como nos mantemos.

Em se tratando de direitos fundamentais, o princípio que deverá ser aplicado nas hipóteses de tensão é o da proporcionalidade tendo em vista que sempre existirá, nesses casos, relação de meio e fim. Nada impede, todavia, que também seja examinada a razoabilidade em conjunto. Dado ao uso indiscriminado destes princípios tanto na doutrina como na jurisprudência, cabe ao intérprete do Direito separar o joio do trigo.

O exame da proporcionalidade não está restrito somente ao aplicador do Direito, na solução de tensão ente princípios e direitos. O legislador quanto da elaboração das normas se utiliza dele para fixar este ou aquele direito, bem como para restringir direitos. Neste último caso, lembramos, para exemplificar, a norma contida no inciso XII do art. 5º da CF, que limita a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas em prol da colheita de provas na investigação criminal e na instrução processual penal.

A aplicação do princípio da proporcionalidade nas decisões de nossa Corte Suprema, surgida em 1890, vem sendo feita de forma gradativa. Sua primeira decisão, em que foi suscitado conflitos entre direitos e uma possível aplicação do princípio da proporcionalidade, ocorreu em 1951. O caso se referia ao Recurso Extraordinário 18.331/SP, tendo como relator o Ministro Orozimbo Nonato. Tratava-se de uma majoração do imposto de licença sobre cabines de banho cobrado pelo Município de Santos, em que a empresa Marques & Veigas se sentiu prejudicada, alegando que tal reajustamento afetava o seu direito fundamental à liberdade do exercício profissional. O juiz singular reconheceu a inconstitucionalidade da elevação do valor do imposto considerando que esta estaria colidindo com o princípio da liberdade de exercício de qualquer profissão. No entanto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a decisão de 1º grau reconhecendo que o imposto cobrado era exigível e constitucional, vez que a desproporção entre o aumento do tributo e a capacidade econômica do contribuinte foi em decorrência de contratos onerosos celebrados pela empresa. Esta, então, interpôs Recurso perante o STF.

O Supremo Tribunal Federal suscitou no julgamento a colisão entre o poder de taxar e o direito à liberdade profissional, vislumbrando possível aplicação do princípio da proporcionalidade, sob a denominação da Teoria do Desvio de Poder (desenvolvida pelos franceses). Vejamos parte do voto do relator: “O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele só pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade” (BRASIL, 1951).

Suzana de Toledo Barros (2003, p. 111), afirma que a partir desse julgado o Supremo passou a produzir outras decisões em que a idéia de proporcionalidade era usada como parâmetro de controle de constitucionalidade de atos administrativos e legislativos. Lembra a autora que foi com o julgamento da Representação 930/DF, de 05.05.76, relator Ministro Rodrigues Alkmin, que houve mudança no enfoque da matéria, vez que o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer o princípio da proporcionalidade como positivado em nosso sistema jurídico. O relator assim declarou seu voto:

Não há dúvida de que as leis regulamentárias não podem destruir as liberdades consagradas como invioláveis e fundamentais, Qual deve ser a forma do legislador quando sanciona normas limitativas dos direitos fundamentais? A mesma pergunta pode referir-se ao administrador quando concretiza atos particulares. Se o Estado democrático exhibe o valor inestimável democrático, com caráter absoluto, como a pessoa humana, aqui se chega à primeira regra para qualquer classe de limitações. A pessoa humana antes de tudo. Tendo em mira este suposto fundante, é como deve atuar com caráter razoável a regulamentação policial. A Jurisprudência e a lógica jurídica instituíram quatro princípios que regem este fazer: 1º) a limitação deve ser justificada; 2º) o meio utilizado, isto é, a quantidade e o modo da medida, devem ser adequados ao fim desejado; 3º) o meio e o fim utilizados devem manifestar-se proporcionalmente; 4º) todas as medidas devem ser limitadas (BARROS, 2003, p.111).

A partir da Constituição de 1988, as decisões do Supremo Tribunal Federal aplicando o princípio da proporcionalidade vêm proliferando, notadamente em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A utilização do princípio da proporcionalidade pelos nossos Tribunais é intensa no que se refere ao Direito Penal e Processual Penal. Na área penal avolumam-se as decisões quanto à aplicação da pena. Ilustrando, compilamos um julgado do STF que versa sobre a suficiência para atender aos fins da pena:

O legislador infraconstitucional não quantificou as circunstâncias judiciais, deixando a critério do julgador a tarefa de encontrar números suficientes a desestimular o agente e a sociedade a patrocinarem condutas análogas e,

simultaneamente, a garantir a proporcionalidade entre o fato praticado e a pena, pelo que adotou, no art. 59 do Código Penal, a Teoria Mista, Eclética ou Unificadora (BRASIL, 2011).

No processo penal, são inúmeras as decisões com aplicação da proibição do excesso, principalmente quanto à prova ilícita. O STF, com sede em HC, onde se discutia a ilicitude de prova emprestada, aplicou o princípio da proporcionalidade. Vejamos parte da ementa: “[...] Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade informam a atividade judicante, impedindo que formalismo exacerbado anule todo um processo em nome da obediência cega de preceptivos legais [...]” (BRASIL, 2005).

Com efeito, é de relevante importância o emprego deste princípio para garantia e segurança da ordem jurídica, principalmente nos dias atuais quando há inúmeras investidas para macular a constituição em benefício de grupos que desejam permanecer a qualquer custo no poder.

1.3.3 Princípios constitucionais do processo penal: devido processo legal, presunção da inocência, ampla defesa, contraditório e vedação das provas ilícitas

Na seara dos princípios constitucionais, convém abrir espaço para aqueles que alicerçam o processo penal, e que são atualmente chamados de direitos constitucionais do processo penal. Adotamos aqui as duas nomenclaturas como sinônimas.

Assim, processo penal estrutura-se sob as bases de inúmeros direitos e garantias constitucionais e princípios infraconstitucionais.

Como princípios constitucionais governantes ou regentes do processo penal, são destacados o princípio da dignidade humana e o princípio do devido processo legal.

Dentre os demais princípios constitucionais ressaltamos os seguintes princípios processuais penais: explícitos: o princípio da presunção da inocência, princípio da ampla defesa e princípio da plenitude da defesa, princípio do contraditório, princípio do juiz natural e imparcial, princípio da publicidade, princípio da vedação das provas ilícitas, princípio da economia processual e princípios correlatos; e implícitos: princípio do duplo grau de jurisdição, princípio do promotor natural e imparcial e princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo fato.

Vamos abordar aqueles que têm maior relação com o presente estudo: devido processo legal, presunção da inocência, ampla defesa, contraditório e vedação das provas ilícitas.

É sabido que esta garantia do devido processo legal tem como antecedente remoto o artigo 39 da Carta Magna, outorgada por João Sem-Terra a seus barões na Inglaterra, em 1215, onde a expressão usada era *law of the land*. Só depois é que foi mencionado o *due process of law*, que ocupou espaço constitucional nos Estados Unidos da América. Com o tempo passou a integrar o rol de garantias dos textos das Constituições européias.

Entre nós, a Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, declara que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Trata-se de uma garantia de caráter genérico e abrangente, se destinando a todo tipo de processo, quer seja judicial ou administrativo, cível ou penal.

Portanto, o processo penal se insere neste âmbito – devido processo legal – que abrange as mesmas garantias de outros processos.

Em razão de seu alcance genérico, há quem prefira utilizar a expressão - devido processo penal – no contexto processual penal, como Rogério Lauria Tucci (2009, p. 57-64).

O devido processo legal em matéria penal possui dois lados importantes: o substantivo ou o material, de Direito Penal, e o processual, de Processo Penal.

Na esfera do Direito Penal encaixa-se basicamente o princípio da legalidade, além dos demais princípios penais.

O contexto do Direito Processual Penal reúne as garantias fundamentais para que o Estado reprima, de forma justa, os delitos ocorridos. Assim, o devido processo legal chama para si todos os elementos estruturais do processo penal democrático: presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros.

Todos os princípios norteadores do Direito Penal e do Processo Penal devem ser respeitados durante a persecução penal para que se torne efetivo o devido processo legal.

A correlação do devido processo legal com a ampla defesa, contraditório, presunção da inocência, juiz natural, entre outros, tem sido objeto de decisões dos nossos tribunais. Para ilustrar, trazemos um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido. 2. Compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu. 3. A recente reforma processual estabeleceu no atual art. 396-A, § 2º, do CPP, em atenção ao princípio da ampla defesa, que ‘não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor para oferecê-la,

concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias'. 4. Em interpretação sistemática dos dispositivos do estatuto processual penal e princípios que regem o devido processo penal, aplica-se na fase recursal a mesma regra que permite ao réu o direito de amplamente se defender, com a nomeação de defensor dativo (BRASIL, 2010).

Decisões como esta revelam a preocupação dos julgadores em manter a ordem constitucional.

Outro princípio constitucional informador do processo penal, que aqui nos interessa, é o da presunção da inocência.

A previsão do princípio da presunção da inocência encontra suporte no art. 5º, LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na área penal, a pessoa inocente é a pessoa não culpada, a pessoa que não cometeu crime. O estado de inocência é virtude do ser humano, é pressuposto da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

A pessoa nasce inocente e assim permanece por toda sua vida. Só perde este atributo se for ela condenada pela prática de uma infração penal com sentença definitiva, observando-se o devido processo legal com todas as garantias.

A inocência é a regra, a culpa é a exceção. Eis porque é ônus do Estado a busca pelo estado excepcional.

Nossa Corte Suprema aplica esse princípio em toda sua plenitude. Vejamos:

[...] Ninguém pode ser tratado como culpado qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio da presunção da inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário (BRASIL, 2009).

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, vez que faz parte integrante da natureza da pessoa humana, merecendo o maior respeito em homenagem a um dos princípios regentes do processo penal, a dignidade da pessoa humana. Presumir a inocência é supor, de imediato, que o indiciado ou réu não é culpado.

A presunção da inocência tem vários efeitos: o ônus da prova cabe ao órgão acusador; a restrição dos direitos individuais contra o presumido inocente só pode ocorrer em caráter excepcional; a intervenção penal estatal deve ser mínima.

Demais, o princípio da presunção da inocência aglutina princípios correlatos: ninguém

é obrigado a se autoincriminar; o direito ao silêncio é de caráter absoluto; em caso de dúvida razoável deve prevalecer a inocência.

No contexto criminal, a culpa deriva da prova da prática de uma infração penal, considerando-se esta um fato típico, antijurídico e culpável. Assim, cabe ao órgão acusador provar ao julgador ter o réu cometido o crime na sua inteireza.

Pode ocorrer que o réu confesse a prática do fato típico, todavia diz que o fez em legítima defesa. Nesta situação, caberá ao acusado provar a excludente, e ao acusador o fato típico desprovido de qualquer ilicitude ou culpabilidade.

A presunção da inocência não tem caráter absoluto. Este princípio tem que conviver com outros bens, como a vida a integridade física, a liberdade, o patrimônio, a segurança. Para garantir estes direitos, excepcionalmente o Estado restringe outros direitos, desde que outra medida menos invasora não seja viável. Mas, as restrições aos direitos e garantias fundamentais devem possuir lastro constitucional e o comando determinado pelo Judiciário.

A prisão cautelar e as medidas invasoras à intimidade e vida privada, como a quebra de sigilo fiscal, telefônico e bancário ou o ingresso em domicílio, podem ser decretadas como exceções e não como regra, face ao princípio em comento.

Também, a decretação da prisão temporária, na fase da investigação, deve dar-se somente em casos especiais, quando já existirem provas mínimas suficientes da materialidade e autoria. O estado de inocência não veda a prisão preventiva, mas exige a comprovação dos requisitos mínimos, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação (BRASIL, 2011).

Da presunção da não culpabilidade emana a prevalência do interesse do réu e direito de não promover a autoacusação.

Assim, em caso de dúvida sobre a culpabilidade do réu, decide-se a seu favor (*in dubio pro reo*), já que a inocência é estado natural da pessoa humana e por isso presumida no âmbito do processo penal. Para ilustrar, trazemos o seguinte julgado:

A dúvida que permaneceu nos autos, quer quanto a autoria da tentativa de furto, quer quanto a real intenção do agente, dúvida essa que se vê evidenciada nos autos pelo debate suscitado, somente se interpreta em favor do réu, razão pela qual, em observância ao princípio constitucional da

presunção da inocência, deve ser ele absolvido das imputações que lhe foram feitas (SÃO PAULO, 2010) .

O direito a não se autoincriminar, decorrente do estado de inocência, não permite que o suspeito ou o acusado seja forçado a produzir prova contra si mesmo. Este princípio foi inserido em nosso ordenamento jurídico com a Convenção de Costa Rica ratificada pelo Brasil (Decreto 678, de 06.11.1992), que diz em seu art. 8º, n. 2, g: “[...] toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpada”.

O direito de permanecer em silêncio é derivado do direito de não se autoacusar, estando consagrado na Constituição expressamente para o preso no art. 5º, LXIII, mas estendido pela doutrina a todo indiciado ou acusado que está sendo interrogado. A respeito, eis como julga o Supremo:

Prisão preventiva. Réu que não compareceu à delegacia de polícia para depoimento. Fato que não lhe autoriza a custódia cautelar decretada. Ofensa à garantia constitucional de não autoincriminação. Exercício do direito ao silêncio. Constrangimento ilegal caracterizado (BRASIL, 2007).

Por esta decisão e outras similares podemos sentir certa segurança quanto à aplicação da garantia constitucional de não autoincriminação por nossos julgadores, apesar, ainda, de na prática, faltar respeito a este instituto durante as investigações, onde se busca, sobre tortura, arrancar confissão dos indiciados.

Em sequência destacamos o direito de defesa que está garantido no inciso LV do art. 5º da Constituição, que assegura aos “litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O direito de defesa sempre esteve presente nas nossas Constituições. A defesa constitui um direito natural da pessoa humana, que lhe confere dignidade.

No plano processual, a defesa constitui uma garantia do acusado e do processo. A respeito, Grinover (1990, p. 8) apud Antonio Scarance Fernandes (2012, p. 25), diz:

Acentua Grinover que, numa perspectiva de direito público, a defesa é mais que um direito, constitui “uma garantia do acusado de um lado, e garantia do justo processo, do outro”. É certo que pode numa ótica subjetiva, ser vista como direito do acusado, mas no processo moderno adquire relevância o perfil objetivo da defesa, “como ofício essencialmente social: defesa, portanto, como condição de regularidade do procedimento, na ótica do interesse público à atuação do contraditório, defesa, em última análise, legitimante da própria jurisdição.”

Para Tucci (2004, p. 206) a ampla defesa na Constituição abrange “três realidades procedimentais, a saber: a) o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a

bilateralidade da audiência (*contraditoriedade*); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (*comprovação da inculpabilidade*)”.

Defesa e contraditório estão intimamente relacionados e ambos são manifestações da garantia do devido processo legal. Este exige partes em posição opostas, mas cada uma delas com direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária, para que haja a correta aplicação da Justiça.

É necessário equilíbrio de forças entre acusação e defesa, no processo, especialmente no penal. Tanto é assim que o juiz, verificando que o réu não teve condições de se opor ao órgão acusador, pode declarar o acusado indefeso, proporcionando-lhe condições para ser melhor defendido.

A ampla defesa tem correlação íntima com o estado de inocência. Para o acusado garantir sua inocência, num processo legal, necessita se defender de forma ampla, pois do outro lado, há o órgão acusador que precisa provar a culpa do réu para romper o seu estado de inocência.

A defesa ampla abrange a defesa técnica e a autodefesa. Esta é exercida pelo próprio acusado, valendo-se de seus argumentos e raciocínio lógico. A defesa técnica é a defesa realizada pelo advogado do acusado, seja ele escolhido ou nomeado.

A auto defesa se manifesta no processo de várias formas, como: no interrogatório, quando o acusado, pessoalmente, apresenta ao juiz da causa sua versão sobre os fatos a ele imputados; na instrução, quando auxilia seu defensor na realização da defesa; quando por iniciativa própria, pode interpor recursos, impetrar *habeas corpus*, formular pedidos relativos à execução da pena.

Assim, deve o acusado ser interrogado quando presente ao ato, sob pena de nulidade do feito (art. 564, III, e, segunda parte, CPP). É indispensável a intimação do acusado para os atos processuais, para garantir o seu direito de acompanhá-los, só sendo dispensada quando for revel (art. 367, CPP). É necessária a intimação pessoal do acusado das decisões para que, se desejar, recorrer pessoalmente (art. 577, CPP).

A defesa técnica para ser ampla, como recomenda o texto constitucional, deve apresentar-se no processo como necessária, indeclinável, efetiva durante todo o *iter* processual, por profissional habilitado.

A defesa técnica é necessária para garantir o equilíbrio entre as partes. No processo penal figura de um lado, na maioria das vezes, o Ministério Público composto de representantes altamente qualificados; de outro, o acusado geralmente leigo, que, obrigatoriamente, deve ter seu defensor habilitado e capaz de defendê-lo tecnicamente, para

que haja paridade de armas.

Por isso, o Código de Processo Penal, em harmonia com o texto constitucional, expressamente no art. 261, afirma a necessidade de defensor: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Pode o acusado constituir advogado de sua confiança para a defesa. Mas, se não o fizer, ser-lhe-á obrigatoriamente nomeado defensor pelo juiz (art. 263, primeira parte do CPP), que não pode renunciar a defesa (art.265).

A defesa técnica, além de necessária, é indeclinável, pois o acusado não pode a ela renunciar. A defesa não é só direito do acusado. Constitui, também, garantia do processo legal e da própria justiça. Há interesse público em que todos os réus sejam defendidos em um processo legal com contraditório e ampla defesa, para se alcançar solução justa.

A defesa técnica também deve ser plena, isto é, deve ela se manifestar em todo o *iter* processual. Tem que se fazer presente em todos os momentos do processo, como na resposta à acusação, na audiência de instrução e julgamento, nas razões e contra razões de recurso.

Demais, a defesa técnica tem que ser efetiva, isto é, no processo deve o advogado, de fato e de direito, assistir ao acusado. Não se permite manifestações infundadas. Se o contrário ocorrer, isto é, defesa exercida inadequadamente, o processo deve ser anulado por falta de defesa. Neste sentido temos a súmula 523 do STF: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”.

Também, para garantir uma defesa efetiva, o advogado não deve assumir a defesa, em juízo de dois ou mais réus se as teses forem colidentes entre si, pois haverá prejuízo para algum ou vários deles, vez que, impossível seria ao advogado sustentar eficientemente teses antagônicas.

Nossos tribunais, na solução dos casos, aplicam o princípio constitucional da ampla defesa nas mais variadas hipóteses. Interessante o julgado do STF sobre a falta de intimação do advogado em razão de sua morte:

A CF/88 determina que o ‘advogado é indispensável à administração da justiça’ (art. 133). É por intermédio dele que se exerce ‘o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes’ {art. 5º, LV}. O falecimento do patrono do réu cinco dias antes da publicação do acórdão, do STJ, que não admitiu o agravo de instrumento consubstancia situação relevante. Isto porque, havendo apenas um advogado constituído nos autos, a intimação do acórdão tornou-se impossível após a sua morte. Em consequência, o paciente ficou sem defesa técnica. Há, no caso, nítida violação do contraditório e da ampla defesa, a ensejar a desconstituição do trânsito em julgado do acórdão e a devolução do prazo recursal, bem assim,

a restituição da liberdade do paciente, que respondeu à ação penal solto. (BRASIL, 2010).

Por fim, arrolamos outros direitos e garantias contidos na Constituição que propiciam ao acusado ampla defesa, ao mesmo tempo em que garantem o respeito à dignidade do indiciado ou acusado. São eles: 1. direito de não ser submetido a tratamento desumano e degradante (art. 5º, III); 2. direito a que a busca em seu domicílio, excluindo as hipóteses de flagrante delito, prestação de socorro à vítima e de desastre, seja precedida de mandado judicial (art.5º, XI); 3. direito a que seja respeitada a sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX); 4. direito a não identificação criminal quando identificado civilmente (art. 5º, LVIII); 5. direito a que sua prisão seja imediatamente comunicada ao juiz competente, à sua família ou a pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII); 6. direito à assistência da família (art. 5º, LXIII); 7. direito ao silêncio (art. 5º. LXIII); e, 8. direito a identificação do responsável pela prisão ou pelo interrogatório (art.5º, LXIV).

Seguimos com o princípio do contraditório que integra a Constituição Brasileira desde 1937. Atualmente, está consagrado no artigo 5º, LV, que declara: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Pelo teor de tal dispositivo, hoje, não se fala mais em contraditório na atividade instrutória, como constava da Constituição anterior.

O contraditório é uma das mais relevantes faces do devido processo legal. É o contraditório que proporciona a relação processual com igualdade de oportunidades, preservando-se o equilíbrio e possibilitando o enfrentamento das partes, ativa e passiva, durante todo o procedimento, garantindo, assim, a ampla defesa. Sem contraditório o processo é nulo.

O contraditório significa a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse. Então, não é só a expressa manifestação contrária de uma parte dirigida à outra que faz valer o contraditório, a abertura de chance para analisar e, querendo, contrariar, é o suficiente para caracterizar o exercício deste princípio.

Assim, em virtude da garantia do contraditório no processo penal não se admite que uma parte fique sem ciência dos atos da parte contrária e sem oportunidade de contrariá-los.

A garantia do contraditório não se destina somente ao réu, mas também ao órgão acusador. Põe uma parte em confronto com a outra, exigindo que ambas tenham ciência dos atos da parte contrária, com possibilidade de contrariá-los.

O contraditório, no processo penal, é observado na fase processual, não atingindo a fase investigatória, em razão do que dispõe a Constituição, art. 5º, inciso LV, ao mencionar somente processo judicial e administrativo.

Da fase da persecução penal em que não prevalece o contraditório (inquérito policial) extrai-se apenas os elementos suficientes para formar a convicção do órgão acusador, acerca da ocorrência de infração penal e de quem seja seu autor. Por isso, via de regra, as fontes de prova colhidas ou/e provas produzidas (ex. exame de corpo de delito) nesse período só ganharão validade se tiverem oportunidade de contradição em juízo.

Todavia, à semelhança de outros países, cresce entre nós a preocupação em distinguir atos próprios de investigação, para cuja efetivação não há como exigir prévia intimação do suspeito a fim de acompanhá-la, de outros, em relação aos quais é possível permitir a participação do indiciado. Na primeira hipótese, não tem cabimento o suspeito acompanhar ato de investigação, como a interceptação de suas linhas telefônicas. Na segunda hipótese, nada impede que se possibilite ao indiciado estar presente no ato, como na oitiva de testemunhas.

Há várias maneiras de se realizar o contraditório, podendo-se dar por citação, intimação, notificação, ou por outro meio que atinja a finalidade de dar conhecimento do ato. Pode ser exercido antes, ao mesmo tempo e posterior ao ato. Quanto aos elementos colhidos na investigação será diferido ou postergado. A propósito sustenta Greco Filho (1989, p. 110-111):

A Constituição não exige, nem jamais exigiu que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório é a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática. Assim, por exemplo, é válida a prova pericial realizada na fase de inquérito policial, por determinação da autoridade policial, desde que, em juízo, possa ser impugnada e, se estiver errada, possa ser refeita.

No processo penal, a principal função do contraditório é a oposição a fatos. O autor imputa ao réu a prática de um crime, cabendo a este, no exercício do contraditório, negá-lo na integridade ou parcialmente, bem como oferecer versão diferenciada dos fatos.

O contraditório, no processo penal, não tem como meta contrariar as normas. O que pode ocorrer é um debate acerca da interpretação do Direito no universo dos fatos.

Contrariar a prova produzida é outra função relevante do contraditório, pois é a prova o instrumento hábil a demonstrar ao juiz a veracidade dos fatos alegados. Portanto, a

produção de provas deve sempre contar com a assistência das partes.

As fontes de prova colhidas durante a investigação policial e as provas sigilosas deverão ser submetidas ao contraditório, em juízo, para ganharem validade. Nossos Tribunais vêm decidindo desta forma. Para ilustrar trazemos um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

O inquérito policial constitui peça informativa, e não probatória, que serve de base para a propositura da ação penal, sendo certo que o princípio da ampla defesa não se aplica na fase inquisitorial, a qual prescinde de contraditório (REsp. 897.057-ES). 22. As provas produzidas na fase inquisitiva – cujo exame pericial, nesse momento iniciado, encerrou-se quando já deflagrado o processo penal, não impõem, para sua validade, o exercício da ampla defesa e do contraditório, que restam postergados para a fase de instrução e julgamento, dando à defesa oportunidade de formular quesitos e requerer a realização de laudos complementares (BRASIL, 2010).

Este é um exemplo a demonstrar o respeito do Judiciário ao contraditório já que não permite que peças meramente informativas tenham validade como prova judicial se não forem submetidas ao contraditório.

Por fim, veremos o princípio da vedação das provas ilícitas.

No âmbito das garantias do processo legal insere-se o direito à prova. De nada adiantaria ao autor seu direito de postular em juízo e ao réu o seu direito de se defender, se não lhes fosse dada oportunidade para demonstrar suas alegações. Todavia, não é toda prova que pode ser introduzida no processo ou nele produzida.

O constituinte brasileiro no Texto Maior de 1988, no art. 5º, LVI, inseriu a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, considerando-as inadmissíveis no processo. Buscou-se combater a maneira indevida de alcançar a prova, isto é, o meio ilícito empregado para sua obtenção. Trata-se de um princípio de vedação das provas maculadas pelo vício de origem, vez que são extraídas por mecanismos inidôneos e até criminosos. Exemplo: a confissão do indiciado obtida sob tortura.

Assim, a finalidade da disposição constitucional é evitar o ingresso e/ou permanência, no conjunto probatório, dos elementos alcançados de modo ilícito. Portanto, devem ser extraídos do feito, não importando o seu conteúdo, nem seu grau de confiabilidade, pois são destituídos de eficácia jurídica. Oportuna a manifestação do ministro Celso de Mello (STF, RE 251.445-GO, Informativo 197) apud Antonio Scarance Fernandes (2012, p. 97), que bem acentuou:

A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.

Não há dificuldade para entender tal princípio. Todavia, para melhor caracterização da prova ilicitamente obtida, é importante estabelecer distinção entre estas e as ilegítimas, também vedadas.

Ensina Fernandes (2012, p. 90) que tanto a prova ilegítima e a ilícita fazem parte do gênero prova ilegal, sendo ilegítima quando a norma violada for de preceito processual, e, ilícita quando é ofendida norma substancial.

Embora mais explícito, não é outro o entendimento de Avolio (2012, p. 42 - 43). Sustenta este doutrinador que prova ilegítima é aquela cuja colheita fere normas de direito processual, onde, também, se encontram regras de exclusão e de sanção pela violação, como, exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 227 do CPP). Assim, tudo se resolve dentro do processo. Já por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, há de se entender a prova colhida com infração às regras ou princípios de natureza material, tanto em relação às normas constitucionais ou infraconstitucionais. Para violação destas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias, e, não o direito processual que cuida da prova ilegítima.

Além da distinção apontada (quanto à natureza da norma), Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 61) menciona outra: quanto ao momento da transgressão, que nos parece correta. Na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, enquanto na prova ilícita a violação se dá no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este.

As provas ilícitas foram deixadas à deriva, por muito tempo. A partir do interesse despertado nos juristas, duas correntes principais se formaram: uma pela admissibilidade da prova ilícita, outra pela inadmissibilidade.

Os adeptos à admissibilidade, embora partindo de pressupostos diferentes, defendiam a utilização das provas ilícitas no processo, reservando ao infrator as sanções cabíveis. Essa visão, de início, era resultado do exagero do apego à busca da verdade real, e, também, da precária consciência dos direitos fundamentais.

Com a evolução dos diversos ordenamentos jurídicos foram surgindo inúmeros critérios na

fixação das regras de exclusão das provas ilícitas.

A maior parte da doutrina italiana repelia a admissibilidade das provas ilícitas. Mas, foi com a entrada em vigor do Código de Processo Penal italiano, de 1988, que inúmeras discórdias foram superadas. O seu artigo 191 expressamente proíbe a utilização de provas ilícitas.

Na Alemanha, em 1950, foi introduzido na Lei Fundamental novo dispositivo, que exclui, além de outros expedientes, o de se utilizar em juízo as provas obtidas de forma proibida (§ 136, *a*).

Todavia, os tribunais ordinários nem sempre alcançaram o verdadeiro significado do alcance de tal vedação. Entendiam que a restrição era destinada aos órgãos públicos, e não também aos particulares. Mas isso foi superado a partir de 1954, quando a decisão do *Bundesgerichtshof* enunciou o seguinte princípio geral: “O direito do homem à tutela da sua dignidade e ao livre desenvolvimento da própria personalidade deve ser respeitado por qualquer pessoa, mesmo pelos outros membros da sociedade” (TROCKER, 1974, p. 576, apud AVOLIO, 2012, p. 49).

A partir daí, passou-se a entender que proibições probatórias poderiam ser assumidas pelos juízes, independentemente de prévia elaboração legislativa ordinária.

Nos Estados Unidos da América, a jurisprudência vinha repelindo as provas obtidas de forma ilegal. Mas, foi a partir da sentença proferida pela Suprema Corte, no caso ‘Mapp v. Ohio, de 1961, que se firmou posição pela inadmissibilidade das provas ilícitas. Tratava-se de uma apreensão, sem mandado judicial, de material obsceno encontrado na casa da senhorita Mapp, cuja mera posse era proibida pelas leis do Estado de Ohio. A decisão afastou a prova ilegalmente obtida, tanto nos procedimentos estaduais como federais, por constituir violação à Constituição Federal.

Na Espanha, a grande maioria dos doutrinadores é contrária à admissibilidade das provas ilegalmente obtidas.

A Constituição lusitana, ao tratar das garantias do processo criminal, dispõe em seu artigo 32:8: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. (AVOLIO, 2012, p. 54). Já, o vigente e recente Código de Processo Penal (Lei 48/2007, de 29 de agosto) cuida das provas nulas no artigo 126, dedicado aos “métodos proibidos de prova”.

A legislação portuguesa, atualmente, é a mais afinada com a jurisprudência do Tribunal Federal alemão na elaboração de um sistema processual penal com a garantia da

inadmissibilidade das provas ilícitas.

No Brasil, antes da constituição de 1988, a doutrina formou duas correntes sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo, com predominância da teoria da admissibilidade, principalmente no direito de família. São expressões da admissibilidade: Washington de Barros Monteiro, Yussef Cahali, Pontes de Miranda, Cordeiro Guerra, Tornaghi, Barbosa Moreira, entre outros.

Ilustrando, o Min. Cordeiro Guerra admitiu confissão obtida mediante sevícia (prova ilícita), desde que confirmado seu teor por outras evidências colhidas na instrução judicial (RF 285, p. 5 e ss.).

Em 1951, o Min. Raphael de Barros Monteiro confirma esse ponto de vista, declarando que “os Tribunais têm de julgar conforme as provas que lhes são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante. Essa investigação é estranha ao processo e o juiz que a fizer exorbitará de suas atribuições processuais”. (RT 194, p.157 e ss.)

Ao longo do tempo foi fortalecendo a corrente pela inadmissibilidade das provas ilícitas. Os partidários desta corrente encontravam fundamentos nas normas da legislação processual que prescrevem a inadmissibilidade de certas provas. São expoentes dessa fase Nelson Hungria, João Carlos P.de Aguiar Silva, entre outros. Assim, todos os esforços doutrinários sobre a proibição das provas contrárias aos preceitos morais e legais se desenvolviam dentro dos sistemas processuais.

Ada Pellegrini Grinover foi a primeira a postular a inserção da vedação das provas ilícitas em nível constitucional, em sua conhecida obra *Liberdades Públicas e Processo Penal*, escrita sob a vigência da constituição anterior.

A partir do advento da Constituição de 1988, com a introdução da vedação das provas ilícitas, o Superior Tribunal Federal soube contrapor ao antigo desejo da busca da verdade real a qualquer preço.

Atualmente, a doutrina dominante não admite, no processo, provas ilícitas. Todavia, esta corrente vem sendo temperada pelo princípio da proporcionalidade, visando a evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI, do art. 5º quando a ofensa à determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior, também garantido pela Constituição.

Retomaremos este tema, com enfoques mais específicos, nos capítulos vindouros.

CAPÍTULO 2 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E MEIOS DE INVESTIGAÇÃO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: ASPECTOS GERAIS

2.1 Investigação na Persecução Penal

As restrições ao sigilo das comunicações telefônicas permitidas na Constituição e disciplinadas pelo legislador ordinário tem como finalidade a colheita de fonte de prova na investigação criminal e na instrução processual penal. Assim, perfeitamente justificável o estudo dos aspectos gerais sobre a investigação na persecução penal, que será visto em dois (2) subitens.

2.1.1 Atribuição e finalidade

É tarefa atribuída ao Estado estabelecer a responsabilidade penal de alguém. O *ius puniendi* estatal pode ser exercido a partir da ocorrência de um delito no mundo real. Porém, a condenação e punição não se dão ao tempo da infração penal. São operadas somente em um devido processo legal, cujo desfecho se perfaz em prazo distanciado da prática do crime. Vigora o princípio *nulla poena sine iudicio*.

Em razão deste princípio, é sempre necessário o processo, para o Estado aplicar a norma penal, mesmo que haja concordância de quem cometeu o delito (BADARÓ, 2009, p. 67-68).

Todavia, a persecução penal não se resume a um processo. Há uma fase muito relevante da persecução penal, que precede o processo, – a investigação dos fatos tidos como delituosos -. Esta investigação se concretiza num conjunto de atividades desenvolvidas com a finalidade de descobrir e de registrar a existência de fontes de prova pertinentes à materialidade e à autoria de um delito tido como ocorrido.

A investigação evita acusações infundadas e temerárias. Sob a expectativa da segurança jurídica, a investigação tem como escopo a pacificação social, por se saber de antemão que condutas possivelmente delitivas serão objeto de investigação (LOPES JÚNIOR, 2000, p. 59-61).

Além do inquérito policial, a doutrina reconhece outras espécies de investigação que ocorrem na primeira fase da persecução penal, antes da acusação formal. Por exemplo, inquéritos parlamentares, inquéritos policiais militares, inquéritos civis e processos

administrativo-disciplinares.

É possível a promoção de uma ação penal sem prévia investigação, desde que haja elementos de materialidade e de autoria. A disponibilidade da investigação é afirmada em doutrina, fundamentada nos artigos 12, 27, 39, §5º e 46, § 1º do Código de Processo Penal (TOURINHO FILHO, 2009, p. 69).

Mesmo passível de dispensa, a investigação não perde a sua relevância. É atividade útil tanto nas situações em que não há qualquer fonte de prova, como nas situações em que há fontes de provas, mas estas são insuficientes para a formação da *opinio delicti*.

O inquérito policial, espécie de investigação criminal, é previsto no direito brasileiro desde o Império.

Em 1871, foi definido como “todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices” (art. 42 do Decreto n. 4.824 de 1871).

Atualmente, o conceito apresentado pela doutrina não destoa da antiga previsão: “um conjunto de diligências que visam apuração da materialidade e autoria de um delito tido como ocorrido”. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 65). É regulamentado pelo art. 4º e seguintes do Código de Processo Penal.

A Constituição de 1988 manteve a tradição de atribuir a função de investigar as infrações penais à polícia, Polícia Federal e Polícia Civil dos Estados-Membros da Federação, sob a presidência de autoridade policial, nos termos de seu art. 144, § 1º, inciso I e § 4º.

Desde o Império, a polícia brasileira desempenha a função de investigar até o encerramento do inquérito policial. A propósito, diz Antônio Magalhães Gomes Filho (2007, p.193):

A tarefa de investigação criminal é realizada de regra por uma organização vinculada ao Poder Executivo, denominada Polícia Judiciária, por meio de um procedimento de caráter inquisitório denominado inquérito policial (art. 4º e ss. Do CPP). Trata-se, portanto, de atividade administrativa, que se desenvolve sem a participação da acusação e da defesa.

A investigação de infrações penais integra a atividade estadual repressiva, a qual contribui para a consecução da segurança pública.

O constituinte dispôs sobre segurança pública no Capítulo III da Lei Maior, art. 144, com cinco (5) incisos e nove (9) parágrafos. Com vistas à consecução da segurança pública, as atividades estatais preventivas e repressivas foram atribuídas a órgãos policiais distintos: Polícia Federal, Polícia Civil e Polícia Militar. Os dois últimos são órgãos que integram a

administração pública de cada Estado-Membro da Federação.

A atividade preventiva é desenvolvida pela Polícia Federal (art. 144, § 1º, inciso II) e pela Polícia Militar (art. 144, § 5º) com vistas a se evitar o cometimento de infrações penais.

A atividade repressiva é realizada pela Polícia Federal (art. 144, § 1º, inciso I) e pela Polícia Civil (art. 144, § 4º) em face de um delito já cometido. A atividade repressiva se expressa em diligências tanto em fase de investigação de infrações, quanto em fase processual.

Em atividade preventiva, antevê-se a possibilidade de cometimento de um determinado crime; em atividade repressiva, pressupõe o prévio cometimento de um determinado crime (TOURINHO FILHO, 2009, p. 63-64).

Cometido um crime, a investigação, no correr da persecução penal, é exercida pela polícia sob o controle externo do Ministério Público (art.129, inciso VI) e fiscalização do Poder Judiciário.

A fiscalização da atividade policial pelos representantes ministeriais e pelas autoridades judiciais impõe limites à chamada “discricionariedade de fato”.

Conforme a lição de Aury Lopes Júnior (2001, p. 63-65), tal “discricionariedade de fato” é uma realidade confrontante com o ideal de igualdade jurídica. Entre as suas variáveis, estão a gravidade do delito, o comportamento do suspeito e o poderio econômico do infrator. Sem o citado controle, diminui a credibilidade probatória do material recolhido.

Embora seja atribuição da polícia a investigação das infrações criminais, há possibilidade de manifestação de outros entes desde que seja circunscrita a esfera de sua atuação institucional. De antemão, pode parecer irrelevante esta participação, todavia, a manifestação de entes interessados assume especial relevo quando há restrição a direitos e garantias fundamentais.

Por conseguinte, é necessário se atentar para a situação do investigado e para as atividades desenvolvidas pelas diferentes personagens oficiantes no desenrolar da persecução penal preliminar: Ministério Público, defesa e juiz.

Durante a persecução penal preliminar, o indiciado não perde sua condição de sujeito de direitos; não podendo ser tratado como objeto da investigação. Também, devem ser assegurados as garantias e os direitos processuais na fase de investigação. Para o efetivo exercício de que é titular, é indispensável que saiba a posição jurídica por ele ocupada na investigação, ou seja, o investigado ou indiciado deve conhecer o objeto da suspeita contra si formalizada.

A lei processual penal, embora se refira algumas vezes ao indiciado, não regulamenta

o ato de indiciamento, nem prevê o momento que deva ser realizado. No entanto, é importante o ato de indiciamento, pois é por meio dele que se dá conhecimento oficial da investigação.

Em razão da ausência de regulamentação, fica o ato ao arbítrio da autoridade policial, que poderá determinar, livremente, a alteração da situação jurídica do investigado, de suspeito para indiciado (FERNANDES, 2010, p. 328).

Além disso, a rigor, é tido (o ato de indiciamento) por pressuposto para a concessão das medidas cautelares, porque nele se registram os elementos de prova pertinentes à autoria. Entretanto, não raramente, estas medidas são deferidas sem antes ter sido formalizada a alteração da posição jurídica do investigado, de suspeito para indiciado. Em casos, em que se determina, por exemplo, quebra de sigilo ou interceptação das comunicações telefônicas, não se pode dizer que seja um simples suspeito, sob pena de não se terem por configurados os pressupostos cautelares. (Revista Trimestral de Direito Público, ano 2. n. 5, 1994, p. 73).

O Ministério Público, na primeira fase da *persecutio criminis*, consoante o rol de suas funções institucionais (art. 129, *caput* e inciso VIII da Constituição Federal), pode “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial”, com a necessária indicação dos fundamentos jurídicos em suas manifestações. São atribuições que possibilitam requerimentos de medidas cautelares, com fundamento em elementos de informação constantes nos autos da investigação. Enfim, pode utilizar-se de diligências indispensáveis para a formação da *opinio delicti*.

Demais, incumbe ao Ministério Público a fiscalização da observância de normas jurídicas no curso da investigação criminal. Não importa se a persecução do crime se dá por promoção de ação penal pública ou privada. Cumpre ao órgão ministerial supervisionar o desenrolar das investigações como fiel defensor que é do ordenamento jurídico, principalmente protestando pelo respeito à dignidade humana e aos direitos humanos fundamentais. Afinal, cabe a ele o controle externo da atividade policial, prevista no art. 129, inciso VII da Constituição Federal, como observado anteriormente. A respeito da atribuição conferida ao Ministério Público para investigar, veremos no tópico vindouro.

O conteúdo da investigação pode servir de base tanto para a formação da acusação como para requerer oportuna produção de prova.

A atuação da defesa nas investigações é indispensável para a tutela dos direitos do averiguado. A defesa pode ser exercida de forma autônoma. Neste aspecto, ensina o clássico Pontes Miranda que no inquérito policial não há contraditório no sentido técnico, por não haver parte e contraparte. Tal fato não obsta o exercício do direito de defesa. Pelo contrário, por haver imputação em sentido amplo, deve-se possibilitar seja exercido com amplitude

(MIRANDA. 1971, t. v, p. 234-237).

Sobre o momento para o exercício do direito de defesa no inquérito policial, vislumbra-se a atribuição de um fato ao suspeito ou indiciado em diversos atos do inquérito policial: prisão em flagrante, nota de culpa, portaria decorrente de boletim de ocorrência, ato de indiciamento e medidas cautelares (SAAD GIMENES, 2004, p. 261-265).

Portanto, a garantia da ampla defesa se traduz nos meios que se dispõem no desenrolar da atividade investigativa para a mencionada tutela de direitos. Entre eles, destacamos observância da disciplina do interrogatório na investigação, requerimentos de realização de diligências em favor do investigado e pedido de revogação de medidas cautelares.

Pelo artigo 14 do Código de Processo Penal, pode o indiciado requerer diligências, cuja apreciação é feita pela autoridade policial. Mas não se pode esquecer que a possibilidade de se defender é decorrência inarredável da assegurada garantia da mais ampla defesa, conjugada aos demais direitos e garantias fundamentais.

As diligências, utilizadas pelo investigado ou indiciado, possibilitam a descoberta de fontes de prova que interessam à demonstração de sua versão sobre os fatos. O resultado de tais diligências pode colaborar com formação da *opinio delicti* por parte do Ministério Público e produção de prova em eventual ação penal.

Além da participação do Ministério Público e da atuação defensiva do averiguado, há o exercício da função judiciária estatal, no correr da investigação. O juiz nela oficiante, outrora instrutor, passou a atuar como “juiz de garantias” ou “juiz de liberdades”, que fiscaliza sua adequação ao ordenamento jurídico. O projeto do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009), disciplina o “juiz das garantias”, ao qual é atribuída a responsabilidade pelo controle da legalidade das investigações e pela salvaguarda de direitos fundamentais (art. 14).

Cabe ao Poder Judiciário a deliberação sobre restrição de direitos e garantias fundamentais como ocorre na execução dos meios de investigação de prova (por exemplo, interceptação de comunicações, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário) e determinação de prisão cautelar.

É importante esclarecer: ao juiz não foi lhe dado poderes de investigação criminal, em outras palavras: não lhe foi atribuída competência para investigar no âmbito extraprocessual. Segundo nossa Constituição, cabe a ele processar e julgar.

O juiz pode determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156), que constitui atividade distinta da investigação de fonte de prova.

Concluída a investigação, elementos de informação, extraídos de fontes de prova descobertas, emergem dos termos das diligências nela operadas. Estes elementos propiciam a formação de juízo de admissibilidade de medidas cautelares, de *opinio delicti* e de juízo de admissibilidade de acusação eventualmente formalizada.

A respeito da avaliação dos elementos probatórios obtidos no inquérito, o ensinamento de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (1987, p. 21) deve ser aqui anotado:

Dizer-se por isso, que o inquérito policial consiste em mero procedimento administrativo e encerra investigação administrativa, é simplificar, ao extremo, a realidade sensível. Resta-se na necessidade forçada de asseverar, em seguida, que *a decisão judicial, que recebe a denúncia ou a queixa, embasada em inquérito, volta no tempo e no espaço, judicializando alguns atos de procedimento. As buscas e as apreensões, bem como todas as perícias (exames, vistorias e avaliações) emergem quais modelos de tal operação. Espécie de banho lustral sobre os meios de prova, encontráveis no inquérito.* Preferível reconhecer, com singeleza, que no inquérito policial há atos processuais, praticados por delegação, e nele existe contingente de instrução criminal definitiva.

Convém reconhecer que, sendo a finalidade da investigação a coleta de informações sobre um delito tido por ocorrido, os entes que nela oficiam têm faculdade de procurar as fontes das quais se possam extrair tais informações. Com efeito, a finalidade da investigação está intimamente ligada ao direito à prova.

Ainda, cabe anotar que o Projeto de Lei n.156/2009 do Código de Processo Penal, se aprovado como está, traz várias inovações sobre as investigações e o inquérito policial, inclusive sobre o ato de indiciamento e atuação da defesa nesta fase.

2.1.2 O Ministério Público e os poderes para investigar infração penal

A Constituição de 1988 firma a orientação de que compete à polícia investigação das infrações penais. O seu art. 144, § 1º, IV diz que a polícia federal destina-se a “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”, e, no § 4º do mesmo artigo, que as “polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Deve-se observar nestes textos que a Constituição atribuiu à polícia federal e civil a função de polícia judiciária e a função de apuração de infrações penais, porém não determinou que estas funções fossem exercidas em caráter privativo.

O artigo 129 da Constituição estabelece quais as funções institucionais do Ministério

Público, onde não figura a previsão expressa a de investigação criminal. Porém, entre as várias ali apresentadas estão: I- promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; VI- expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; e IX- exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público também não traz preceito expresso quanto à função de apuração de infração penal. Todavia, o seu art. 26 diz que no exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior; e, II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

Como não há previsão expressa na lei sobre a função do MP em promover investigação criminal, a doutrina debate a questão.

Hugo Mazzilli em sua obra Regime Jurídico do Ministério Público (1996, p. 239), entende que os procedimentos constantes no inciso VI do art. 129 abrangem os da investigação criminal.

Doutrinadores outros discordam desta fundamentação, argumentando que não se extrai diretamente dos dispositivos mencionados expressa autorização para o Ministério Público investigar. “Contudo, ela decorre do conjunto de suas funções criminais estabelecidas na Constituição, principalmente a de titular exclusivo do direito de ação penal pública, e do acolhimento por esta do sistema acusatório” (FERNANDES, 2012, p. 240). Esclarece o mesmo mestre que:

[...] não configura substituição da atividade investigativa da polícia pela do Ministério Público, pois àquela foi reservado esse mister. Cuida-se de ação especial, destinada a casos determinados, quando necessária para o Ministério Público aparelhar a sua futura acusação. Ademais, representa caminho que está em consonância com a tendência mundial de atribuir ao Ministério Público, como sucede com Portugal e Itália, a atividade de

supervisão da investigação policial. Entre nós, contudo, depende-se ainda de previsões específicas no ordenamento jurídico positivo, evitando-se incerteza a respeito dos poderes do promotor durante a investigação (FERNANDES, 2012, p. 241).

A matéria também não é pacífica na jurisprudência.

O Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução 13/2006, procurou regulamentar a atuação do MP na investigação. No entanto, a resolução foi objeto de censura por parte da doutrina e dos operadores do Direito, sob o argumento que a atividade investigativa do MP depende de lei. Inclusive, foram apresentadas no STF ações visando declaração da inconstitucionalidade da resolução.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 233.072-4/RJ, em 03.05.2002, pelos votos dos Ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Marco Aurélio, entendeu que o Ministério Público:

[...] não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos, nem competência para produzir inquérito policial penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; pode propor ação penal sem inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes (BRASIL, 2002).

Houve depois julgamentos em sentido diverso, como o proferido na decisão do HC 91.661, rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.03.2009 (Informativo 538), cujo voto merece ser trazido à colação em parte:

[...] É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. Apesar de não haver, até a presente data, um pronunciamento definitivo do Pleno do STF quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de ser permitido ao Ministério Público investigar em seara criminal, [...] (BRASI, 2009)

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido investigação penal pelo Ministério Público, em vários julgamentos, a exemplo do HC 37.316/SP, 6ª Turma, rel. Og Fernandes, j.11.12.2008. Segue ementa:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONCUSSÃO. AÇÃO PENAL. ATOS

INVESTIGATÓRIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA. SUBSCRIÇÃO. PROMOTOR. CONDUTOR. INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. APLICAÇÃO. SÚMULA 234/STJ. 1. Conquanto não se desconheça o debate travado no Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, esta Corte assentou entendimento no sentido de que, em princípio, são válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, cabendo-lhe ainda requisitar informações e documentos, a fim de instruir os seus procedimentos administrativos, com vistas ao oferecimento da denúncia. 2. Não há irregularidades no fato de o Promotor de Justiça, condutor do procedimento investigatório administrativo, subscrever a inicial acusatória. Incidência da Súmula nº 234 deste Tribunal. 3. Ordem denegada (BRASIL, 2008).

A questão está pendente de apreciação pelo Pleno do Supremo, no RE 593727, com repercussão geral reconhecida, onde o relator Cezar Peluso votou pelo provimento (apud Notícia do STF, de 21 de junho de 2012). Transcrevemos em parte:

Segundo o ministro-relator, o MP apenas pode realizar investigações criminais quando a investigação tiver por objeto fatos teoricamente criminosos praticados por membros ou servidores do próprio MP, por autoridades ou agentes policiais e, ainda, por terceiros, quando a autoridade policial, notificada sobre o caso, não tiver instaurado o devido inquérito policial. Esse procedimento investigatório deverá obedecer, por analogia, as normas que regem o inquérito policial, que deve ser, em regra, público e sempre supervisionado pelo Poder Judiciário.

O ex-prefeito foi denunciado pelo crime de responsabilidade previsto no artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei 201/1967, que consiste em “negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente”.

“Tratando-se de crime de desobediência praticado pelo prefeito, o Ministério Público não tem, a meu sentir, legitimidade para conduzir procedimento investigatório autônomo”, disse o ministro Cezar Peluso.

O ministro Ricardo Lewandowski adiantou o voto, acompanhando integralmente o relator.

De outra parte, tramitava pelo Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição n. 37 de 2009, para acrescentar parágrafo 10 ao artigo 144, estabelecendo incumbência privativa na investigação criminal pela polícia federal e civis dos Estados e Distrito Federal. Era redigida da seguinte forma:

Art. 1º. O artigo 144 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 10:

Art. 144 [...]

§ 10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.

Se fosse aprovada tal Emenda, perderia o MP a função de investigar em matéria

criminal. Porém, em razão das manifestações em contrário de instituições diversas e, em especial, das públicas que lotaram as ruas do país e acordou o “gigante adormecido” no último junho, foi rejeitada pela Câmara dos Deputados no respectivo mês, no dia 26.

Mas, a solução da questão ainda está em aberto, tanto no Judiciário como no Legislativo, aguardando decisão do Pleno do STF e votação pelo Congresso Nacional de alguns Projetos de Lei.

Não há como fazer vista grossa sobre a omissão legislativa expressa quanto à função investigatória criminal do Ministério, como também não se pode admitir a impossibilidade deste órgão em exercer tal função, que, aliás, vem desempenhando de forma tão eficiente.

Acreditamos que uma solução terminativa da polêmica seria em nível constitucional para incluir expressamente no rol do art. 129 a função de promover investigação para interposição de ação penal pública, na forma da lei, já que a competência da polícia judiciária na apuração de infrações penais não é privativa.

Uma segunda opção seria introduzir na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, através de lei complementar, no rol do art. 26, um inciso que expressamente preveja esta função, já que a própria Constituição no seu art. 129, inciso IX, possibilita esta inclusão. *Verbis*: “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade [...]”.

A partir daí uma lei infraconstitucional regulamentaria esta função, adequando a disciplina ao Código de Processo Penal.

Uma lei ordinária atribuindo expressamente poder investigatório criminal ao Ministério Público não traria suficiente tranquilidade e segurança ao exercício desta função, uma vez ausente norma explícita de hierarquia superior a reger a lei infraconstitucional, o que possibilitaria sua revogação com criação de outra lei, por simples maioria do legislativo.

No tocante aos crimes objeto de investigação pelo MP, seriam todos os de ação penal pública, como dito acima, exceto os militares e de menor potencial lesivo.

Há várias propostas de lei ordinária em trâmite que visam regulamentar a investigação criminal pelo MP. Parece-nos que a de n. XXX de 2013 (anexo), se adequada melhor aos reclamos atuais e serviria de bálsamo às discórdias que a PEC 37/ 2009 provocou. Ela define a investigação criminal, em especial a atuação conjunta da Polícia Judiciária e do Ministério Público, bem como as formas de interação deste com os órgãos técnicos que colaboram com a apuração das infrações penais.

Todavia, uma melhor opinião sobre os projetos de lei em curso depende de uma análise muito bem apurada que não será feita com sede neste trabalho, sob pena de desviar

demais do seu objeto (sigilo das comunicações telefônicas e restrições legais de relativização) e comprometê-lo na sua essência.

2.2 Meios de Prova no Direito Processual Penal

Feita abordagem sobre a investigação criminal, resta neste capítulo apreciar os aspectos gerais das provas no processo penal que faremos neste segundo item dividido em seis (6) subitens. Neste contexto merece especial atenção os meios de investigação de prova que fazem parte do objeto central do presente estudo.

O conteúdo de todo este item tem caráter explicativo, pois o intuito não é polemizar mas, sim, esclarecer sobre o fenômeno probatório para uma melhor avaliação do meio específico de investigação de prova que será tratado no terceiro capítulo. O texto é formulado a partir dos ensinamentos de Gomes Filho, Badaró, Scarance, Grinover, Avolio, Pitombo, entre outros, citados neste contexto e no primeiro capítulo quando tratamos do princípio da vedação das provas ilícitas, cujas obras estão arroladas nas Referências.

2.2.1 Considerações gerais

Nosso maior objetivo sobre as provas no processo penal se refere aos meios de investigação de prova em razão da temática deste trabalho, como afirmamos nas linhas anteriores. Mas, a princípio, uma breve incursão na teoria geral da prova se mostra oportuno.

O direito à prova está intimamente ligado ao direito de ação e de defesa. De nada adiantaria ao autor seu direito de postular em juízo e ao réu o seu direito de se defender, se não lhes fosse dada oportunidade para demonstrar suas alegações. Em razão desse liame, o direito à prova tem a mesma natureza do direito à ação e à defesa, ou seja, a de um direito subjetivo público.

A prova é a demonstração lógica da realidade, com o objetivo de gerar, no juiz, a certeza dos fatos alegados. Tem, portanto, como finalidade a produção do convencimento do magistrado em relação à verdade possível de ser alcançada no processo; e, tem como objeto os fatos alegados pelas partes, merecedores de demonstração.

Neste ponto, muito a propósito, vale a citação de um Julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: (Ap. 03655-1234.2009.8.19.0001):

A finalidade da prova é convencer o magistrado acerca da veracidade dos fatos alegados, formando assim a verdade processual, que no processo penal,

dado a grau de intromissão na esfera dos direitos individuais da sanção penal, deve corresponder à verdade real tanto quanto possível (Rio de Janeiro, 2011).

No processo penal o ônus da prova cabe ao órgão acusador, em razão do princípio constitucional da presunção da inocência, como já tivemos oportunidade de comentar, e, também, pela regra do CPP, art. 156, *caput*, que determina à parte a demonstração das afirmações feitas (prova da alegação).

O magistrado tem papel importante na produção da prova, para chegar mais perto possível da realidade dos fatos e para que possa proferir uma decisão justa. Assim, é indispensável garantir às partes o direito à prova, bem como determinar, de ofício, realização de prova relevante.

Magalhães Gomes Filho (1997, p. 85-89), comentando sobre o direito à prova no processo penal, nele engloba: o direito à investigação; o direito de proposição (indicação, requerimento) de provas; direito à admissão de provas propostas, indicadas ou requeridas; direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes; o direito de participação das partes nos atos de produção da prova (direito sobre o meio de prova); direito à avaliação, da prova.

A participação das partes no momento da produção das provas é indispensável para a realização do contraditório. No Processo Penal, o membro do Ministério Público deve comparecer aos atos de instrução, como também o acusado e seu advogado. A presença do juiz também é exigida no momento da produção de provas. O artigo 155 do CPP somente permite que o juiz forme seu convencimento em prova produzida em contraditório judicial, ou seja, com sua presença e das partes.

Uma outra exigência relevante quando ao direito à prova, com lastro no inc. IX, do art. 93 da Constituição, é a de o juiz estar obrigado a fundamentar sua decisão. E para cumprir este dever, tem que levar em conta as provas produzidas em contraditório judicial. Não há como elaborar sentença justa sem antes valorar cada prova do conjunto probatório. Para isso são utilizados sistemas de ponderação

Os sistemas mais utilizados são: livre convicção (livre valoração, sem necessidade de motivação nas decisões); prova legal (o julgador fica adstrito ao critério fixado pelo legislador); convencimento racional (livre apreciação aliada à necessária fundamentação).

O convencimento racional também denominado de livre convencimento motivado, persuasão racional, apreciação fundamentada, é adotado entre nós, conforme o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, e, art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal.

Deve-se deixar claro que a livre apreciação da prova não corresponde à livre convicção. A ponderação e análise do conjunto probatório não dependem de limites impostos, mas, a convicção do juiz deve se pautar nas provas coletadas em contraditório judicial.

Indispensável é que seja produzida a prova em juízo sob o manto do contraditório e da ampla defesa num processo legal. Deste palco, o julgador extrai a base de seu convencimento. No entanto, o legislador de 2008, permitiu a extração de elementos de prova advindos da fase investigatória. Todavia, condicionou a um limite: que não sejam as únicas fontes de prova a fornecer dados para a convicção do juiz.

É pacífico o entendimento de nossos tribunais neste ponto. Trazemos dois julgados para ilustrar: um do STF (HC, n. 103.660/SP) e outro do STJ (HC, n.148.140/RS).

Segundo entendimento pacífico desta Corte não podem subsistir condenações penais fundadas unicamente em prova produzida na fase do inquérito policial, sob pena de grave afronta às garantias constitucionais do contraditório e da plenitude da defesa (BRASIL, 2010).

A prova, para que tenha valor, deve ser feita perante juiz competente, com as garantias de direito conferidas aos indiciados e de acordo com as prescrições estabelecidas na lei (BRASIL, 2011).

Com efeito, o juiz pode apreciar os elementos informativos do inquérito policial, desde que, essas informações estejam corroboradas por prova judicial. É vedada a condenação quando a convicção se apóia somente nessas informações, porque faltam provas produzidas sem contraditório. Afinal, se milita a favor do réu o princípio constitucional da presunção da inocência, contra lei seria sua condenação com fulcro exclusivamente nas informações da fase investigatória, que, por si só, não constituem provas.

2.2.2 Previsão normativa das provas

O nosso Código de Processo Penal, editado em 1941, não disciplina de forma sistemática os meios de prova.

No seu título VII, que versa sobre a prova, após um capítulo dedicado às “disposições gerais” (cap. I, art. 155 a 157), seguem-se capítulos sobre o “exame de corpo de delito e perícias em geral” (art. 158 a 184), o “interrogatório do acusado” (art. 185 a 196), a “confissão” (art. 197 a 200), as “perguntas ao ofendido” (art. 201), as “testemunhas” (art. 202 e 225), o “reconhecimento de pessoas ou coisas” (art. 226 a 228), a “acareação” (art. 229 e 230), os “documentos” (art. 231 a 238), os “indícios” (art. 239) e a “busca e apreensão” (art. 240 a 250)

É de se ver que não há distinção entre meios de prova, meios de investigação de prova e outros procedimentos probatórios.

O interrogatório do acusado embora previsto no título da prova (art. 185 a 196), não constitui meio de prova e sim meio de defesa, em razão da previsão constitucional do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), decorrente do princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII).

A confissão (art. 197 a 200) embora tradicionalmente tratada como meio de prova, de forma quase unânime pela doutrina, não nos parece como tal. Comungamos da mesma opinião de Cândido Rangel Dinamarco (2001, v. 3, p.100), a confissão judicial não é um meio de prova, mas, sim, o resultado eventual do interrogatório. A confissão extrajudicial deve ser formalizada em um documento, e, aí, é o documento o meio de prova e não a confissão em si.

Do mesmo modo, o indício (art. 239) também não é, em si, um meio de prova. Trata-se de um fato provado que permite concluir pela existência de um outro fato, através de um raciocínio lógico.

Segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura (1994, p. 38), “indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo”.

A busca e apreensão não é um meio de prova, mas uma medida cautelar visando a assegurar a produção de prova. Trata-se, na realidade, de meio de investigação de prova, tal como ocorre em relação à interceptação das comunicações telefônicas (Lei 9.226/96).

Com as alterações introduzidas no Código de Processo Penal, pela Lei 11.690 de 09.06.200, houve uma substancial melhora quanto à disciplina da prova.

Fez parte essa reforma de um conjunto de outras do processo penal brasileiro, essas há muito discutidas pela comunidade jurídica e acadêmica, que objetivam a adequação da lei ordinária aos princípios e garantias processuais consagrados pela Constituição de 1988.

Hoje a prova é disciplinada pelo mesmo sistema anterior, nos artigos 155 a 250, com os mesmos capítulos. Todavia, as mudanças ocorreram no texto dos artigos.

São características inovadoras: a delimitação do alcance do princípio do livre convencimento do juiz; a consagração do contraditório como elemento essencial do próprio conceito de prova; a regulamentação legal da proibição das provas ilícitas; uma nova disciplina dos meios de prova pericial e testemunhal, mais adequada ao contraditório como método de formação das provas (GOMES FILHO, 2008, p. 247).

Pela atual redação do art. 155, resta claro que o livre convencimento do juiz não significa liberdade de prova. O livre convencimento se dá no momento da valoração da prova,

com incidência nas provas produzidas em contraditório e, extraordinariamente, nas informações trazidas pela investigação. Assim, o juiz, para formar seu convencimento, não pode se valer de outras fontes de prova, como, também, não está autorizado a buscar a verdade a todo preço.

Conforme art. 155, inovado pela Lei 11.690/2008, ao tornar explícita a diferença entre prova e elemento informativo trazido pela investigação indica que o contraditório é verdadeira condição de existência da prova.

De fato, no sentido jurídico, só podem ser considerados provas, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação das partes, em contraditório.

O contraditório é um elemento formador do processo legal e, também um fundamento político-ideológico do Estado Democrático de Direito, pois permite que as decisões judiciais sejam abertas à participação dos interessados, em igualdade de condições.

Mas o que mais interessa à prova é sua característica técnica, pois o melhor método para a descoberta da verdade dos fatos é aquele em que se levam em consideração as contribuições debatidas e trazidas pelas partes.

Outra inovação que se deu pela mesma reforma se refere à utilização das informações da investigação na formação do convencimento judicial.

O art. 155, com a nova redação, abrigou o entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência, determinando que os elementos colhidos na investigação somente poderão servir de base para a apreciação do magistrado, na formação de sua convicção, se forem convergentes com os elementos de prova judicial, produzidos em contraditório.

Uma outra modificação diz respeito ao ônus da prova. Embora o legislador tenha mantido o art. 156 do CPP, foram introduzidas duas relevantes mudanças: acrescentou ao elenco do artigo 386 nova hipótese de absolvição: quando houver dúvida sobre a ocorrência de causas de exclusão de antijuricidade e isenção de pena (inciso VI); ampliou os poderes instrutórios do juiz ao dizer que podem ser utilizados até antes de iniciada a ação penal (art. 156, I).

Com a dita primeira alteração, o legislador alcançou o princípio constitucional da presunção da inocência ao incluir expressa referência à absolvição em caso de dúvidas quanto à ocorrência de causas que excluem a ilicitude ou isentam de pena (art. 386, VI).

A respeito da segunda modificação, ampliação dos poderes instrutórios do juiz facultando-lhe, de ofício, antes do início da ação penal, ordenar a produção antecipada de provas (inciso I, do art. 156), não pode levar ao entendimento de que a Lei 11.690/2008

atribuiu ao juiz poderes para investigar, como pretendem alguns intérpretes.

Essa ótica é inconcebível, uma vez que segundo a Constituição, os juízes têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual.

Com efeito, o novo texto do art. 156, I, deve ser lido à luz da Constituição, o que afasta a figura do juiz investigador.

A nova redação, dada ao art. 157 do CPP e a inclusão de três parágrafos, pretendeu disciplinar, no plano infraconstitucional, a matéria de provas ilícitas, antes só prevista no art. 5º, LVI, da CF. Todavia, o legislador pecou na redação, como veremos adiante.

Merecem referência as inovações previstas no Projeto de Lei n. 156 do Código de Processo Penal, em trâmite no Congresso Nacional, quanto à teoria geral da prova.

Mas, para que haja uma melhor compreensão sobre provas, é preciso perceber o contido no início do Projeto: o Livro I trata “Da persecução penal”, e no Título I cuida “Dos princípios fundamentais”.

Em seu artigo 1º, o Projeto do CPP estabelece que o processo penal será regido, em todo o território nacional, por este Código, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil.

Trata-se de importante medida para a efetiva aplicação dos tratados e convenções internacionais, dos quais o Brasil faça parte, terminando assim com a discussão baseada na regra atual, que ressalva os tratados e convenções internacionais.

No art. 2º garante explicitamente a estrita obediência ao devido processo legal constitucional.

Em seguida, no art. 3º, garante a aplicação no processo penal do contraditório e a ampla defesa, com efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais.

Já no art. 4º fixa a estrutura acusatória: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

O professor e magistrado, Guilherme Madeira Dezem, a respeito, assim se pronuncia: “Poder-se-ia dizer que este artigo 4º representa um dos eixos do novo código: fixa a estrutura acusatória e deixa claro que jamais poderá haver iniciativa do juiz de investigação e, também, a substituição da atuação probatória do órgão acusatório”(Boletim IBCCRIM, Ano 18, Edição Especial, agosto de 2010, p. 13).

Tal dispositivo encontra reforço no art. 162, parágrafo único, o qual estabelece que

será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no artigo 4º. Com efeito, a atividade probatória, de ofício, do juiz fica reduzida, podendo somente esse órgão atuar de ofício no final do processo e, mesmo assim, jamais fazendo às vezes do órgão da acusação.

O art. 5º traz o critério de interpretação das leis processuais penais: proibição de excesso; proteção máxima aos direitos fundamentais e efetividade da tutela penal. Já no art.6º é aceita a analogia e a interpretação extensiva, mas é proibida a ampliação do sentido de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais.

A prova ilícita vem tratada no artigo 164 do Projeto, onde não há mais definição do conceito de prova ilícita como acontece hoje (art. 157 do CPP), mas somente a sua vedação. Demais, fixa no seu parágrafo primeiro que a prova declarada ilícita será desentranhada dos autos e arquivada em cartório. Esta medida é melhor do que a prevista no vigente CPP que, em seu art. 157, determina inutilização da prova reconhecidamente ilícita, uma vez que pode estar contida nela a materialidade do crime cometido pela autoridade.

O Projeto do CPP não inova quanto à possibilidade de utilização da prova ilícita derivada nas hipóteses denexo causal atenuado e fonte independente. Seria importante que o legislador fizesse um ajuste na redação para deixar claro a adoção da teoria da descoberta inevitável e não a teoria da fonte independente, o que possibilitaria a distinção entre ambas, pois são tomadas como sinônimos no CPP vigente.

Referente à fundamentação relativa às provas, o sistema do livre convencimento motivado é mantido. Contudo, com a restrição de que a fundamentação deverá ser apoiada nas provas submetidas em contraditório judicial (art. 165), devendo o juiz indicar os elementos utilizados e os critérios adotados.

A prova emprestada encontra-se regulada no art. 166 do Projeto: “admite-se no processo penal a prova emprestada, mediante requerimento da parte e desde que tenha sido colhida em processo judicial ou administrativo com observância do contraditório e ampla defesa.”

É importante essa disposição, todavia, carece de melhor redação para afastar divergências. Primeiro, deveria restar explícito que somente poderá ser utilizada a prova emprestada se tiver ela sido produzida na presença daquele contra quem se pretenda utilizá-la, como amplamente reconhecido pela doutrina.

Segundo, deveria fazer referência à defesa técnica no processo administrativo para a validade da prova emprestada, atendendo aos princípios da igualdade das partes e da ampla defesa. Reforça esse entendimento a posição do Superior Tribunal Federal posto na súmula

vinculante nº 5, assim: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Com efeito, se ficar como está tal disposição, a utilização de depoimentos de testemunhas que tenham sido colhidos em processo administrativo sem a presença da defesa técnica, pode contrariar o espírito do novo Código. Então, poder-se-ia limitar o uso dos depoimentos das testemunhas quando não existente a defesa técnica.

Demais, outra inovação trata-se da inclusão de meios de investigação de provas, fora do tópico das provas, por não se constituírem provas, tal como o doutrina vinha afirmando. Assim, são regulamentadas, nos artigos 224 a 258, da busca e da apreensão e, da interceptação das comunicações telefônicas.

No que se refere à matéria probatória, podemos dizer que houve um avanço no Projeto do Código de Processo Penal. Mas, alguns detalhes poderão ser aprimorados para se chegar ao ideal do Projeto contido nos primeiros dispositivos.

2.2.3 O direito à prova

Não há pretensão de exaurir o assunto sobre provas, mas, sim, de levantar aspectos pertinentes à temática do trabalho. Assim, dando continuidade ao que foi exposto no item 2.1, entraremos no direito à prova e seus correlatos.

A necessidade de colheita de dados esclarecedores de um delito tido por ocorrido, já na primeira fase da persecução penal, justifica a existência de um direito autônomo: o direito à prova. O direito à prova se caracteriza num

[...] verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de *ação e de defesa* (GOMES FILHO, 1997, p. 84).

No direito brasileiro, o direito à prova, se acha integrado no sistema de direitos e garantias fundamentais assegurado pela Constituição Federal no artigo 5º, § 2º, como já tivemos oportunidade de registrar.

Tal como os direitos de ação e de defesa, o direito de provar é um direito público. Os seus titulares são os entes titulares da ação, Ministério Público e ofendido, bem como o assistente de acusação, o acusado e o investigado. Tem como sujeitos passivos: o Estado representado pela figura do órgão jurisdicional que deve tornar efetivas as postulações das partes em relação às atividades probatórias; a parte contrária, quando tenha em seu poder

alguma prova, ressalvado o direito do acusado e do investigado a não autoincriminação; e terceiros, como as testemunhas e os peritos, cujo dever de veracidade corresponde um direito da parte à obtenção da informação verdadeira (GOMES FILHO, 1997, p. 84-86).

O exercício do direito à prova deve permear o fenômeno probatório em toda a sua integralidade. Por esta razão, é assegurado em diferentes momentos da persecução penal: em investigação, como faculdade de “procurar e descobrir provas”; em processo, no qual devem ser garantidas oportunidades para a proposição, a admissão, a produção e a valoração da prova (GOMES FILHO, 1997, p. 87-89).

A compreensão da atividade probatória ou fenômeno probatório é facilitada com o exame do significado do termo prova, o que será feito a seguir.

2.2.4 Significado do termo e do objeto da prova

O termo prova, em terminologia processual, tem diversos significados: fonte de prova; meio de investigação de prova; meio de produção de prova; elemento de prova e resultado de prova. As diferentes acepções do termo são correlacionadas e derivadas da noção de fonte de prova.

Fonte de prova é expressão utilizada para designar pessoa ou coisa, da qual se podem extrair dados objetivos, informações relevantes para a investigação ou processo.

Com efeito, a fonte de prova se classifica em fontes pessoais (testemunha, vítima, agente do delito, entre outros) e fontes reais (por exemplo, documentos em sentido amplo).

As fontes de prova são provenientes do fato em si. Existem independentemente do início da investigação ou do processo. São anteriores e extraprocessuais, porque são concomitantes ao fato. Exemplificando: A mata B com um tiro, em frente à estação rodoviária. Vários viajantes presenciaram o fato típico. Temos aí uma fonte de prova pessoal: testemunha. O viajante coexistiu com o agente do delito, no momento deste.

Meios de prova, também chamados de meios de produção de prova, são “instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção de prova)” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães, 2005, p. 308).

Em outras palavras, ensina Antonio Scarance Fernandes (2006, p. 158):

[...] um meio de produção de prova é o mecanismo utilizado para trazer a fonte de prova para o processo. Assim, o depoimento de alguém é um meio de prova, pois transporta para o processo a fonte de prova, ou seja, o fato de conhecimento direto ou indireto da testemunha Quando se assegura

a alguém o direito de não depor e de guardar sigilo sobre o que sabe restringe-se o uso de um meio de prova.

A produção da prova é atividade endoprocessual, admitida por juízo competente e desenvolvida perante ele, com o conhecimento e a participação das partes, sob o crivo do contraditório.

É interessante anotar que as partes têm disponibilidade plena sobre as fontes de prova, visto que são elas, e não o juiz, quem melhor conhece como provar os fatos alegados. O juiz, todavia, quando toma conhecimento da existência de uma fonte de prova, poderá ele determinar seja produzido o meio de prova a ela relativo.

Elementos de prova são dados objetivos de fonte de prova que confirmam ou negam uma asserção sobre fato relevante para a decisão da causa. Exemplos: as declarações de uma testemunha, o conteúdo de um documento.

Resultado da prova é a conclusão obtida, através da valoração judicial, sobre o conjunto de elementos probatórios extraídos de fontes de prova, pertinentes ao fato investigado, insertos nos autos do processo.

O resultado da prova “é obtido não apenas pela soma dos elementos probatórios, mas, sobretudo, por meio de um procedimento intelectual feito pelo juiz, que permite estabelecer se a afirmação de um fato é verdadeira ou não” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães, 2005, p. 308).

Antes da apreciação judicial, o elemento de prova é “dado bruto que se extrai da fonte de prova” (BADARÓ, 2009, t. I, p. 198).

Da fonte de prova ao resultado probatório há uma boa caminhada. No entanto, a trajetória pode ser mais longa se a fonte de prova for desconhecida antes de se iniciar o percurso, porque se torna necessária a investigação de sua existência ou inexistência.

A tarefa de investigação de fonte de prova, não raras vezes, esbarra nos direitos e garantias individuais. Nestas hipóteses, para continuar a trajetória, necessária a restrição de tais direitos e garantias para a descoberta de prova. Aí, o legislador delinea institutos capazes de pesquisar a existência ou não da prova. É exemplo: os meios de investigação de prova.

Meios de investigação de prova são os instrumentos usados para descobrir ou recolher a fonte de prova, assim reconhecidos pela doutrina.

São instrumentos jurídico-processuais por intermédio dos quais é possível a descoberta e o sucessivo registro da existência de fontes de prova. Tais fontes, cuja existência passa a ser conhecida pelas partes, se pertinentes ao tema probante, podem ser oportunamente introduzidas no processo, pelo meio de produção correspondente.

São espécies destes meios de investigação de prova, por exemplo, as buscas, as interceptações de comunicações e a infiltração de agentes.

Os meios de investigação de prova se realizam através de procedimentos regulados pela lei (em geral, extraprocessuais), que se desenrolam, em regra, sob a autorização e fiscalização judicial. Tais meios são caracterizados pela surpresa, sem a qual pode ser dificultada a descoberta de fontes de prova. Os atos do respectivo procedimento podem ser praticados por policiais.

Os meios de investigação de prova, em geral, são realizados na fase das investigações, o que não exclui a possibilidade de execução na fase processual, para possibilitar descoberta de fontes de prova diversas das que serviram de base para a formação da *opinio delicti*.

Os meios de investigação de prova, em regra, são operados pelos policiais com atribuição de investigar as infrações penais, com prévia autorização e concomitante fiscalização judiciais.

Os atos dos meios de investigação de prova são praticados, em regra, com fundamento na surpresa repita-se, com desconhecimento de interessados.

Os elementos de informações obtidos na execução de um meio de investigação de prova, juntamente com a descoberta de fontes de prova, em regra, não são úteis para o exame de objeto de prova, nem servem para fundamentar decisão judicial sobre mérito da causa. Estas informações, em regra, são úteis para a formação do juízo de admissibilidade de medidas cautelares, de *opinio delicti* e de juízo de admissibilidade de acusação formalizada.

Os atos integrantes dos meios de investigação de prova, se praticados em desconformidade com o modelo legal para sua execução, são sancionados com inadmissibilidade.

Passaremos adiante ao significado do objeto da prova.

A pretensão punitiva estatal, formulada em juízo no exercício do direito de ação, fundamenta-se em certo fato delituoso tido por ocorrido.

O juiz, para estabelecer adequada qualificação jurídica do fato, os efeitos dela decorrentes e o julgamento do pedido de tutela jurisdicional, necessita se apoiar nos elementos probatórios constantes do processo.

As questões de direito independem de comprovação do que se afirma, não de ser solucionadas pela autoridade judicial competente para determinação do direito aplicável, não importando o grau de complexidade.

Por outro lado, as questões de fato (dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas

pelas partes no processo) devem ser resolvidas pelo juiz à vista da prova dos acontecimentos pretéritos. Assim, a prova é o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência de certos fatos. Com efeito, o objeto da prova não se constitui em simples fatos externos, mas, sim, em fatos interpretados.

Embora seja comum a afirmação de que o objeto da prova são os fatos, o que se provam não são os fatos, mas as alegações dos fatos. Afinal, provar, em sentido amplo, significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre o fato tido como ocorrido no mundo real. Obtém-se prova de um fato quando existem elementos de conhecimento idôneos a fundar a veracidade da enunciação sobre aquele fato.

Arrematamos com o conceito de Antonio Magalhães Gomes Filho (2005, p. 317): o *thema probandum* (objeto da prova) “é determinado pelas proposições representativas do fato juridicamente relevantes, e colocadas pelas partes como base da acusação e da defesa, ou mesmo como fundamento de eventual pesquisa judicial”.

2.2.5 Classificação do termo prova

A complexidade do fenômeno probatório não decorre apenas dos diversos significados do substantivo prova e do objeto da prova. Também se estende pelas diferentes classificações do termo, que o qualificam e possibilitam a conclusão sobre o sentido em que o termo é empregado. Por ora, destacamos as mais relevantes para compreensão dos meios de investigação de prova.

As classificações operadas pela doutrina servem para enfatizar a observância dos princípios e das regras integrantes da disciplina probatória. Delas sobressaem os princípios da legalidade e o do contraditório.

A busca da verdade, nela incluída a existência de fontes de prova, deve ser concretizada sob a observância do princípio da legalidade. Afirma-se a existência de um princípio de legalidade probatória, quando uma prova só pode ser adquirida por meio da observância de uma série de limites. Quanto à afirmação da legalidade probatória, Antonio Magalhães Gomes Filho (2005, p. 315) observa que a legalidade probatória “representa a mais valiosa garantia do acusado contra decisões arbitrárias”.

O contraditório, como condição de eficácia das provas, é ressaltado por Ada Pellegrini Grivoner (2005, p. 62):

[...] de extrema relevância é o problema do contraditório, entendido como participação das partes e do juiz no momento da produção das provas.

Trata-se, agora, das atividades dirigidas à constituição do material probatório que vai ser utilizado pelo órgão jurisdicional na formação de seu convencimento. E a relevância de tais atividades, necessariamente banhadas pelo contraditório, tem sido posta em destaque pela doutrina universal, encontrando ressonância nas legislações mais avançadas.

Em comentário ao texto normativo do art. 155 do Código de Processo Penal diz Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p 250):

A Lei 11.690/2008, ao tornar explícita essa diferença essencial entre prova e elemento informativo trazido pela investigação, ressalta que a observância do contraditório é verdadeira condição de existência da prova. De fato, só podem ser consideradas provas, no sentido jurídico-processual, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com participação das partes, em contraditório.

De primeiro vamos discorrer sobre prova ilícita e prova ilegítima, e desde logo devemos nos reportar ao capítulo um (1), quando tratamos do princípio da vedação das provas ilícitas, cujo conteúdo deve ser agregado a este. Aqui, o interesse é estabelecer a diferença entre prova ilícita e ilegítima e seus efeitos no processo penal, e, não apresentar um estudo completo sobre o assunto como fez Pietro Nuvolane ou analisar as diversas correntes que se debatem sobre o uso desta e daquela nomenclatura.

É sabido que a ilicitude e a ilegitimidade de uma prova decorrem da ilegalidade operada na obtenção ou na produção da prova. A ilegalidade, que caracteriza a prova ilegal (*prova contra legem*), ocorre com a violação de normas ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Se a violação for de normas de direito material tratar-se-á de prova ilícita. Se, entretanto, a violação for de normas de natureza processual constituir-se-á em prova ilegítima. Esta é a diferenciação fornecida por grande parte da doutrina como Avolio (2012, 43-44), Scarance Fernandes (2012, 90-91), Grinover (1976, p. 126-129), entre outros.

Temos como exemplo, de prova ilícita a obtida com violação dos direitos e garantias que fundamentam a tutela das comunicações telefônicas; e, de ilegítima, um testemunho prestado sem observância do procedimento previsto na lei processual penal.

Retornando aos significados do termo prova, concluímos que ilegais não são os meios em si de investigação ou de produção da prova, mas, sim, atos concretamente praticados na investigação ou na produção de prova, que tornam, posteriormente, ineficazes a descoberta de uma fonte de prova (ilicitude na colheita) ou o registro de elementos de prova (ilegitimidade na produção).

Assim, em prova ilegítima, o termo se refere aos elementos probatórios (ilegítimos)

e, em prova ilícita, à fonte de prova (ilicitamente colhida).

Na violação de norma de direito material, a ilicitude de uma prova decorre não só de uma ofensa direta a um bem jurídico, como também da inobservância de garantias que asseguram os direitos fundamentais. É por isso que se adjetiva ilícita a prova colhida com violação às normas, princípios e regras, previstos pela Constituição ou pelas leis, para proteção dos direitos fundamentais(AVOLIO, 2012, p. 43).

O art. 157 do Código de Processo Penal define como provas ilícitas “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Esta redação não é precisa, pode confundir o leitor pois não menciona se as normas são de natureza processual ou material.

Antonio Magalhães Gomes Filho (2005, p. 266) comentando este dispositivo entende que o legislador não foi feliz na definição apresentada. Textualmente diz:

[...] não parece ter sido a melhor, assim, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que, longe de estabelecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573, *caput*, do CPP.

Com efeito, melhor seria que o legislador ordinário não apresentasse definição legal.

Scarance Fernandes (2012, p. 91) sugere que “as normas legais referidas pelo artigo são as de conteúdo material, mais especificadamente as de natureza penal”.

Assim, a lei processual não se preocupou em distinguir prova ilícita de prova ilegítima. No entanto, é relevante a distinção para compreensão do regime jurídico de cada uma delas, por isto tratamos de diferenciá-las neste contexto.

Estabelecer a diferença entre ambas é importante para delimitação da sanção processual a elas aplicável: nulidade à prova ilegítima; inadmissibilidade à prova ilícita.

A nulidade implica ineficácia do ato de produção, que poderá ser renovado; a inadmissibilidade implica ineficácia do ato de descoberta da fonte, impede o ingresso em processo. Todavia, se uma prova inadmissível vier a ingressar nos autos de um processo, impõe-se o desentranhamento.

Para reforçar, resumidamente dizemos: prova ilícita é prova que agride as normas de conteúdo material de natureza penal, no momento do ato de descoberta da fonte de prova, que sofre como sanção a sua inadmissibilidade no processo. Ex. uso da tortura para “arrancar” a confissão.

De segundo, vamos tratar da prova típica, prova atípica, prova nominada e inominada.

A qualificação da prova como típica ou atípica está relacionada ao princípio da legalidade e decorre do tipo processual, que em matéria de prova é adjetivado de tipicidade probatória. Então, tipicidade probatória é entendida como a previsão de um procedimento probatório típico para produção de um determinado meio de prova. Portanto, a diferença entre ambas (prova típica e atípica) consiste na existência ou inexistência de disciplina legal da modalidade probatória.

É relevante o estudo da atipicidade, vez que os frutos da incessante criatividade humana podem aflorar em modelos não delineados pelo legislador. É por isso que a estruturação de um sistema processual deve possibilitar a utilização de novos instrumentos desenvolvidos pela evolução tecnológica, observados os direitos e garantias processuais.

A doutrina debate o significado da expressão prova atípica, e, a discussão é reavivada quando uma imaginada nova espécie de prova é cotejada com os modelos já existentes.

Na Itália, onde o tema é versado em lei processual penal (art. 189 do CPP italiano), em linhas gerais, destacam-se duas posições assumidas pela doutrina: a posição restritiva e a posição ampliativa.

Adeptos da primeira apregoam que a atipicidade probatória se refere à ausência de previsão legal de fonte de prova.

Os defensores da segunda corrente sustentam que a atipicidade limita-se ao procedimento probatório. Assim, a prova é tida por atípica em duas situações: se é legalmente nominada, sem a previsão do respectivo procedimento probatório; se não é nominada, o que também implica a ausência de delimitação de procedimento probatório.

A doutrina brasileira, referindo-se à italiana, sustenta a inclusão do procedimento na noção de tipicidade probatória. A este respeito, Antonio Scarance Fernandes (2007, p. 199) esclarece que “prova típica é aquela prevista e dotada de procedimento próprio para sua efetivação; a prova atípica é aquela que, prevista ou não, é destituída de procedimento para sua realização”.

Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros é comum a remissão a um meio de prova similar para a produção de prova sem procedimento próprio. Nesta hipótese, não haveria propriamente atipicidade, considerada a regulamentação por remissão. Inexistindo remissão, pode haver emprego de analogia, observando-se o procedimento de um meio de prova similar previsto em lei.

Salienta Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2009, p. 200) que a observância do

procedimento probatório previsto em lei “assegura a genuinidade e a capacidade demonstrativa do meio de prova”.

Dos conceitos citados, extrai-se o sentido do termo prova empregado em prova atípica: meio de prova. Parece-nos que se refere tanto aos meios de produção de prova quanto aos meios de investigação de prova.

Com efeito, em sentido estrito, prova típica é a prevista em lei, com o respectivo procedimento probatório (próprio ou por remissão); prova atípica, a prevista em lei, sem o respectivo procedimento probatório (próprio ou por remissão), e a não referida em lei. Então, para que perfaça o tipo probatório, não basta a previsão legal; é necessária delimitação de procedimento.

Prova nominada é a prevista em lei, com ou sem delimitação de procedimento probatório. Inexistindo procedimento, mesmo sendo nominada, é espécie de prova atípica. Prova inominada é a não referida em lei quer quanto ao meio de prova como ao procedimento. Obviamente, também é espécie de prova atípica.

A admissibilidade dos meios de investigação e produção de provas atípicos será exposta adiante. Todavia, adiantando a matéria, podemos dizer que são admissíveis apenas os meios de produção de prova atípicos desde que observado um procedimento probatório de meio típico, por analogia, com fundamento no art. 332 do Código de Processo Civil. Ainda, deve-se observar o contraditório, antes da formação do juízo de admissibilidade da prova cuja produção se requer.

Um exemplo de meio de prova atípico é a reprodução simulada dos fatos (art. 7º do Código de Processo Penal), também conhecida por reconstituição do crime. Embora nominada em lei, não se prevê procedimento probatório.

Sobre a eficácia probatória da prova atípica admitida e produzida, pode-se dizer que os respectivos elementos probatórios não de ser valorados no caso concreto, com critérios racionais, tal como acontece com a prova típica, desde que a prova atípica tenha sido produzida com observância de direitos e garantias processuais, e que os seus resultados sejam úteis.

De terceiro vamos cuidar da prova irritual e prova anômala.

A análise da tipicidade probatória vai além da prova atípica e prova inominada.

Em regra, os procedimentos probatórios previstos na regulamentação dos meios de prova devem ser observados. Excepcionalmente, admitem-se procedimentos não previstos em lei. Assim, se previsto um procedimento, sua observância, para execução de determinado meio de prova, é inarredável. É inadmissível a instituição de outro procedimento distinto do

legalmente previsto, com base em pretensa atipicidade probatória. Se isso ocorresse fulminaria o princípio da legalidade probatória.

Com efeito, a prova *contra legem* não pode ser admitida, nem valorada como atípica pelo “cômodo expediente” do livre convencimento. Reforçando: não se pode registrar como atípica provas ilegitimamente obtidas ou ilegalmente convertidas. A doutrina processual penal sempre pôs uma precisa demarcação entre a prova atípica (o meio de prova novo) e a prova ilícita ou ilegalmente obtida, isto é, a prova, típica ou atípica, que seja obtida sem a observância das regras que regem a sua obtenção.

Ressalta Antonio Scarance Fernandes (2007, p. 213 e 227):

[...] a prova, seja típica ou atípica, deve ser lícita, ou seja, obtida ou produzida com respeito às garantias e liberdades fundamentais.

[...] o exame da atipicidade da produção da prova pressupõe a prévia constatação da licitude da prova.

Ante a impossibilidade de convalidação da prova ilegal ou da prova ilegítima com a afirmação de atipicidade, a doutrina denomina de irritual ou de anômala prova cuja disciplina não seja observada.

Ambas, a irritual e a anômala, são provas, em tese, típicas, disciplinas em lei, que estabelece o respectivo procedimento probatório, também denominado rito probatório. Todavia, tanto na investigação, quando na produção da prova, o rito não é observado na execução do meio, perfazendo irritualidade ou anomalia. Um outro procedimento é seguido sem autorização legal, do que decorre a ilegalidade.

A distinção entre as duas (irritual e análoga) repousa na forma de inovação (ilegal) do procedimento. A prova irritual decorre da inobservância de normas que disciplinam o procedimento do meio típico, sem utilização de procedimento previsto para outro meio. A prova anômala advém da observância de normas que disciplinam um procedimento de outro meio típico, distinto do meio previsto para investigação ou produção da prova. Na primeira, o raciocínio se pauta em apenas um meio de prova, ao passo que, na segunda, dois são os meios de prova imaginados. Revolvendo os significados do termo prova, o sentido empregado em prova irritual e em prova anômala é de meio, de investigação ou de produção de prova.

Em razão da abstração do tema, é interessante exemplificar: prova irritual - a inobservância da regra que possibilita às partes a formulação de perguntas diretas à testemunha (art. 212 do CPP) por juízo que indague por meio de reperguntas; prova anômala - a tentativa de produção de prova testemunhal por meio de juntada de declaração prestada perante uma das partes, que a documenta e requer a juntada em autos de processo, como se

prova documental fosse.

Temos outra ilustração que pode contribuir para a compreensão: prova irritual- a realização de busca e apreensão em que não se lavre o exigido auto circunstanciado (art. 245, § 7º do Código de Processo Penal); prova anômala - a execução de interpretação de comunicações telefônicas, que é disciplinada pela Lei nº 9.296/96, observando-se o procedimento previsto para busca e apreensão (art. 240 a 250 da lei processual penal).

O batismo da prova de irritual ou de anômala, não implica possibilidade de admissão. Pelo contrário, a distinção é operada para enfatizar a ilegalidade da prova, com a sucessiva aplicação de sanção processual, conforme o caso, de nulidade ou de inadmissibilidade.

Agora é hora da prova original e prova emprestada.

A sistematização da disciplina de prova em legislação processual penal pressupõe as diferentes fases do desenrolar da persecução penal. O legislador delineia institutos considerando o estágio processual em que se possam operar os meios de prova. No entanto, pode ocorrer a necessidade de utilização de uma prova em momento distinto. Para tanto, é necessário amoldá-la aos direitos e garantias processuais, entre os quais sobressaem a legalidade e o contraditório. A prova emprestada é exemplo dessa necessidade.

Prova emprestada é definida como a “prova produzida em um determinado processo e que depois é trasladada, na forma documental para outro processo” (BADARÓ, 2009, p. 201). A prova emprestada (documentação de um meio de prova levada a outro processo com objeto distinto, para ser utilizada em empréstimo) deriva da prova originária do processo no qual se operou sua produção. Por isto, justifica-se inserção entre as classificações do termo prova, embora, tradicionalmente, é utilizada a expressão prova emprestada, sem o contraponto da prova original.

A doutrina aponta os requisitos de admissibilidade da prova emprestada: a observância da garantia do juiz natural e a observância do princípio do contraditório.

No que se refere ao primeiro requisito, diz-se possível se a prova foi produzida perante o juízo natural, competente para julgar a segunda causa. A exigência se refere à identidade do órgão jurisdicional constitucionalmente competente.

No tocante à observância do princípio do contraditório é necessário que a produção do meio de prova tenha ocorrido, em processo originário, sob o crivo do contraditório entre as mesmas partes do segundo processo, ou ao menos, em processo em que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova. Portanto, não basta que se perfaça o contraditório das partes no segundo processo.

São apontados outros requisitos: a observância da disciplina do meio de prova, a

identidade de objeto de prova e identidade de âmbito de cognição.

O sentido do termo prova empregado na prova emprestada depende da natureza do meio de prova utilizado no primeiro processo. Em se tratando de meio de investigação de prova, é emprestada a fonte de prova ou os elementos de informação dela extraídos; sendo meio de produção de prova, são emprestados os elementos da prova.

A eficácia da prova emprestada tem o mesmo valor em ambos os processos, no primitivo e no segundo. A documentação do meio de prova é operada no primeiro e transportada para o segundo. O valor probante é o mesmo do processo originário. Entretanto, se a prova emprestada for transportada sem a observância de seus requisitos, efeito algum poderá lhe ser atribuído.

Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 66) enfatiza que o “valor é o de sua essência, consoante foi produzida no processo primitivo”.

O Código de Processo Penal não disciplina a prova emprestada, sua aplicabilidade na instrução criminal é fruto da doutrina. O Projeto do CPP, em trâmite pelo Congresso, regula este tipo de prova no art. 166. No entanto, merece reparos tal disposição como apontado nas páginas anteriores deste capítulo.

Por derradeiro tratamos da prova cautelar, prova antecipada e prova não repetível.

Também, sob a perspectiva de compatibilizar a utilização de prova em estágio processual diverso daquele em que é inserida, mencionamos a prova cautelar, a prova antecipada e a prova não-repetível, ressalvadas no artigo 155 do Código de Processo Penal como possíveis fontes de formação do convencimento judicial.

O processo, por sua natureza, é atividade que demanda tempo. Em razão do possível comprometimento do desenvolvimento da atividade processual, existem mecanismos visando antecipar algumas providências a fim de evitar que a demora possa comprometer a eficácia da prestação judiciária.

Há, portanto, providências cautelares destinadas a assegurar a eficiência da atividade probatória, diante do risco de que a ação do tempo impeça que pessoas ou coisas possam servir como fonte de prova.

Provas cautelares são aquelas em que existe um risco de desaparecimento em razão do decurso do tempo e o contraditório é diferido para momento posterior, ou seja, no curso do processo. Provas não repetíveis seriam aquelas que não poderiam ser novamente produzidas no curso do processo, embora já tenham sido colhidas extrajudicialmente. Provas antecipadas são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, antes de seu momento processual oportuno e até mesmo antes de iniciado o processo, em

razão da sua urgência e relevância. Tanto na prova cautelar como na prova antecipada há *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Ao ressaltar a prova cautelar pretendeu o legislador se referir aos meios de investigação de prova, previstos no Código de Processo Penal e em leis especiais, já que tais meios se caracterizam pela surpresa que lhe é inerente. Por isso, o contraditório é diferido, operado após a execução do meio. A finalidade de tais meios é a descoberta de fontes de prova e não a produção de elementos probatórios. Exemplo de prova cautelar, em sentido estrito, é a receitação de comunicações telefônicas, cujo regime jurídico, no Brasil, é o previsto na Lei n. 9.296 de 1996.

A prova antecipada, também excepcionada no artigo 155, se refere aos meios de produção de prova antes do momento processual oportuno, em razão da antevista impossibilidade ou dificuldade de ulterior extração da fonte de prova (pessoa e coisa). Trata-se de medida prevista pela lei processual (artigos 846 a 851 e 866 do Código de Processo Civil, c.c. artigo 3º e artigo 225 do Código de Processo Penal), em regra, concretizada sob o crivo do contraditório.

Imagine-se, como ilustração, a descoberta de uma fonte de prova pessoal, uma testemunha idosa e muito enferma, durante a investigação. É possível a antecipação da produção de prova, em que é assegurada a participação de todos os interessados (art. 225 do CPP e art. 848, parágrafo único do Código de Processo Civil).

A prova não repetível, também denominada prova irrepitível, inserida no direito brasileiro sob a inspiração do direito italiano, permite a leitura de atos por superveniente impossibilidade de repetição.

A impossibilidade de repetição (reprodução ou reapresentação) se relaciona à fonte de prova. Em razão da superveniência de fatos ou circunstâncias imprevisíveis, não se pode tornar a apresentar uma fonte de prova conhecida, pessoa ou coisa, em juízo. É obstada a oportuna produção da prova, ocasião em que se extrairiam elementos de prova. Por isso, tornasse possível utilização do registro da existência da fonte e dos respectivos elementos de informação, desde que sejam submetidas ao imprescindível contraditório diferido.

Retornando ao exemplo da testemunha, imaginemos, agora, que se tratasse de pessoa jovem e saudável que tenha deposto perante a autoridade policial no curso de inquérito policial. Em razão de um trágico acidente viesse a falecer, impossibilitando a sua apresentação em juízo. No exemplo, a testemunha é fonte cuja repetição não mais é possível.

Convém anotar que, se for previsível o fato apto a impedir a oportuna produção da prova na fase de debates, deve-se proceder à antecipação de sua produção (prova antecipada).

Somente na restrita hipótese de o fato ser imprevisível, reputa-se a fonte de prova não repetível, e se admite a utilização do registro da existência da fonte e dos respectivos elementos de informação, desde que sejam submetidos ao contraditório diferido.

Assim sendo, podemos concluir, nos termos do art. 155, *caput*, que o juiz formará sua convicção, em regra, pela livre apreciação de elementos probatórios (dados de conhecimento formados em contraditório) produzidos em juízo. Excepcionalmente, poderá considerar elementos probatórios cuja produção seja antecipada, elementos de informação de fonte de prova não repetível e elementos de informação obtidos em investigação, em meios de investigação de prova ou outros atos de investigação. Os dois últimos deverão ser confirmados por elementos de prova produzidos em contraditório.

Por fim, repetindo: a utilização dos elementos de prova resultantes da prova cautelar, da prova antecipada e da prova não-repetível depende da observância do contraditório, ainda que posterior ao ato de produção.

2.2.6 Meios de investigação de prova

A técnica da cautelaridade é aplicável ao processo penal, como restou esboçado nas considerações sobre a prova cautelar.

Embora não exista uma disciplina normativa sistematizada, a doutrina reconhece como cautelas providências instituídas pelo legislador na tentativa de solucionar possíveis problemas decorrentes da demora da atividade processual.

Os meios de investigação de provas integram a tutela cautelar no processo penal. São medidas urgentes destinadas a assegurar a investigação do fato criminoso e a eficiência da atividade probatória, “diante do risco de que a ação do tempo impeça ou dificulte que pessoas ou coisas possam servir como fonte de prova”(GOMES FILHO, 2008, p. 252).

É possível extrair da tutela normativa processual comum e da doutrina aspectos gerais da cautelaridade no processo penal.

Como é sabido, os requisitos gerais das medidas cautelares são: o *fumus commissi delicti* e o *periculum in mora*. Portanto, quem pretende descobrir prova com a utilização dos meios de investigação de prova deve demonstrar ambos os requisitos. O primeiro se traduz na existência de elementos de materialidade e autoria delitivas. E o outro consiste em perigo concreto, ínsito à necessidade de preservação de prova e de correta apuração do fato investigado. Além desses requisitos gerais, é necessária a configuração dos requisitos específicos, previstos na disciplina legal de cada uma das medidas cautelares.

Em processo penal, onde a liberdade do cidadão pode sofrer restrição, recomenda-se um rigor mais apurado na avaliação de seus requisitos.

A observância da regulamentação legal da medida cautelar abrange não só os seus requisitos, como também o procedimento para sua execução. Os atos do procedimento devem ser praticados sob a fiscalização do juízo competente que vier a autorizar sua realização. Em geral são medidas incidentes, porque se inserem em outro procedimento em curso.

As características das medidas cautelares apontadas pela doutrina justificam sua urgência e excepcionalidade. As medidas cautelares são caracterizadas por sua instrumentalidade ao processo principal. Um provimento cautelar encerra um juízo de cognição sumária, que tem como contrapeso a sua provisoriedade, isto é, a limitação temporal de seus efeitos.

Diferentemente do direito processual comum, não se deve cogitar do Poder Geral de Cautela em direito criminal. Em se tratando de processo penal, exige-se legalidade em todo o desenrolar da atividade de repressão. As medidas cautelares devem ser taxativas. Por isso, é vedado o emprego de analogia. No processo penal, as medidas cautelares são sempre típicas.

Com efeito, impõe-se, como decorrência inarredável da legalidade, a tipicidade das medidas cautelares. A atipicidade subverte o próprio princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Um dos argumentos que sustenta a inadmissibilidade dos meios de investigação de prova atípicos é a sua natureza cautelar, ao qual se somam os apresentados a seguir.

Veremos agora classificações dos meios de investigação de prova

As classificações dos meios de investigação de prova ainda não se encontram sistematizadas em doutrina. Entretanto, podemos identificar algumas divisões, com base nas considerações sobre os aspectos gerais de tais meios. Ressalvamos aquelas que nos parecem importantes para a análise do tema.

Sob a perspectiva da noção de tipo probatório, podemos dividir meios de investigação de prova típicos e atípicos. Com fundamento na noção de prova típica e de prova atípica já exposta, a tipicidade de um meio de investigação de prova decorre não só de sua previsão legal, como também de procedimento probatório preconizado pelo legislador.

Um meio de prova é típico se é previsto em lei sua regulamentação, que engloba não só nomeação e requisitos, como também o procedimento para sua execução, específico ou comum a outro meio, a cuja disciplina o legislador nos remete. Em oposição, é atípico o previsto em lei, sem o respectivo procedimento (próprio ou por remissão), e o não referido em lei. A atipicidade dos meios de investigação de prova é questão debatida em diversos

ordenamentos jurídicos, vez que o avanço tecnológico propicia o desenvolvimento de novas formas de obtenção de prova.

No direito brasileiro, um exemplo de meio de investigação de prova atípico é a interceptação de comunicação entre pessoas presentes, a qual é prevista em lei (art. 2º, *caput* e inciso IV da Lei n. 9.034/95, sem procedimento probatório).

O Código de Processo Penal não disciplinou a admissibilidade ou não de provas atípicas. Os fundamentos normativos para sustentar a admissibilidade de execução de meios atípicos, são as disposições de seu art. 3º e do art. 332 da lei processual civil. Textualmente: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Assim, o catálogo das espécies de meios de prova não é tido por taxativo.

Sobre a admissibilidade das provas atípicas evidenciam-se duas correntes. Ambas admitem a prova atípica desde que se observe por analogia a disciplina de uma prova típica. Divergem-se na extensão da admissibilidade da atipicidade. Para uma corrente, a admissibilidade atinge tanto os meios de produção de prova como os meios de investigação de provas; para outra, somente os meios de produção de prova.

Merece destaque, no direito estrangeiro, a disciplina italiana, na qual se regulamentou a prova atípica. Inseto em disposições gerais sobre as provas, o artigo 189 do Código de Processo Penal Italiano estabelece que uma prova não disciplinada pela lei pode ser admitida se for idônea à verificação dos fatos e não prejudicar a liberdade moral da pessoa, requisitos avaliados pelo juiz, ouvidas as partes sobre a modalidade probatória. Previu-se, portanto, que o juízo da admissibilidade de meios de investigação da prova requerida se perfaça em contraditório.

Voltando ao nosso ordenamento jurídico, parece-nos inadmissível a execução de um meio de investigação de prova atípico. Não se pode restringir direito fundamental sem lei processual anterior que determine o modo e a finalidade da restrição.

O artigo 332 do Código de Processo Civil, invocado pela doutrina pátria, deve ser interpretado restritamente. É aplicável apenas aos meios de produção de prova.

Tal dispositivo se refere aos meios “hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação e a defesa”. Em regra, elementos probatórios para verificação das alegações fáticas feitas pela acusação e pela defesa podem ser extraídos das fontes de prova apenas pelos meios de produção de prova.

Demais disso, é inerente aos atos de produção de prova a observância do princípio do contraditório, que viabiliza o emprego da analogia: sob o crivo do debate das partes, aplica-se

procedimento previsto em lei para outro meio. Aqui a legalidade é observada não só pela expressa previsão do citado art. 332 da lei processual civil e do art. 3º do Código de Processo Penal, como também pela disciplina de um meio típico, utilizada por analogia.

No entanto, temos por inadmissível a execução de meio de investigação de prova atípico, excluindo a aplicabilidade do mencionado art. 332 do Código de Processo Civil, porque restrições de liberdades públicas devem atender à exigência de reserva de lei. É necessária uma regulamentação específica, da qual se possam extrair requisitos, limites e procedimento probatório.

A execução de um meio de investigação de prova atípico, por analogia, presentes os pressupostos exigidos para a concessão das medidas cautelares e considerados os requisitos e o procedimento legais previstos para a efetivação de outro meio típico assemelhado, violaria o princípio da legalidade, por ser manifesta sua incompatibilidade com o disposto no art. 332 da lei processual civil. Aliás, árdua seria a pretensa tarefa de identificar um meio análogo, pois o grau de restrição às liberdades públicas varia em cada um delas.

Exigir a observância *ex ante* do princípio do contraditório, na tentativa de delimitar um procedimento entre os preconizados em lei, antes da formação do juízo de admissibilidade de meio de investigação de prova, inviabilizaria a utilização do instituto – que é fundada no fator surpresa – e a possível descoberta de fontes de prova úteis.

Por fim, convém reiterar que, embora a observância do princípio do contraditório é diferida (*ex post*) na execução destes meios, não sana a ilicitude resultante da execução de um meio de investigação de prova atípico, porque já operada a restrição ilegal de direito ou de garantia fundamental.

Distinguem os meios de investigação de prova em ordinários e extraordinários.

A diferença se pauta na restrição a bens jurídicos. São extraordinários os meios de investigação de prova que restringem os direitos e garantias fundamentais. Os meios extraordinários são medidas excepcionais, em razão de seu caráter insidioso. A observância de garantias fundamentais é de difícil concretização, o que torna tormentosa sua efetivação.

A interceptação de comunicações é exemplo de restrição aos direitos e garantias fundamentais.

As interceptações são gravosas, quanto às restrições aos direitos e às garantias fundamentais, porque, além de serem deferidas *inaudita altera parte* (lembre-se do fator surpresa), a prática dos atos integrantes do procedimento probatório também se perfaz sem o conhecimento da parte interessada. É diferente, por exemplo, da busca e da apreensão, em que a execução é conhecida e pode ser acompanhada pelo interessado. Vale aqui mencionar a

lição de Manoel da Costa Andrade (2006, p. 206):

As escutas telefônicas são o meio de prova mais invasivo dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas. Os estragos têm uma dimensão subjetiva (apanhamos sempre mais pessoas do que queríamos apanhar) e lesam sempre muitos mais bens jurídicos, muitos mais interesses do que aqueles que se queria lesar. Através de uma escuta, sabe-se da vida da pessoa escutada, sabe-se da vida das pessoas de quem se fala, da vida das pessoas que falam dela. Põem-se em causa todas as esferas de segredo que a lei protege: o segredo do advogado, do médico, do confessor, a confidencialidade das relações familiares, tudo isto é devassado pelas escutas.

Os meios de investigação de prova ordinários seriam aqueles em que não há restrições aos bens jurídicos individuais.

A doutrina qualifica de preventivos os meios cuja execução se admite em atividade de prevenção. De outro lado, supõem-se repressivos – como necessário contraponto lógico – os que se inserem em atividade de repressão pela prática de fatos delituosos. Enquanto nesta se pressupõe a perpetração de conduta criminosa, naquela se pretende evitá-la.

O interesse em criar meios de prova preventivos se deve aos devastadores ataques por grupos extremistas, no início deste milênio.

Os ataques terroristas concretizados em 11 de setembro de 2001 contra alvos civis nos Estados Unidos, realizados por suicidas, marcam a contemporânea intensificação em todo o mundo de sistemas de prevenção do delito. O resultado de tal globalização foi a produção de uma série de legislações tendentes a prevenir a prática de delitos. Exemplo disso é a instituição de interceptação preventiva de telecomunicações e de comunicações entre pessoas presentes no direito italiano, operada pelo artigo 5º do Decreto Lei de 18 de outubro de 2001, n. 374, convertido pela Lei de 15 de dezembro de 2001, n. 438. Trata-se de norma que versa sobre disposições urgentes para combater o terrorismo internacional.

Muito se discute na doutrina sobre a possibilidade de investigação de prova preventivamente. Em seu favor invocam-se os princípios de prevenção e de segurança social, que seriam pressupostos nos diferentes ordenamentos jurídicos.

Creemos que a ausência do crime pode levar a busca de prova por meio de restrição dos direitos da pessoa humana e ao divórcio com a natureza cautelar da medida. Portanto, inviável os meios de investigação de prova com caráter preventivo.

A excepcional ingerência em direitos fundamentais tornar-se-ia regra, o que nos afigura inadmissível em Estado Democrático de Direito que preze pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pelos valores que dela decorrem.

Cleonice A. Valentim Bastos Pitombo (1999, abr-jun., ano 7, n. 26, p.59-79) salienta que “a paz pública não se obtém com a violação de direito individual”. Ainda: “a sociedade só se encontra protegida à medida que se preserva a individualidade de cada um”.

Delimitados o conceito e as classificações dos meios de investigação de prova, impõe-se o exame de sua eficácia probatória, objeto das mais acirradas discussões.

A expressão eficácia probatória significa os efeitos que os atos processuais integrantes dos meios de investigação de prova produzem na persecução penal, considerada sua finalidade.

A eficácia probatória dos atos processuais praticados na execução de um meio de investigação de prova deve ser examinada com a finalidade: a descoberta de fontes de prova.

Reconhece-se aptidão probatória à fonte de prova descoberta em meio de investigação. Aliás, trata-se de característica inerente a qualquer fonte de prova, independentemente do meio que propiciou o conhecimento de sua existência. Uma fonte, cuja existência é revelada na execução de um meio de investigação de prova e as informações dela extraídas podem ingressar em autos de um processo, observada a disciplina do meio de produção de prova pertinente.

Diferentemente dos meios de produção de prova, os meios de investigação de prova não geram fontes de convencimento, só tornam possível a descoberta e o recolhimento de fontes de prova. Para as fontes de prova descobertas constituírem fonte de convencimento e proporcionarem o exame de objetos de prova, as informações delas extraídas devem ser regular e oportunamente introduzidos no processo, pelo respectivo meio de produção. Daí se falar em aptidão probatória (da fonte).

Os meios de produção de prova servem, por sua essência, à verificação dos temas de prova, pois oferecem ao juízo elementos probatórios diretamente utilizáveis em sede de decisão. Os meios de investigação de prova têm funções e estrutura mais complexas, se prestam indiretamente ao exame dos temas de prova, pois através deles descobrem fontes de prova, as quais só têm aptidão probatória, pois dependem de produção no processo para garantir uma decisão.

Isto ocorre de forma indireta porque, se forem descobertas fontes de prova, é necessário o sucessivo ingresso nos autos do processo, pelo respectivo meio de produção de prova, para que sejam, então, diretamente consideradas. Não importa se a aquisição da fonte de prova ocorreu em fase investigativa, ou quando já instaurada a ação penal, a prova deve ser produzida, para que dela se extraiam informações (elementos de prova), úteis para a análise dos temas de prova.

Em resumo, concluímos que a eficácia dos atos praticados na investigação de prova, entre os quais estão os praticados em execução de meio de investigação de prova, em regra, restringe-se à descoberta de fontes de provas, aptas a surgirem como prova produzida.

Aury Lopes Jr. (2009, p. 57-86) salienta a importância da oportuna produção da prova. A produção da prova, em regra, ocorre no decorrer da ação, no exercício da jurisdição, cercada pelas garantias processuais. Dela se extraem elementos para o convencimento. Na fase investigativa, buscam elementos úteis para verificação da ocorrência provável do fato, a justificar, ou não, o exercício do direito de ação.

Pode ocorrer, por vezes, com a fonte descoberta, algumas informações (elementos de informação) são registradas na documentação dos atos praticados na realização do meio de investigação de prova. Em relação a esses elementos de informação, é reconhecida eficácia. Estes elementos podem ser utilizados em momentos da persecução penal, na fase pré-processual e na fase processual.

A doutrina, em geral, afirma a utilidade dos elementos de informação para fundar juízo de admissibilidade de medidas cautelares, para a formação da *opinio delicti*, para formação de juízo de admissibilidade de acusação formalizada.

Neste sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p. 250-260) salienta a diferença entre prova e elemento informativo da investigação, em comentários ao disposto no art. 155 do Código de Processo Penal:

[...] o legislador consagrou e sublinhou a nítida e apropriada distinção entre o que é prova e aquilo que constitui elemento informativo de investigação. São, com efeito, conceitos que não se confundem, até porque constituem resultado de atividades que têm finalidades diversas: os atos de prova objetivam a introdução de dados probatórios no processo- necessariamente em contraditório - , que servem a formação de um juízo de certeza próprio da sentença; os atos de investigação visam à obtenção de informações que levam a um mero juízo de probabilidade idôneo a sustentar a *opinio delicti* do órgão da acusação ou fundamentar a adoção de medidas cautelares pelo juiz.

Também, os elementos de informação podem ser utilizados em decisão que declare a absolvição sumária do acusado. No Brasil, os fundamentos da absolvição sumária são previstos no Código de Processo Penal, artigo 397, *caput*, incisos I a IV.

Demais, os elementos de prova são úteis para a atuação das partes na instrução, pois é possível a elas, ao exercerem o direito à prova, na sub-espécie do direito à investigação, objetivarem a descoberta de fontes de prova e a obtenção de informações, para que, posteriormente, sejam introduzidas no processo pelo respectivo meio de produção de provas, observado o contraditório.

Não só as informações extraídas de fontes de prova existentes, descobertas na execução de meio de investigação de prova podem ser utilizadas. Igualmente, a informação sobre a inexistência de fontes de provas, retratada em execução de um meio de investigação de prova, repercute no fenômeno probatório. Tal informação (inexistência de fontes de prova) é relevante para persecução penal. A informação sobre a inexistência de prova é relevante para a formação do juízo de admissibilidade de eventual acusação formulada contra o investigado.

Em regra, os elementos de informação, conhecidos na descoberta da fonte de prova, não podem ser valorados na decisão sobre o mérito da causa, por serem inaptos para a formação de resultados probatórios. Necessária se faz a produção da prova em juízo, para que dela se possam extrair dados (elementos de prova) para a solução da demanda processual. Os meios de investigação de prova são úteis para produção oportuna de prova.

Não se pode atribuir eficácia probatória aos atos documentados na execução do meio de investigação de prova. O registro dos atos integrantes do meio de investigação de prova não se transforma em prova documental. O registro destes atos é indispensável para possibilitar o seu conhecimento e a segurança jurídica das relações sociais ali encontradas.

A simples documentação dos atos praticados pelo meio de investigação não elide a necessidade de produção de prova em juízo, de acordo com as normas que regulamentam cada um dos meios de produção de prova. É pela observância destas normas que fontes de provas ingressam legitimamente em processo. Delas se podem extrair dados que, conjugados em elementos de prova, são necessários para fundamentar ou rechaçar a veracidade dos enunciados fáticos formulados pelas partes. Os elementos de prova valorados geram resultados probatórios, dos quais se serve o juízo para proferir decisão sobre *meritum causae*.

No Brasil, segundo a antiga redação do art. 157 do Código de Processo Penal, o juiz formaria sua convicção pela livre “apreciação da prova”. Sob a égide dessa disposição normativa, discutia-se sobre a possibilidade de utilização pelo juiz, como razão para decidir, de elementos colhidos no inquérito em sentença. De um lado, criticava-se semelhante atitude por não constituírem prova em sentido técnico-processual. Por outro, segundo entendimento jurisdicional, poderiam ser esses elementos considerados, se confirmados, ainda que parcialmente, por outros elementos colhidos na fase processual.

Assim, a eficácia probatória dos meios de investigação de prova, por vezes, se concretizava na primeira fase da persecução penal.

Progrediu o legislador ao alterar a redação do art. 155, *caput*, da lei processual penal, que diz: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em

contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Equivale dizer: de acordo com o art. 155, *caput*, eventuais elementos de informação colhidos em investigação poderão demonstrar a veracidade ou falsidade de uma afirmação fática em decisão sobre o mérito da causa, excepcionalmente, desde que sejam ratificados em fase processual, sob o crivo do contraditório.

No art. 165 do Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, autuado no Senado Federal, previa-se que “o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados”. Evidente a melhora na redação do texto normativo, se comparada com a redação do atual art. 155, considerada a eliminação das ressalvas.

Todavia, na tramitação do agora Projeto de Lei n. 156, de 2009, a redação do dispositivo foi alterada: “o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas”. Embora esta redação seja melhor do que a do art. 155 do CPP vigente, parece-nos que a proposta constante no Anteprojeto melhor atenderia a exigência da observância do contraditório na formação da prova.

A distinção entre prova e elemento informativo é evidenciada no seu art. 33 (do Projeto): “os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida necessária à formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem decretadas pelo juiz das garantias”.

Como exemplo ilustrativo dos conceitos expostos e para compreensão da sua eficácia probatória, imagine-se que o conteúdo de uma conversa seja captado em interceptação de comunicação telefônica.

Realizada a interceptação (meio de investigação de prova) no curso das investigações, descobrem-se fontes de prova sobre os fatos investigados pelo conteúdo das declarações feitas por membros de uma organização criminosa. O registro das gravações é juntado aos autos de investigação.

Após, é determinada e realizada busca, que propicia sucessiva apreensão de objetos materiais do crime, atos estes também documentados, isto é, registrados nos autos.

Mais além, na instrução, testemunhas, referidas no diálogo dos investigados

arroladas pela acusação formal, são inquiridas (meios de produção de prova), extraindo delas dados objetivos (elementos de prova), que, conjugados a outros, possibilitam conclusão por juízo competente (resultado da prova) firmada em decisão condenatória.

A eficácia probatória dos meios de investigação de prova, que visa a descoberta de uma fonte prova que se tornará elemento de prova na instrução, pressupõe a observância do princípio da legalidade, nos limites previstos na disciplina legal do meio e nos direitos e garantias fundamentais previstos na Lei Maior. Sendo ilícitos os atos praticados na execução do meio, a eventual prova descoberta é desprovida de qualquer eficácia probatória porque é inadmissível.

O debate sobre a admissibilidade da prova ilícita muito evoluiu no direito processual. Os doutos ensinam:

Da posição inicial que admitia a prova relevante e pertinente, preconizando apenas a punição do responsável pelo ato ilícito (penal, civil, ou administrativo) praticado na colheita ilegal da prova, chegou-se à convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa humana (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERDANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, 2005, p. 127).

No direito brasileiro, a inadmissibilidade da prova ilícita, assegurada na Constituição e no Código de Processo Penal (art. 5º, caput e inciso LVI da CF e art. 157, caput, do CPP), liga os dois planos, do direito material e do direito processual. A inadmissibilidade é sanção processual cominada às provas ilícitas, isto é, às provas colhidas com infringência a normas, princípios e regras previstos em Constituição ou em leis.

As provas ilícitas, por serem inadmissíveis, inexistem juridicamente. Como observam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2005, 216, p. 136):

[...] as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tida como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas. Daí a sua total ineficácia.

A inadmissibilidade é extensível às provas derivadas da prova ilícita (art. 157, § 1º, primeira parte, da lei processual penal). Trata-se de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine ou taint doctrine*), segundo a qual o vício da

planta se propaga por seus frutos. Esta teoria, propugnada pela jurisprudência norte americana, é acolhida pela doutrina nacional, com o propósito de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Como exemplo, imagine-se uma interceptação de comunicação telefônica ilícita (por falta de autorização judicial), na qual se obtiveram informações que propiciaram busca e apreensão de instrumentos utilizados para a prática de crime. A apreensão, neste caso, é ilícita, por derivação.

As provas ilícitas por derivação. Consideradas em si mesmas, seriam lícitas. São ilícitas porque a sua descoberta decorreu de informação da colheita ilícita de outra prova. Para que ocorra ilicitude da prova derivada é necessário que haja relação de causalidade entre a ilicitude da prova por primeiro descoberta e a sucessiva obtenção da prova dela derivada.

Entretanto, a proibição de utilização de provas derivadas da ilícita não é absoluta. Há exceções à inadmissibilidade das provas derivadas da ilícita, extraídas, uma vez mais, da jurisprudência norte-americana. São apontadas três exceções: *attenuation of the taint*, *independent source*, e *inevitable discovery*.

Os elementos que possibilitam a avaliação da *attenuation of the taint* são: *the time period between the illegality and the acquisition of secondary evidence* (período temporal entre a ilegalidade e a aquisição da segunda prova); *the occurrence of illegality* (a flagrância da ilegalidade inicial) (BADARÓ, 2007 p. 208). A fonte é independente (*independent source*) se a conexão entre as provas for tênue; de modo a não se colocarem a primária e a secundária como causa e efeito (GRINOVER; FERNANDES, GOMES FILHO, 2005, p.128-129). A afirmação da existência de uma fonte independente pressupõe a derivação da prova concretamente de duas origens – uma ilícita e outra lícita (fonte independente) -,” de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso, pode ser validamente utilizado” (GOMES FILHO, 2008, p. 268). Note-se que tal ocorrência descaracteriza a própria relação de causalidade, que é inerente à noção de prova derivada.

É inevitável a descoberta (*inevitable discovery*) quando as provas derivadas da ilícita pudessem ser descobertas por outra maneira. A descoberta, neste caso é inevitável, pois “a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita. (GOMES FILHO, 2008, p. 268).

A necessidade de relação de causalidade entre a prova ilícita e a provas que dela derivam é prevista no art. 157, § 1º do Código de Processo Penal. Embora a lei se refira à exceção da fonte independente (art.157, § 1º, segunda parte, e § 2º), se afasta de sua noção

original.

O § 1º do art.157 ressalva a inadmissibilidade da prova ilícita, “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira”.

No § 2º, do art. 157, o legislador pretendeu definir a fonte independente: “considerando-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Os termos normativos revelam uma confusão entre as exceções da fonte independente e da descoberta inevitável. E a amplitude dos termos pode conduzir a uma interpretação errônea de que a prova derivada da ilícita pode ser convalidada. Por tal razão, é afirmada a inconstitucionalidade do art. 157, § 2º, do Código de Processo Penal. Por serem inadmissíveis as provas ilícitas e as provas que dela derivam, não podem ingressar em autos de um processo. No entanto, se vierem a ser introduzidas, devem ser desentranhadas (art. 157, caput e § 3º do CPP). A inadmissibilidade de provas ilícitas está inserida em um sistema coordenado de direitos e garantias fundamentais. Portanto, deve haver convivência com outros valores igualmente relevantes, e, por isto, é admitida a atenuação da inadmissibilidade, observada a proporcionalidade. A atenuação é pautada no necessário equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. Um exemplo desta atenuação é a possibilidade de utilização, no processo penal, de prova favorável ao acusado, obtida por meio de infringência de direitos e garantias fundamentais seus ou de terceiros. (FERNANDES, 2009, p. 127).

CAPÍTULO 3 - TUTELA CONSTITUCIONAL DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL

3.1 Tutela Constitucional das Comunicações Telefônicas

Passaremos agora tratar do assunto em estudo de forma mais específica, quando serão abordados neste item ou parte, deste terceiro capítulo, abrangência das comunicações; fundamentos implícitos da proteção à comunicações telefônicas: liberdade da manifestação do pensamento, direito à intimidade, e direito a não autoincriminação; proteção expressa ao sigilo das comunicações telefônicas; restrição do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. A classificação da proteção em implícita e expressa, tal como está, é fruto de nossa elaboração para tornar mais didática a exposição. A proteção implícita decorre da proteção de outros direitos constitucionais, enquanto a expressa está na norma do próprio direito garantido.

3.1.1. Abrangência das comunicações

O homem por ser racional e pensante necessita contatar seus iguais para pleno desenvolvimento de suas faculdades. No convívio com seus semelhantes, o ser humano expressa o seu pensamento por meio de comunicação.

A comunicação é inerente à natureza do homem, a quem é atribuído o dom da palavra para que possa desenvolver plenamente outra característica: a sociabilidade. Afinal, Aristóteles não estava errado quando afirmou que o “homem é um ser social”.

No sentido ontológico, comunicação significa um ato de transmissão do pensamento de um sujeito a um ou mais destinatários, através de meios naturais (por exemplo, a voz), ou artificiais (por exemplos, o telefone, fax, vídeo) aptos e idôneos a possibilitar o ato de transmissão. Com a comunicação opera-se a troca de mensagem, de informação entre os sujeitos da relação social.

Os meios de comunicação artificiais se multiplicam com rapidez fenomenal, em razão da celeridade estupenda dos avanços tecnológicos.

Conforme o meio empregado pelos interlocutores, são concretizados diversos tipos de comunicação, entre as quais destacamos: a comunicação entre pessoas presentes; a

comunicação epistolar; a comunicação telefônica; a comunicação telemática; a comunicação telegráfica.

Estes diferentes tipos podem ser agregados em duas categorias de comunicações: comunicação entre pessoas presentes e comunicação entre ausentes, também denominada de telecomunicação, isto é, comunicação à distância.

A segunda categoria nos interessa para a compreensão do instituto da interceptação de comunicação telefônica. Comunicação entre pessoas à distância se concretiza quando os interlocutores, distantes um do outro, se utilizam de meio apto e idôneo para a transmissão do pensamento. Dentre elas, destacamos as comunicações telefônicas que se operam com o emprego de um meio de difusão de sinal sonoro.

O valor das comunicações para a pessoa humana é reconhecido e protegido juridicamente.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, nascida da vontade popular, após a queda do absolutismo, em seu art. 11, já assegurava que “a livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem”.

As Constituições contemporâneas, igualmente, protegem as comunicações entre pessoas, de forma expressa ou implicitamente.

Na Constituição brasileira, a comunicação telefônica está tutelada expressamente entre os direitos e garantias fundamentais, no inciso XII, do art. 5º, garantindo a inviolabilidade do sigilo.

Além da norma expressa, a proteção da comunicação telefônica pode ser extraída de outros direitos e garantias fundamentais, sob diferentes perspectivas. Assim, além desta garantia, fundamentam a comunicação telefônica os seguintes direitos: liberdade da manifestação do pensamento; o direito à intimidade e à vida privada, a inviolabilidade do domicílio e a não autoincriminação.

Continuaremos esta abordagem com a proteção implícita, para depois passar à expressa.

3.1.2 Fundamentos implícitos da proteção às comunicações telefônicas: liberdade de manifestação do pensamento, direito à intimidade e direito a não autoincriminação

A liberdade de manifestação de pensamento tem como pressuposto básico o reconhecimento prévio da liberdade de pensar. Pensar significa combinar idéias, raciocinar.

Esta atividade racional que ocorre no interior de cada pessoa pode ser levada ao mundo exterior de diferentes formas: oral, escrita, por sinais ou desenhos, etc. Este transporte do pensamento –interior para o exterior- denomina-se manifestação do pensamento.

A manifestação do pensamento é inerente ao ser humano. Mesmo vivendo isolado o homem externa suas idéias de diferentes modos: falando, cantando, dançando, escrevendo, desenhando e até ouvindo e chorando. A liberdade de manifestar o pensamento é própria da pessoa, é um direito seu, inato, individual e, como tal é reconhecido no ordenamento jurídico.

No Brasil, a liberdade de manifestação do pensamento é assegurada no art. 5º, *caput*, inciso IV da Constituição Federal.

O direito à manifestação do pensamento, espécie de direito individual, tem como sujeito ativo as pessoas, físicas e jurídicas; e, como sujeito passivo, as outras pessoas humanas, os entes públicos e privados. O Estado tem o dever de abstenção e, a tarefa preventiva de evitar que ele seja desrespeitado, ao lado da repressiva para restaurá-lo quando violado, inclusive impondo sanções.

A liberdade de pensar e manifestar o que pensou, por ser liberdade individual, tem por objeto o poder de agir (pensar e manifestar o pensamento), e a de não agir (não pensar, não manifestar o pensamento). Com efeito, compreendem dois aspectos: um ativo, outro passivo.

Intimamente ligada à liberdade de manifestação do pensamento se coloca a liberdade de comunicação. Uma comunicação é um ato de transmissão de pensamento praticado por um emitente a um ou mais destinatários individuais. Portanto, a liberdade de comunicação é indispensável para a vida comunitária, tal como a liberdade de manifestação do pensamento, sendo uma dependente da outra e vice-versa.

Assim, para assegurar a liberdade de manifestação do pensamento, é necessário que o legislador também garanta a comunicação e regule os meios para que se viabilize a transmissão.

A liberdade de manifestação do pensamento é gênero, enquanto a liberdade de comunicação é espécie dela.

Distinguem-se tais liberdades, pelo destinatário do pensamento difundido: a liberdade de manifestação do pensamento não tem destinatário certo, enquanto que a liberdade de comunicação tem destinatário determinado, porque há interesse de que se mantenha em segredo o conteúdo da comunicação, que é protegido pelo sigilo (GRINOVER, 1982, p.1 92-193).

A liberdade de comunicação, como liberdade jurídica, constitui um direito subjetivo,

isto é, direito de se comunicar. Da mesma maneira quanto à liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de comunicação abrange um aspecto positivo (poder de se comunicar) e, outro, negativo (poder de não se comunicar).

Sendo espécie da liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de comunicação, além de tutela expressa (art. 5º, XII da CF), tem proteção implícita no art. 5º, *caput* e inciso IV, da Constituição, norma esta que garante a liberdade de manifestação do pensamento, além de outros pressupostos que serão abordados em linhas posteriores.

Sobre o direito à intimidade, tivemos oportunidade de discorrer no primeiro capítulo, ocasião em que a consideramos um direito autônomo e não um campo restrito do direito à vida privada ou um dos direitos de personalidade. Nós o ligamos ao direito de ser livre, o que propicia à pessoa escolher o que fazer e com quem fazer, o que falar e com quem falar; o que dizer e para quem dizer; o que manter em segredo e de quem manter; o que deve ser guardado no mais profundo da alma e o que deve ser divulgado.

Para nós o direito à intimidade é o direito de ficar só consigo mesmo, de se guardar, de não revelar seus defeitos, angústias, descobertas, doenças. Enfim, é direito ao segredo e à reserva de si à comunicação. Mesmo estando o homem em uma cela, pode ele preservar sua intimidade. A intimidade, assim, contém uma série de interesses, mormente o de segredo e o de reserva.

Sobre a pluralidade de interesses, Paulo José da Costa Júnior (2007, p. 25-27) observa que, na expressão ‘direito à intimidade,’ são tutelados dois interesses, que se somam: o interesse de que a intimidade não venha sofrer agressão e o de que não venha a ser divulgada.

Por entender que a intimidade é direito autônomo, nos afastamos da teoria das esferas para demonstrar o seu âmbito. Preferimos esquematizar de outra forma como já demonstrado, no primeiro capítulo.

O direito à intimidade é expressamente tutelado por nossa Constituição no artigo 5º, *caput* e inciso X, dizendo: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O constituinte ao garantir a inviolabilidade da intimidade, está reconhecendo, implicitamente, que a inviolabilidade do sigilo das comunicações é expressão do direito à intimidade.

Ada Pellegrini Grinover (1976, p. 77 e 194), de forma pontual, ressaltou que o sigilo das comunicações “é uma expressão do direito à intimidade, genericamente entendido”. A sua

tutela se dá quer com a proteção do segredo, quer com a proteção da reserva. Esta forma de pensar, também, é esposada pela doutrina estrangeira.

Interessante estabelecer a diferença entre segredo e sigilo e o fazemos utilizando a lição de Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 91) que diferencia o segredo do sigilo, em termos técnicos: “em suma, o segredo é o que não pode ser revelado, ou seja, o conteúdo da informação; o sigilo é o meio de proteção do segredo a fim de não ser revelado; a violação do sigilo consiste na divulgação do segredo quando não autorizados”

Com efeito, nos valendo das lições dos mestres, podemos dizer que o dispositivo soma duas tutelas: a do direito ao segredo e a da garantia da inviolabilidade deste direito, isto é, o sigilo.

Interessa aos interlocutores de comunicação telefônica, em conversa íntima, que o seu conteúdo não seja conhecido por terceiros, e, se conhecido lícita ou ilícitamente, não seja divulgado. Tais interesses: segredo (não seja conhecido) e reserva (não seja divulgado) são protegidos pelo sigilo das comunicações.

Assim, o disposto no inciso XII do art. 5º da CF, além de proteger expressamente as comunicações telefônicas, tutela a intimidade. .

Outrossim, referimo-nos ao direito a não autoincriminação como decorrente do princípio da presunção da inocência, no capítulo primeiro. Agora, o abordamos, especialmente, como fundamento do sigilo das comunicações. Entretanto, os conteúdos não se contrapõem, ao contrário, somam-se.

O direito a não autoacusação já era conhecido na idade antiga e no processo penal canônico. É ele extraído do *princípio nemo tenetur prodere seipsum quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, em tradução: ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a autoincriminar-se (TUCCI, 2004, p. 363).

A não autoincriminação é previsto no art. 8º, item 2º, alínea ‘g’ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura à pessoa o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Esta Convenção, também, conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678, de 1992, com *status* de constitucional, por força do que dispõe a nossa Constituição no § 2º do artigo 5º.

O direito a não se autoincriminar não permite que o suspeito ou o acusado seja forçado a produzir prova contra si mesmo. O direito ao silêncio, que deriva deste direito, permite que o acusado permaneça calado quando lhe for perguntado a respeito do ilícito penal. O direito de não se autoacusar é mais amplo que o direito ao silêncio que se restringe a

ficar quieto. A autoincriminação implica, também, em outras condutas, como não comparecer ao interrogatório policial, negar a prática do delito, não reconhecer como seu o instrumento utilizado na execução do crime, entre outras. O direito ao silêncio é assegurado na Constituição Federal/88, no inciso LXIII, do art. 5º, para o preso, mas a doutrina ampliou para o indiciado ou acusado mesmo livre. Para nós, o que o constituinte quer resguardar é a integridade física e moral do preso, para impedir a tortura, prática esta muito usada nas masmorras de nossas prisões, com o fim de obter a confissão.

A relação entre a tutela desse direito e o do sigilo das comunicações é analisada pela doutrina. Marcela de Langhe, ao tratar de interceptação de comunicação telefônica, mostra a ligação entre a liberdade de comunicação e o direito a não autoincriminação: “ en el contexto de la garantía que prohíbe la autoincriminación, la injerencia que conlleva la intervención telefónica frente a la inmunidad del secreto cobra inmensa trascendencia, pues no puede obviarse que la vigilancia estatal permite captar manifestaciones vertidas por el imputado, sin su conocimiento, que constituyen aporte de prueba em su próprio perjuicio”.(2009, p.35). Em tradução temos: “no contexto da garantia que proíbe a autoincriminação, a ingerência que se opera com a intervenção telefônica quanto à imunidade do segredo significa imensa transcendência, pois pode se evidenciar que a vigilância estatal permite captar manifestações concretizadas pelo investigado, sem seu conhecimento, que constituem prova em seu prejuízo.”

Contrariando este entendimento, entre nós, podemos citar Luiz Flávio Gomes, Silvio Maciel e Ada P. Grinover (1976, p. 250). Sustenta esta última que:

[...] o sujeito não está em confronto direto com a autoridade, não é por ela solicitado a responder, nem sobre pressões de qualquer espécie, já que não há constrição no telefonema e o instrumento é utilizado na mais ampla liberdade. O direito ao silêncio do réu ou do indiciado tem como finalidade preservar sua liberdade moral frente à autoridade.

Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2011, p. 26), adotando esta justificativa, acrescentam:

A captação de comunicações telefônicas, por conseguinte, não viola a garantia constitucional do silêncio, porque nesse instante o agente não está diante de uma acusação formal, diante de um ato ostensivo de persecução penal. O que são captadas, na verdade, são comunicações do dia a dia da pessoa.

É de se ver que os discordantes se apóiam no fato de que não há pressão na captação de comunicações telefônicas, se referindo, tão-só, ao direito ao silêncio.

Não há como aceitar os argumentos dos ilustres autores. Primeiro: a não autoincriminação não se limita somente ao direito de ficar calado quando perguntado pela autoridade competente. Segundo: captação de comunicação telefônica tem por finalidade a colheita de fontes de provas, que poderão servir para a formação da *opinio delicti* e propositura da ação penal; e, posteriormente, essas fontes de prova conhecidas, serão levadas ao processo através de um meio de produção, para depois serem apreciadas e valoradas pelo juiz na decisão. Terceiro: há atuação positiva do Estado em relação ao suspeito ou acusado, já que a interceptação telefônica, para ser lícita, necessita de autorização judicial fundamentada.

A atuação estatal não se concretiza de uma forma convencional, em interrogatório com natureza inquisitiva, para obtenção da confissão, que foi, por muito tempo, considerada a rainha das provas. Hoje, o interrogatório é meio de defesa do indiciado e acusado. Durante o interrogatório, estes podem: permanecer calados ou apresentar sua versão sobre os fatos e indicar fontes de prova a seu favor, entre outras condutas.

Não há como negar que o conteúdo da conversa dos interlocutores pode constituir em fonte de prova incriminadora, mesmo não sendo a captação um ato ostensivo de investigação. A captação da transmissão das comunicações, no processo penal, é um ato da persecução criminal. Não há pressão e nem presença física da autoridade, mas isto não descaracteriza o intento da autoridade, que é buscar provas contra um ou mais interlocutores. A captação viola a intimidade e a não autoacusação. Tanto é que, deve ser usada quando não houver outra forma de investigar a existência de provas. Demais, o direito ao silêncio é uma vertente da não autoacusação e não sinônimo desta.

É interessante citar o caso recente da médica Virgínia Soares Souza, responsável pela Unidade Geral de Tratamento Intensivo do Hospital Evangélico de Curitiba/PR, recentemente reformada e denominada UTI- I (após a divulgação dos fatos). Havia indícios sobre antecipação de morte em pacientes ali internados, realizada por ela ou sob seu comando. Mas, a autoridade investigadora não possuía elementos suficientes para concluir o inquérito e encaminhá-lo ao Ministério Público, para a propositura da ação penal. Então, solicitou ao juízo interceptação de conversa, o que foi deferido. A partir daí, conseguiu colher várias fontes de prova, culminando com prisões de enfermeiras e médicos, inclusive da própria dirigente. Pelo noticiado, a gravação revela dados incriminadores na conduta da médica e de alguns de seus auxiliares. O inquérito foi concluído e remetido ao Ministério Público Estadual, no dia 04.03.2013, que ofereceu denúncia pela prática de homicídios duplamente qualificados, a qual foi recebida pelo juiz. Não fosse utilizada captação de conversa, possivelmente, poucos elementos incriminadores seriam descobertos.

Aliás, este fato revela a falta de qualidade no tratamento médico em nosso país. A responsabilidade penal dos médicos, enfermeiros e representantes das entidades hospitalares a muito tempo deveria ser revista. Sob o manto do ditado “o erro médico a terra encobre,” há inúmeras ocorrências lesivas aos desprotegidos enfermos. Geralmente, retirar o oxigênio do paciente pode lavá-lo à morte antecipada por asfixia. Além de ser um meio cruel que impossibilita a defesa da vítima, é uma forma que se opera para evitar maiores custos aos cofres públicos e beneficiar os privados com abertura de vagas e não “porque dá coceira” (expressão usada pela acusada).

O fato de reconhecer que a quebra de sigilo das comunicações limita o direito a não autoincriminação, não é sinal de desprestígio ao instituto da interceptação telefônica. Trata-se de uma evidência necessária para, também, limitar as autorizações quando não tão indispensáveis.

Assim, o sigilo das comunicações, especialmente, as telefônicas, garante a não autoacusação, e, a quebra do sigilo restringe este direito, possibilitando ao suspeito fazer prova contra si. Daí, porque, concluir que a disposição constante da Convenção Americana dos Direitos Humanos que garante a não autoincriminação, também, é abrigada pelo sigilo das comunicações.

3.1.3 Proteção expressa ao sigilo das comunicações telefônicas

A liberdade de manifestação do pensamento e a decorrente liberdade de comunicação são inerentes à natureza do homem, por ser social. A pessoa humana necessita de meios para se comunicar com seus iguais, para compartilhar seus pensamentos, para defender seus interesses e os da coletividade.

A história contemporânea mostra a preocupação da comunidade global em assegurar a liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de comunicação e, paralelamente, proteger o conteúdo das comunicações concretizadas pelas pessoas entre si; como também impor limitações a essas liberdades em prol de bens sociais como: a segurança pública e repressão estatal à prática de crimes.

Por primeiro, foram estabelecidas limitações às comunicações por correspondência privada. Depois, foram autorizadas interceptações de comunicações telefônicas, e, após, de comunicações privadas dentro do domicílio.

A proteção às comunicações remonta à Idade Antiga. No direito romano, nota-se a tutela das comunicações por correspondência e a possibilidade de sua restrição pela supressão

e divulgação de notícias contidas em cartas ou em testamentos, por meio da *actio furt e da actio iniuriarum*. No direito intermediário, somente era reconhecida violação da correspondência uma única conduta típica: *crimen falsi* (GRINOVER, 1976, p. 232).

Até o século XVII, essa situação permaneceu inalterada. Mas, a partir dessa época, com o progresso dos meios de comunicação e o surgir de verdadeiros serviços postais, a questão toma novos aspectos: o serviço postal era efetuado por concessão do príncipe; e, daí por diante, substituindo os particulares, era ele que violava as correspondências por interesses políticos. Em consequência desta nova realidade, a tutela da correspondência começa a assumir certa importância. O soberano além de punir os particulares por violação da correspondência, arrogava-se no direito de verificar o conteúdo das cartas em nome da segurança do Estado e de sua pessoa (ITALIA apud GRINOVER, 1976, p. 232- 233).

A partir do século XVIII, a tutela do sigilo da correspondência passa a ter interesse maior. Os primeiros sinais do movimento pela inviolabilidade da correspondência podem ser vistos: em 1742, quando foi cominada a pena de morte para abertura de cartas com furto de valores e penas menores para sua supressão ou interceptação (Ordonnance francesa); e, no Decreto do Conselho de Estado da França, de 18 de agosto de 1775, conforme páginas citadas acima.

Mas, somente com a Revolução Francesa é que a inviolabilidade da correspondência passa a ser considerado um direito fundamental. Em 05 de dezembro de 1789, a Assembléia Constituinte proclama o princípio da inviolabilidade do sigilo da correspondência: “em conformidade com os princípios adotados pela Assembléia o segredo das cartas deve ser constantemente respeitado”.

Daí por diante, a grande maioria das constituições abriga o princípio da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações.

Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição de 1946, era silenciosa quanto ao tema, mas havia entendimento que as comunicações telefônicas estariam abraçadas pela garantia da inviolabilidade de correspondência (art. 141, § 6º).

A Constituição de 1967 trouxe algumas inovações, entre elas o sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas, como tivemos oportunidade de anunciar no capítulo primeiro. Com a Emenda I de 1969 à Constituição de 1967, a inviolabilidade da comunicação telefônica continuou preservada, no art. 153, § 9º.

A Constituição de 1988 é bem explícita quanto à tutela das comunicações. Dispõe em seu art. 5º, inciso XII, primeira parte que: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas [...]

Trata-se de um direito fundamental da pessoa humana. Esta tutela tem como sujeitos ativos, na comunicação telefônica, os interlocutores. Os dois são titulares ativos do direito à transmissão livre da comunicação e do direito ao segredo do conteúdo da mensagem.

O direito à inviolabilidade da correspondência e da comunicação pode ser exercido tanto em relação ao Estado e aos entes públicos, como em relação a particulares. Então, os sujeitos passivos podem ser o Estado e os demais entes públicos e os particulares.

A inviolabilidade das comunicações tem dois aspectos: protege a liberdade da manifestação do pensamento; e, protege o conteúdo da comunicação que deve ficar em segredo. A propósito, diz Ada P. Grinover (1976, p. 236): “O objeto da tutela da inviolabilidade da correspondência e dos outros meios de comunicação tem natureza dúplice: a liberdade da manifestação do pensamento e o segredo como expressão da intimidade”.

Sobre a liberdade de manifestação do pensamento em geral, por ora, nada vamos acrescentar ao que foi dito no início deste capítulo. Neste ponto, o enfoque será sobre o conteúdo da transmissão.

O objeto de proteção constitucional é a informação transmitida de uma pessoa a outra por carta, telégrafo e telefone. Com efeito, a quebra do sigilo da comunicação ocorre quando há violação ao conteúdo da informação sem autorização. Reafirmamos: segredo é o que não pode ser revelado, no caso é o conteúdo da informação; sigilo é o meio de proteção do segredo, é a garantia. Assim, a violação do sigilo consiste no conhecimento e na divulgação do segredo sem autorização legal ou judicial.

Pode ocorrer que o conteúdo secreto da informação transmitida interesse como fonte de prova. Se a divulgação for feita pela própria pessoa protegida pelo sigilo, obviamente, não haverá violação. No entanto, quando o conhecimento do segredo decorre de atividades ilegais de autoridades, de policiais ou advêm de revelação feita pelo destinatário da comunicação ou por terceira pessoa sem autorização do titular do segredo e sem amparo na lei, haverá ilicitude na obtenção da fonte de prova.

Pelo teor desta disposição constitucional, *a priori*, pode-se sustentar que a inviolabilidade em relação aos meios de comunicação, salvo a telefônica, é absoluta, pois a restrição só se refere a esta última. No entanto, a análise não pode parar aí. Acontece que os bens protegidos constitucionalmente necessitam conviver com equilíbrio, e, para que isto aconteça, esses bens (direitos e garantias) poderão sofrer restrição. Afinal, a garantia da inviolabilidade das comunicações é princípio fundamental, como tal, não é absoluto. Aliás, sobre o seu caráter relativo foi visto nas linhas do primeiro capítulo.

Os limites impostos às comunicações telefônicas merecem uma abordagem

diferenciada, é o que faremos nos tópicos vindouros. Também, mais amiúde, trataremos da proteção dos dados em linhas posteriores.

Em relação à correspondência, comunicações telegráficas e de dados que não sofrem restrição legal, no texto constitucional, aqui, faremos uma breve abordagem. A correspondência pode sofrer restrição, *in concreto*, pela ocorrência de justa causa, como autoriza o art. 153 do Código Penal: “Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.” Assim, tanto o destinatário como o terceiro que conheceu conteúdo da correspondência, pode revelar o segredo, se ocorrer justa causa. Com efeito, com base na justa causa, deverá ser analisada, em cada caso, a ilicitude da violação da correspondência.

A inviolabilidade destas comunicações (correspondência, telegráfica e de dados), *in concreto*, também, pode sofrer restrição pela aplicação do princípio da proporcionalidade, como modo de se resolver eventual colisão entre o valor protegido pela norma que consagra a inviolabilidade da comunicação e o valor amparado por outra norma constitucional.

3.1.4 Restrição do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988

A primeira parte deste dispositivo foi analisada nas linhas anteriores. Cabe, agora, comentar sobre a última parte: “salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

É de se ver que o constituinte impôs limites à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas. Trata-se de restrição por reserva legal qualificada, pois a Constituição indica os elementos que devem ser observados: o tipo, a finalidade e o meio de intervenção autorizado – por ordem judicial, nas hipóteses que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal -.

Esta restrição, além de limitar o sigilo das comunicações telefônicas, também, pode atingir outros direitos, em especial, os pressupostos da inviolabilidade do sigilo das comunicações vistos em linhas anteriores, dos quais destacamos os elementos integrantes da intimidade, restringindo seu campo de atuação, principalmente, o segredo.

Sobre o direito à intimidade, neste trabalho, comentamos em duas outras oportunidades: no capítulo primeiro e neste mesmo, respectivamente, quando o tratamos como direito fundamental e como pressuposto do sigilo às comunicações. Comentários esses que se unem a este.

A finalidade do limite à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas é a descoberta e/ou recolhimento de fontes de prova. A interceptação seria o meio utilizado para a descoberta e/ou recolhimento das fontes de prova. As fontes colhidas podem ser oportunamente introduzidas no processo, pelo meio de produção correspondente. Sendo produzidas, sob o manto do contraditório, as provas serão apreciadas pelo juiz para a formação de sua convicção.

O limite à inviolabilidade do sigilo das comunicações se destina à investigação criminal e instrução processual penal. Na verdade, entre nós, esse meio de investigação de prova veio para corroborar, principalmente, com o combate ao crime organizado; e, ainda, para regularizar a prática de “grampos” que vinha ocorrendo de forma desordenada.

A interceptação telefônica somente será admitida mediante autorização judicial, já que restringe direitos fundamentais.

Merece especial atenção comunicação de duas ou mais pessoas por conversa, entre presentes ou via telefone. O conteúdo da conversa, uma vez captado, poderá se constituir em fonte de prova. A doutrina identifica seis espécies distintas de captação de conversa.

Interceptação telefônica, também denominada interceptação em sentido estrito, consiste na captação da comunicação telefônica por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores. Então, para caracterizar este tipo há dois elementos essenciais: intervenção alheia e desconhecimento dos comunicadores (da ingerência de terceiro). Com efeito, a violação da intimidade atinge ambos os comunicadores.

Escuta telefônica é a captação da comunicação telefônica por terceiro com conhecimento de um dos comunicantes. Os dois elementos essenciais nesta hipótese são: intervenção de um terceiro e desconhecimento de apenas um dos comunicantes. Neste caso, a violação da intimidade é reduzida, alcança somente um dos comunicantes, aquele que não sabe da interferência. Trata-se de uma figura híbrida.

Gravação telefônica ou gravação clandestina é a gravação da comunicação telefônica por um dos comunicadores, sem o conhecimento do outro. Trata-se de uma gravação da própria comunicação; não há interceptação alheia. A violação da intimidade ocorre somente em relação ao que não sabia da gravação.

Interceptação ambiental ou interceptação de comunicação entre presentes consiste na captação de uma comunicação no próprio ambiente dela, por um terceiro, sem conhecimento dos comunicadores. Aqui não há transmissão telefônica. A violação da intimidade alcança todos os comunicadores.

Escuta ambiental ou escuta de comunicação entre pessoas presentes é a captação de

uma comunicação, no ambiente dela, feita por um terceiro, com o consentimento de um dos interlocutores. Não há uso de telefone. A violação da intimidade atinge somente àquele que não sabe da captação.

Gravação ambiental ou gravação clandestina é a captação no ambiente da comunicação realizada por um dos comunicadores, sem o conhecimento do outro. Também nesta situação, como nas duas antecedentes, não há emprego de telefonia. A violação da intimidade se dá somente em relação ao comunicante que desconhece a gravação.

Veremos adiante quais destas espécies de intervenção restaram disciplinadas, quando também, serão tratadas questões suscitadas pela interpretação e aplicação do texto da Lei 9.296/96.

3.2. Intercepção de Comunicações Telefônicas na Lei n. 9296/96

A matéria trata da regulamentação da intercepção das comunicações telefônicas prevista no artigo 5º, inciso XII, parte final, da Constituição Federal de 1988, que restringe as comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Na legislação anterior, nossa Constituição de 1969, não previa exceção ao princípio da inviolabilidade da comunicação telefônica (art. 153, § 9º), mas lei ordinária admitia a intercepção mediante ordem judicial, para fins processuais penais, nos termos do artigo 57, II, *e*, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117, de 27.08.1962). De modo que a violação, desde que judicialmente autorizada e para fins de investigação criminal ou prova em processo penal, não configurava crime (Código Penal, art. 151, II, parte final).

Somente em 1996, este dispositivo constitucional (art.5º, inciso XII da CF de 1988) foi disciplinado por lei ordinária. Com sua regulamentação, surgiram muitas discussões, sendo que várias delas persistem até hoje. De imediato se instalou a discussão acerca da receptividade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Vários estudiosos se posicionaram contra. Para esses, a Constituição exige expressamente uma reserva legal qualificada. Não se contentavam com a exigência de lei ordinária que somente mencionasse a possibilidade da intercepção. Exigiam mais: tal lei há de ser descritiva, estabelecendo detalhadamente as hipóteses e a forma em que a diligência poderá realizar-se sob o manto da legalidade.

A toda evidência, a norma do art. 57 da Lei n. 4.117/62, pré-existente, não servia para regulamentar a matéria. Trata-se de disposição muito singela e lacunosa.

A posição do Supremo, embora majoritária no sentido de afastar a aplicabilidade do artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, não era unânime, gerando insegurança jurídica e produzindo descrédito ao direito e às instituições.

Desde a sua criação, em 1876, por Alexander Graham Bell, o telefone tornou-se um dos instrumentos de comunicação mais eficientes entre as pessoas de cada canto do mundo, pois, por meio dele e por sua própria natureza, os interlocutores sentem-se seguros em relação ao conteúdo transmitido, o que lhes permite expor seus sentimentos, ideologias e segredos. Era imprescindível conservar a segurança trazida pelo telefone, como meio de comunicação livre de interferências involuntárias, garantindo a intimidade.

Por outro lado, com o tempo, esta brilhante invenção se transformou em arma nas mãos dos criminosos. Em contrapartida, tornou-se relevante reforçar a segurança pública. Então, o nosso constituinte de 1988, ao mesmo tempo em que manteve o sigilo das comunicações telefônicas, permitiu sua interceptação, que foi regulamentada, aproximadamente, oito anos após (1996), pelo legislador ordinário.

Entre a restrição constitucional da comunicação telefônica é a regulamentação da interceptação telefônica, houve um período cinzento. Acentuou-se o uso desse meio de investigação de prova. Bastava que a Polícia apresentasse indícios que a pessoa proprietária da linha telefônica estivesse envolvida num crime, em geral de tráfico de drogas, sequestro e extorsão, para que o Judiciário autorizasse a “escuta” ou “grampo”.

Tal expediente proporcionou, em 1990, que o Denarc e a Polícia Federal atingissem, em apenas oito meses, o recorde de apreensões de drogas no Estado de São Paulo: foram 364 quilos de cocaína e 1.371 de maconha, que correspondiam, à época, as cifras de US\$ 3,6 milhões e US\$ 1,2 milhão, respectivamente, além de possibilitar a prisão de 544 traficantes, conforme matéria publicada na edição de 13.09.1990 do jornal O Estado de São Paulo, Polícia faz escuta para combater tráfico (apud, AVOLIO, 2012, p. 157).

Nesse período, também, a interceptação telefônica, era realizada com finalidades políticas. O Instituto de Criminalística do Distrito Federal, através de seus peritos, comprovou que foram grampeados os telefones de um bloco inteiro de prédios da Câmara que serviam de residência a vinte deputados. Acredita-se que tais práticas tenham começado durante a CPI do Orçamento, conforme O Estado de S. Paulo, de 07.12.1994, sob o título: Comprovada escuta em telefone de deputados, apud Avolio (2012, p.157-158). A moda era: “O grampo”.

Inúmeros casos de interceptação, legais e ilegais, que violavam a intimidade, inclusive alguns escandalosos, estimularam posicionamentos do STF e de algumas autoridades interessadas na regulamentação da matéria.

Em 1994, o STF, com sede no HC 69.912, rel. Min. Sepúlveda Pertence, por maioria de votos, afirmou ser inconstitucional a interceptação de comunicações telefônicas, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, enquanto não editada a lei disciplinadora requerida pela ordem constitucional, uma vez que, segundo o entendimento fixado, não foi recepcionada a legislação anterior que disciplinava a matéria (art. 57, II, da Lei 4.117/62). Aliás, o Ministro da Justiça Nelson Jobim usou estes argumentos na Portaria 1.492/1995, que vetava o Departamento de Polícia Federal formular pedido de autorização judicial para interceptação de comunicações telefônicas, até que fosse promulgada a lei que regulamentasse a matéria.

Nesse emaranhado, a Câmara dos Deputados, em 09.01.1996, no período de convocação extraordinária do Congresso, aprova o projeto de autoria do Ministro da Justiça sobre a regulamentação das interceptações telefônicas, que foi, então, encaminhado ao Senado. Em 11.07.1966, o Senado aprovou o substitutivo do senador Jefferson Peres (PSDB/AM) ao projeto do Governo.

Depois de reexaminada a proposta legislativa pela Câmara, aos 24.07.1996, foi promulgada a Lei 9.296, que regulamenta o inc. XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

Entretanto, ainda, existem vários Projetos de Lei sobre Interceptação Telefônica tramitando pelo Congresso, inclusive o primitivo, do ano de 1989, denominado Miro Teixeira, de n. 3.514/1989, já aprovado pela Câmara dos Deputados. Trata-se de Projeto bem elaborado; serviu-se de subsídios da doutrina e da jurisprudência nacional e estrangeira, contidas na obra de Ada Pellegrini Grinover, e na legislação comparada mais avançada, notadamente a italiana e alemã, sem deixar de se preocupar com a nossa realidade.

3.2.1 Delimitação do objeto da Lei 9.296/96

O primeiro artigo da Lei 9.296/1996 refere-se a “interceptação de comunicações telefônicas [...]”

Discute-se na doutrina se a palavra interceptação usada neste dispositivo engloba “interceptação telefônica” e “escuta telefônica”, ou se deveria ser tomada em sentido estrito, ou seja, “interceptação telefônica”.

Para saber o que o legislador quis dizer com “interceptação telefônica”, necessário, de início, entender o significado de interceptação de comunicações telefônicas, para, depois, concluir quais as espécies abrangidas por esta disposição.

Segundo Aurélio (2004), a interceptação tem etimologicamente, entre outros, os

sentidos de: “1. Interromper no curso; deter ou impedir na passagem; 2. Cortar, interromper; interceptar comunicações telefônicas”. No sentido jurídico, as interceptações, *lato sensu*, podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas, tanto para impedi-las, como para delas apenas tomar conhecimento. Em ambas as hipóteses há consequências, respectivamente, penais e com reflexos no processo. No entanto, esta lei apenas disciplina a interferência para tomar conhecimento da conversa íntima, pois o objetivo é o de colher prova.

Analisando as espécies de captação de conversa expostas em linhas antecedentes, de imediato, percebe-se que não fazem parte do âmbito desta lei a interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental, vez que nestas situações não ocorre comunicação telefônica, mas, sim, tão-só, conversa ambiente.

A gravação telefônica ou gravação clandestina, ou seja, a captação da conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro, fica fora da abrangência da lei. Isto porque não há figura de um terceiro quando da captação da conversa. Quem realiza gravação é um dos interlocutores. Entende Scarance Fernandes (2012, p.103) que pode ela ser permitida mediante aplicação analógica do art. 153 do Código Penal, quando houver justa causa.

O Supremo Tribunal Federal entende ser lícita a gravação clandestina de diálogo telefônico, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, principalmente quando se destina a fazer prova em favor de quem gravou a conversa em casos de práticas criminosas contra sua pessoa. Assim: RE 402.717-8/PR (RT 884/507-515), cujo relator, Min. Cezar Peluso, faz uma extensa fundamentação, citação de posicionamentos da doutrina e de outros acórdãos no mesmo sentido. Eis a ementa:

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.(BRASIL, apud Antonio Scarance Fernandes, 2012, p. 103-104).

Ficamos, então, com interceptação telefônica em sentido estrito e escuta telefônica, que carecem de um exame mais apurado. Como vimos; a interceptação telefônica em sentido estrito, consiste na captação da comunicação telefônica por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores; e, a escuta telefônica que é a captação da comunicação telefônica por terceiro com conhecimento de um dos comunicantes.

A única diferença existente entre as duas é que, na interceptação ambos interlocutores desconhecem a captação, e, na escuta apenas um é conhecedor da captação. Nas duas, portanto, há a figura de um terceiro. Só que na escuta, a violação da intimidade é mais estrita, vez que recai, apenas, sobre a de um dos interlocutores.

A distinção doutrinária funda-se no reconhecimento de uma espécie de direito do indivíduo ao controle do próprio telefone. Assim, aplicar-se-ia a escuta nos casos de sequestro, estelionato, ameaça pelo telefone, trotes, etc., como uma forma da pessoa que se utiliza da linha telefônica colaborar com a polícia para o esclarecimento do crime.

Ada P. Grinover (1976, p. 250), se referindo à escuta telefônica, esclarece que:

[...] a doutrina configura a hipótese como uma espécie de direito do indivíduo ao controle de seu próprio telefone: assim, por exemplo, os familiares da pessoa seqüestrada, ou as vítima de estelionato, ou ainda aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através do telefone, em sua vida privada.

Para Fernandes Scarance Fernandes (2012, p. 105) o dispositivo abrange as comunicações telefônicas feitas por terceiro, com ou sem consentimento de um dos interlocutores, portanto, envolve interceptação em sentido estrito e escuta telefônica. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini (2011, p. 25-26) sustentam que pelo fato de um dos comunicadores saber da captação, não afasta a idéia de interceptação, porque é um terceiro que está tomando conhecimento da comunicação. Demais, que a intimidade daquele que não sabe da captação deve ser respeitada. Assim, segundo estes autores, as duas espécies estão abrigadas pelo artigo 1º da Lei da Interceptação Telefônica.

Em contrário, Greco Filho (2005, p. 7 e ss.), entendendo que a lei não disciplina a interceptação com o consentimento de um dos interlocutores, porque a gravação clandestina ou ambiental e a interceptação consentida são irregulamentáveis no âmbito do inc.XII do art. 5º da CF/1988, dependendo a sua licitude do “confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação e a interceptação, como o estado de necessidade e defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do CP e art. 233 do CPP)”.

Também, em sentido contrário Luiz Francisco Torquatro Avolio (2012, p. 167-168) analisa a questão sob dois aspectos: o da tutela da intimidade e o da instrumentalidade da medida cautelar.

Argumenta ele que as duas figuras são afins, mas de conteúdos distintos. Em sendo assim, não seria lógico dar a institutos afins, porém de conteúdos distintos, a mesma disciplina, sob pena de nada se aproveitar da estabelecida e consagrada distinção doutrinária. Nesta vertente, diz textualmente:

[...] sendo a nota distintiva entre as duas figuras o consentimento de uma das partes, presente apenas na escuta, esta haveria de merecer tratamento diferenciado, dada a menor dose de sacrifício da garantia da intimidade envolvida, que, no caso, resumir-se-ia à da parte que não detém conhecimento sobre a captação de suas conversas, já que a outra abriu mão, da garantia do sigilo telefônico.

Do ponto de vista da instrumentalidade das medidas, argumenta que por meio da utilização das escutas poder-se-ia inibir de forma mais eficiente os crimes, em especial os de sequestro e estelionato. No entanto, as escutas mereceriam tratamento mais adequado do que na Lei 9.996/96, possibilitando maior agilidade e eficácia aos resultados práticos do processo penal. Para este mestre, o regime mais adequado às escutas seria o do primitivo Projeto de Lei 3.514/1989, que previa expressamente as escutas, dispondo em seu art. 4º, que, “quando um dos interlocutores consentir na escuta telefônica, a autoridade policial poderá efetuar-la, desde que do atraso possa derivar prejuízo para as investigações, não podendo haver recusa da empresa de telefonia”, sujeita, contudo, à convalidação judicial no prazo máximo de 24 horas.

O citado autor, nas mesmas páginas, conclui: “A nosso ver, portanto, limitou-se o legislador ordinário a tratar da interceptação telefônica *strito sensu*, ignorando a modalidade escuta telefônica” [...]. Em consequência, admite que o juiz possa autorizar a escuta com base no princípio da proporcionalidade, independentemente da previsão legal, enriquecendo seu argumento com julgado do STF (HC 75.261/MG, 1ª T., j. 24.06.1997, rel. Min. Octavio Galotti, DJ 22.08.1997), em que o relator fundamentou seu voto no magistério de Ada P. Grinover e dele próprio. Diz a ementa:

1. Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Lícitude desse meio de prova. Precedente do STF: (HC 74.678, 1ª Turma, 10-6-97). 2. Alegação improcedente de perda de objeto do recurso do Ministério Público estadual. 3. Reavaliação do grau de culpabilidade para fins de revisão de dosagem da pena. Pretensão incompatível com o âmbito do habeas corpus. 4. Pedido, em parte, deferido, para suprimimento da omissão do exame da postulação,

expressa nas alegações finais, do benefício da delação premiada (art. 159, § 4º, do Código Penal), mantidas a condenação e a prisão. (grifo nosso)

Diz o voto do Min. Octavio Galotti:

[...] Ainda mais importante é, porém, ressaltar a ilicitude, em si mesma, da prova contestada na hipótese dos autos, clássico exemplo de interceptação das negociações telefônicas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e familiares da vítima de outro, conhecida a gravação pelo recipiendário das ligações. Eis, a respeito dessa situação, a remissão de Luiz Francisco Torquato Filho (sic) ao magistério de Ada Pellegrini Grinover que a doutrina configura a hipótese como uma espécie de direito do indivíduo ao controle do próprio telefone, assim, por exemplo, os familiares da pessoa seqüestrada, ou a vítima de estelionato, pó ainda aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através do telefone em sua vida privada (Provas ilícitas, autor citado, RT, 1995, p.97). Também no caso específico do seqüestro, aduz Avolio ao tratar do princípio da proporcionalidade como fator de legitimação da prova: ‘ Esse princípio, a propósito, é que pode legitimar a interceptação ilícita nos casos, por exemplo, de seqüestro, em que se confrontam dois valores constitucionalmente garantidos, como o direito à vida, ou à integridade física (do seqüestrado) e o direito à intimidade ou ao sigilo da correspondência e das comunicações, ou ainda à inviolabilidade do domicílio (do seqüestrador ou de terceiros), fazendo com que prevaleça o mais relevante [...]

Não é fácil emitir uma opinião depois de conhecer os argumentos dos ilustres mestres, conforme breve exposição acima, mas, vamos tentar.

Primeiro, concordamos com o professor Avolio sobre a necessidade de disciplina própria para a escuta telefônica, de maneira a permitir maior celeridade ao processo penal; como exemplo: possibilitar ao Ministério Público e/ou Delegado de Polícia a realização de escutas, independentemente, de autorização do juízo, em caráter de máxima urgência, para evitar desaparecimento de fontes de prova. Evidentemente, que esta alternativa não seria ao arrepio do Judiciário. Este órgão, no controle das atividades da polícia judiciária e no exercício do “juiz das garantias”, uma vez comunicado, de imediato, sobre a realização deste meio de investigação de prova, poderá cancelá-lo, de pronto, se este meio não estiver de acordo com as disposições legais. Assim, a autoridade policial seria estimulada a uma atuação mais dinâmica e mais célere.

Segundo, já que não há uma disciplina ideal para a escuta telefônica visando garantir uma *persecutio criminis* mais eficiente, tal como ocorreu com a bem sucedida operação “Tolerância Zero” na cidade de Nova York, por ora, poder-se-ia utilizar da Lei de Interceptação Telefônica, já que parte da doutrina e jurisprudência admitem estar a escuta telefônica abrangida por ela. Se não aproveitarmos deste posicionamento, teríamos que empregar o princípio da proporcionalidade para garantir a licitude de fontes de prova colhidas

via este meio de investigação. No entanto, cremos que esta opção demandaria maior tempo para a finalização da *persecutio criminis*. À míngua de regulamentação, haveria discussões acerca da licitude das provas colhidas, o que importaria, provavelmente, em um número maior de recursos e/ou julgamentos mais demorados, dependendo dos tribunais competentes.

A propósito, temos para reforçar, em parte, nossa opinião, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC 80.949, 1ª T., j. 30.10.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001, onde a escuta realizada pela polícia sem autorização judicial, com a colaboração de membro de quadrilha, sem ciência do terceiro investigado, foi considerada ilegal.

Terceiro, se realmente o legislador tivesse interesse em envolver escuta telefônica a teria destacado, como o faz o pioneiro Projeto que, na ocasião da votação do vigente, estava tramitando pelo Congresso desde 1989. Na sua Exposição de Motivos destaca a diferença doutrinária entre interceptação em sentido estrito e escuta; esclarece que a gravação pode acompanhar uma ou outra espécie, como também pode ser feita entre presentes, dentre outros aspectos. No seu Capítulo I, trata da admissibilidade das diversas formas de interferência nas comunicações telefônicas: “o impedimento, a interrupção, a escuta e a gravação”. O seu art. 4º “quando um dos interlocutores consentir na escuta telefônica, a autoridade policial poderá efetuar-la, desde que do atraso possa derivar prejuízo para as investigações, não podendo haver recusa da empresa de telefonia” [...].

Em resumo, contrariando opiniões respeitáveis, entendemos que a escuta telefônica não foi abraçada pela lei em vigor. Todavia, por ora, recomendamos sua utilização mediante a disciplina desta lei, para evitar riscos de posicionamentos diversos, que poderá desacelerar a investigação criminal ou o processo penal.

Uma outra questão deve ser levantada: se a interceptação telefônica definida em lei aplica-se somente às conversas telefônicas ou, também, a qualquer tipo de comunicação estabelecida via telefone.

Sustenta Greco (1996, p. 11-13) que a comunicação telefônica não se confunde com comunicação por meio de linha telefônica. Telefone é aparelho de comunicação de voz, de modo que os outros instrumentos que se utilizam da linha telefônica não podem ser a ele equiparados.

Por sua vez Avolio (2012, p. 170 - 174), depois de analisar a Lei de Telecomunicações e a Lei de Informática, conclui que em nada contribuem com a tarefa interpretativa, uma vez que não oferecem definição específica do que trata a comunicação telefônica. Não parou aí, fez uma interpretação literal do texto constitucional (art. 5º, XII), para buscar amparo à extensão dada pelo parágrafo único do art. 1º da Lei de Interceptação

Telefônica. Concluiu que dentro dos conteúdos próprios de cada forma de comunicação telefônica, não cabem aparelhos de fax e de *modems* de computadores. Estes aparelhos, embora se utilizem de linhas telefônicas, transmitem informação em forma codificada, ou seja, dados. Assim, os dados tem comunicação própria e não se encaixam na modalidade comunicação telefônica que se restringe às conversas telefônicas.

Avolio, nas mesmas linhas, defende a posição de Greco referente à interpretação restrita que se deve emprestar à Lei Maior, por constituir a interceptação telefônica em limitação ao direito individual à intimidade. E, acrescenta que, interceptar dados escritos e informatizados equivale a uma violação de correspondência, o que não é permitida pela linguagem constitucional, exceto pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Textualmente, diz:

Nesses casos, da mesma forma que ocorre a escuta telefônica, que não foi objeto de regulamentação, deverá o juiz apontar claramente os interesses em conflito, de molde a justificar-se a limitação do direito individual em cada caso concreto. A previsão legal não basta, por incidir em inconstitucionalidade se assim interpretada, para legitimar-se a autorização de interceptação de comunicação diversa das conversações telefônicas. A par da indispensável motivação, de todas as decisões judiciais, no caso de aplicação da razoabilidade é preciso muito mais do que isso, não bastando o mero direito à prova da acusação como valor oponível à limitação da intimidade, sob pena de não se conceber qualquer prova ilícita que não se legitime (AVOLIO, 2012, p. 173).

Posto isto, importa, agora, registrar a nossa opinião, mas não, sem, antes, interpretar os textos legais e os significados das expressões utilizadas pelo legislador, a exemplo de Avolio.

A Lei 9.472/1997 que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regular e outros aspectos institucionais, denominada Lei de Telecomunicações, quase nada ajuda na interpretação. O seu artigo 60, § 1º, refere-se ao conceito de “telecomunicação”, como sendo “a transmissão, emissão ou recepção por fio, radioeletricidade, meios ópticos, ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” Este conceito de telecomunicação é muito mais amplo do que o de comunicação telefônica, utilizada pelo legislador constituinte. Envolve inúmeros tipos de comunicação, não só a telefônica.

O seu artigo 69, parágrafo único, define forma de telecomunicação como “o modo específico de transmitir informação, decorrente de características particulares de transdução, de transmissão, de apresentação da informação ou de combinação destas”, considerando-se formas de telecomunicação, entre outras, “a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e

a transmissão de imagens” Aqui, telefonia, também, é considerada uma modalidade de telecomunicação, como também o é a comunicação de dados, a transmissão de imagens, a comunicação telegráfica entre outras, mas elas não se confundem, são distintas entre si. O conteúdo que é transmitido difere entre elas. Assim: a comunicação telefônica transmite a palavra falada; a comunicação de dados transmite informação de forma codificada; a comunicação telegráfica transmite mensagens, por meio de um código de sinais através de fios.

O significado de telecomunicações encontrado no Dicionário Aurélio, também, é bastante abrangente: “Comunicação à distância. / Emissão, transmissão ou recepção de sinais, sons ou mensagens por via elétrica ou eletrônica (fio, telefonia, rádio, radiotelegrafia, televisão, radar). / Serviço que agrupa todas as transmissões e processos de localização eletrônicos”.

Também foram colhidos os significados de telefonia e dados . Telefonia: “Sistema de telecomunicação pela transmissão da palavra falada. // Telefonia celular, a constituída por telefones celulares. // Telefonia sem fio, transmissão da palavra com utilização das ondas eletromagnéticas”. Dados: Representação convencional de fatos, conceitos ou instruções de forma apropriada para comunicação e processamento por meios automáticos; informação em forma codificada.

A Lei 7.232/1984, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática e dá outras providências, também, pouco contribui com a interpretação. No art. 2º, VIII, tão-só, anuncia como um dos princípios da Política Nacional da Informática, a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas”. Assim, se limita ao sigilo dos dados estanques e sigilo da comunicação dos dados.

Pelos elementos colhidos, podemos reiterar que a telefonia é uma espécie ou uma modalidade de comunicação à distância (telecomunicação), que se dá pela transmissão da palavra falada, da voz, da conversa entre dois ou mais interlocutores, através do telefone. Mais a mais, todo trabalho do seu inventor foi no sentido de permitir a comunicação de uma ou mais pessoas, pela transmissão da palavra. Foi uma forma de aproximar as pessoas, de permitir a conversa dos distantes. O telefone foi e é o instrumento utilizado para a transmissão da voz, ou seja, da palavra falada.

Contudo, concluímos que a comunicação telefônica se restringe à transmissão da conversa entre dois ou mais interlocutores. O que caracteriza a comunicação telefônica não é o uso da linha telefônica, mas sim a transmissão da palavra falada pela “linha” telefônica. Se

eu usar a linha telefônica para transmitir dados, não estará caracterizada comunicação telefônica, mas, sim, comunicações de dados.

Na verdade o legislador ordinário não cuidou bem da Lei de Interceptação Telefônica. Poderia ser ela mais abrangente e precisa.

Com efeito, isto não quer dizer que comunicação diversa das conversações telefônicas não possa ser realizada como meio de investigação de prova. Pode ser autorizada, judicialmente, com a aplicação cuidadosa do princípio da proporcionalidade, em casos concretos, por decisão fundamentada.

Da mesma forma, o parágrafo, que permite a aplicação da lei à “interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática”, causou discussões a respeito de sua constitucionalidade. Surgiram basicamente duas interpretações: uma em favor da inconstitucionalidade e outra em prol da constitucionalidade.

A primeira corrente é representada por Vicente Greco Filho (1996, p.11-13), Altamiro Lima Filho (1996, p.104) e Avolio (2012, 177-182), entre outros.

A segunda tem como expoentes Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini (2011, p. 46-48) e Antonio Scarance Fernandes (2012, p. 104).

Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini (2011, p. 46-48) entendem ser a Lei de Interceptação Telefônica aplicável às chamadas “comunicações telemáticas” e “comunicações informáticas”, porque a comunicação telefônica é gênero que comporta vários tipos: transmissão de voz, de sons, de imagens, de dados, de sinais, etc.. Assim, concluem que as comunicações telemáticas por telefone, no fundo, não passam de comunicações telefônicas, conjugada ou não com a informática, o que compreende aquelas realizadas direta (*fax*, *modems*) e indiretamente (Internet, e-mail,).

Antonio Scarance Fernandes entende que a corrente que admite a constitucionalidade do parágrafo único, do art. 1º da Lei 9296/96 é “mais ajustada”. Textualmente diz que esta interpretação:

Considera serem a comunicação informática e a comunicação telemática formas derivadas do gênero comunicação telefônica. Não restringe o significado da expressão “comunicação telefônica” apenas à transmissão de voz e sons, compreendendo nela a transmissão de dados por telefone entre dois usuários de computador, como no sistema *modem*. Finalmente, entende que a comunicação de dados também está sujeita à interceptação, pois não há garantia constitucional absoluta, devendo-se atentar ao princípio da proporcionalidade (FERNANDES, 2012, p. 104).

Não pactuamos com estes entendimentos. Primeiro, a questão versa sobre direito

individual fundamental: inviolabilidade de comunicações nas modalidades: correspondência, telegráfica, de dados e telefônica, posta, portanto, na Constituição. Como direito fundamental, em abstrato, só pode sofrer restrição se a própria Lei Maior autorizar. Foi, exatamente, o que se deu: o constituinte ao mesmo tempo em que garantiu a inviolabilidade, limitou-a parcialmente, somente em relação à comunicação telefônica. Assim, a comunicação telefônica é passível de interceptação por reserva legal, tal como está expresso no inciso XII, do art. 5º da CF. As outras modalidades permanecem intocáveis, em abstrato; podendo ser restringidas, em concreto, ou seja, quando houver colisão com outra norma constitucional, e o aplicador do Direito, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, optar por aquela mais adequada para aquele caso específico, afastando a outra. Evidentemente, isto só pode ocorrer se o meio de investigação for lícito, uma vez que a Constituição veda os meios de prova ilícitos.

Segundo, este direito-garantia é norma constitucional e como tal é superior hierarquicamente às regras e princípios infraconstitucionais, como mencionado no primeiro capítulo. Em consequência, a lei ordinária não pode contrariar a disposição da Lei Maior, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, a Lei de Interceptação Telefônica não pode regulamentar a comunicação de dados, telegráfica, e da correspondência, vez que estas modalidades não sofrem restrição no texto constitucional; estão sob o manto da inviolabilidade. Tal lei, somente, pode disciplinar a interceptação de comunicação telefônica, ou seja, a transmissão da palavra falada entre os interlocutores.

Terceiro, a comunicação de dados não se confunde com o sigilo dos dados armazenados (bancos de dados). A Constituição tutela a transmissão de dados e não o sigilo do banco de dados. Com efeito, as comunicações de dados não são passíveis de interceptação, resultando inconstitucional o parágrafo único, da art. 1º, da Lei 9.296/1996. Já os dados constantes de arquivos estanques (armazenados), informatizados ou não, podem ter o sigilo quebrado por lei ou pela aplicação do princípio da proporcionalidade em caso concreto (AVOLIO, 2012, p.180).

Nossa Corte Suprema tem posição nesse sentido: “Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação de dados, e não os dados, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse” (BRASIL, 2001).

Também, no julgamento do Recurso Extraordinário 418.416-8/SC, Plenário, j. 10.05.2006, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006., o STF diferencia comunicação de dados e sigilo de bancos de dados, reconhecendo o caráter “absoluto” da comunicação de

dados, constante do inciso XII, do art. 5º da CF; e o relativo do sigilo do banco de dados, que possibilita a este interceptação em decisão fundamentada do juiz. Parte da ementa diz:

Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados - art. 5º, XVII, da CF: ausência de violação, no caso. 1. Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.94, Galvão, DJU 13.10.95), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada - o ter sido o microcomputador apreendido sem ordem judicial e a conseqüente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa - este segundo fundamento bastante, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental. 2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. 3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial". 4. A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador. { ... } (BRASIL, 2006). (sem grifo no original)

Quarto, a respeito da telemática e informática, não aceitamos que sejam “formas derivadas do gênero comunicação telefônica”. A informática não se constitui em meio ou instrumento de comunicação. Ela é uma ciência que se dedica ao conhecimento da informação de forma racional, bem como da aplicação do seu conteúdo através de máquinas (computadores) e programas (*software*). A telemática, também, não é um instrumento de comunicação. Ela se constitui em um sistema de serviços de informação fornecidos através uma rede de telecomunicações. Assim, dependendo do serviço de informação oferecido, há um instrumento específico de transmissão, como o aparelho de fax ou *modems* de computadores. Estes podem até se valerem da linha telefônica, mas transmitem informações de forma codificada (dados). Portanto, estes instrumentos são meios de comunicação de dados e não da comunicação telefônica, como bem distingue Avolio nas páginas mencionadas.

Quinto, a interceptação telefônica restringe-se à transmissão da palavra falada, da conversa, como sustentamos atrás. Não importa se esta comunicação é feita por linha tradicional, ou se é por radiofrequência, ou por outro mecanismo moderno. O que importa é a transmissão da conversa, da palavra.

Sexto, o que está em jogo na interceptação telefônica é a intimidade dos interlocutores em favor da segurança social. O que se busca com a captação da conversa via telefone é o testemunho de um momento em que a intimidade dos interlocutores é extravasada, cujo conteúdo pode servir à investigação criminal ou ao processo penal. O

mesmo não se dá com outras formas de comunicação, as quais não possibilitam captação deste momento íntimo entre os comunicadores.

Por todo dito, entendemos que o fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática não podem ser objetos da lei de interceptação telefônica, por serem seus conteúdos impróprios a esta.

3.2.2 Finalidade da interceptação

A interceptação telefônica é um meio de investigação de prova, que tem por objetivo a descoberta ou o recolhimento de fonte de prova. Conforme visto no capítulo dois, fonte de prova é a expressão utilizada para designar pessoa ou coisa, da qual se podem extrair dados objetivos, informações relevantes para a investigação ou processo. Tais fontes, se pertinentes ao tema probante, poderão ser introduzidas no processo, pelo meio de produção correspondente, que é um mecanismo utilizado para trazer a fonte de prova para o processo, por exemplo, depoimento de uma testemunha. A transmissão da conversa telefônica é o objeto da interceptação.

Tem a interceptação telefônica natureza cautelar, isto é, se destina a assegurar a eficiência da atividade probatória, face ao risco de que a ação do tempo impossibilite ou dificulte que pessoas ou coisas possam servir como fonte de prova. Aliás, sobre o caráter cautelar de prova, há registro nas linhas sob o título: Prova cautelar, prova antecipada e prova não repetível, no segundo capítulo, cujas noções se adicionam a este.

Em razão de sua natureza cautelar, a interceptação não será admitida quando não estiver presente o *fumus boni iuris* (aparência do bom direito), que, na área criminal, envolve duas exigências: probabilidade da autoria e ocorrência de infração penal. Estas duas exigências são previsíveis no inc. I do art. 2º, da Lei 9296/96, sendo uma direcionada ao agente ativo: “indícios razoáveis da autoria ou participação”; e, outra, dirigida à materialidade: ocorrência de infração penal.

Estas exigências devem ser bem avaliadas para autorizar a permissão da medida. Não bastam alegações superficiais. É preciso que elas estejam embasadas na investigação em andamento ou no processo instaurado (art. 3º, I e II).

Além da aparência do bom direito, outro requisito da cautela é indispensável *periculum in mora*, isto é, do perigo de ser perdida a prova sem a interceptação. Esta exigência está expressa no inc. II do art. 2º, que só admite a medida se não houver outro meio disponível para obtenção da prova. Além destes requisitos há o constante no inciso III do

mesmo artigo: somente os crimes punidos com reclusão poderão ser objeto de interceptação telefônica.

Trata-se de uma medida dependente de ordem judicial para que seja concretizada. A operação técnica (ato de captar a comunicação telefônica) é o meio executivo da medida. O auto circunstanciado obrigatório revela a documentação da operação técnica. A gravação da conversa entre os interlocutores é o resultado da operação técnica. As fontes de prova poderão surgir daí.

Este meio de investigação de prova somente é permitido na investigação e instrução processual penal, como prescreve a Constituição no art. 5º, XII, última parte, e, o art. 1º da lei específica, como dito em outras linhas.

Tanto a Constituição Federal como a Lei 9296/1996 mencionam “investigação criminal”. A investigação criminal se constitui em uma fase da persecução penal que precede o processo. Trata-se de investigação de fatos tidos como delituosos, que se concretiza num conjunto de atividades desenvolvidas com a finalidade de descobrir, colher ou registrar a existência de fontes de prova pertinentes à materialidade e à autoria de um delito tido como ocorrido. Mais detalhes sobre investigação criminal, remetemos o leitor às primeiras linhas do segundo capítulo, onde tivemos oportunidade de discorrer a respeito.

A interceptação telefônica pode ser requerida e autorizada antes e independentemente da instauração de inquérito policial. O Superior Tribunal de Justiça julga neste sentido, conforme HC 136659/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho:

Esta Corte já decidiu ser prescindível a prévia instauração de inquérito ou de ação penal para a decretação de quebra de sigilo telefônico; isso porque a interceptação telefônica, disciplinada na Lei 9.296/1996, tem natureza de medida cautelar preparatória, exigindo-se apenas a demonstração da existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com reclusão (BRASIL, 2010).

Apesar de ser dispensável o inquérito, é necessária a existência de uma investigação sobre o cometimento de uma infração penal e indícios razoáveis de autoria ou participação.

Não é cabível interceptação na investigação que apura ato infracional em tese. Esta regra bem se aplica aos casos de infração contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, I a IV, da Lei 8.137/1990, pois o crime somente se tipifica com o encerramento do procedimento administrativo fiscal e o consequente lançamento definitivo do tributo. Neste sentido temos a Súmula Vinculante n. 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. Segue um julgado do STF, com sede em HC 96832/PR: “Nos termos da Súmula Vinculante 24, impõe-

se o trancamento de inquérito que apura a prática, em tese, de crime contra a ordem tributária [...], se o respectivo lançamento tributário ainda não foi definitivamente constituído [...]" (BRASIL, 2010).

Não há dúvidas quanto à impossibilidade de permissão de interceptação telefônica fora da investigação e instrução criminal. A Constituição e a lei em comento são claríssimas a respeito, entretanto, há decisão em tribunal superior admitindo a possibilidade excepcional de interceptação em processo civil, o que foi motivo de muita crítica.

A prisão em flagrante em decorrência de prévia interceptação autorizada judicialmente é legítima. Este meio de investigação de prova não provoca a prática da figura típica, pois os interlocutores não têm conhecimento da medida, que se opera em segredo de justiça. Os agentes ativos praticam espontaneamente a conduta típica. Assim, em se tratando de flagrante esperado, em virtude de interceptação telefônica lícita, não se aplica a Súmula 145 do STF. Esta máxima somente é aplicável na hipótese de flagrante preparado pela polícia que torna impossível a consumação do delito. Este, também é o entendimento dos tribunais. Ilustrando, STJ, HC 80808/SP, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.03.2008, v.u., DJ 22.04.2008:

Caracteriza-se a situação de flagrante preparado, quando a atividade policial provoca ou induz o agente ao cometimento do crime, não se confundindo com o chamado flagrante esperado, como se dá na espécie em exame. A partir dos elementos contidos nos autos, a ação da polícia se limitou a monitorar, por meio de escutas telefônicas autorizadas judicialmente, os contatos mantidos entre o primeiro paciente, interno do sistema carcerário, e os demais acusados, agindo, quando das prisões efetuadas, para frustrar a atividade criminosa já então em curso. (BRASIL, 2008).

Na fase da investigação, os princípios constitucionais inerentes ao processo penal, contraditório, ampla defesa, entre outros, não se fazem presentes para a realização dos meios de investigação de prova, ainda mais porque estes se baseiam no elemento surpresa. As fontes de prova colhidas nesta fase serão conduzidas ao processo, onde, então, serão produzidas sob a proteção do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, etc., para, depois, embasarem a decisão fundamentada do magistrado. A interceptação telefônica tem a mesma sorte, já que se trata de um meio de investigação de prova.

Um outro aspecto merece ser abordado aqui: interceptação fundada em “denúncia anônima”. A expressão “denúncia anônima” é forma imprópria para designar a comunicação anônima de uma infração penal ou delação anônima do seu autor. É imprópria porque denúncia, na técnica processual brasileira, significa a peça inaugural da ação penal, quando

promovida pelo Ministério Público.

O Código de Processo Penal, no seu 5º, § 3º, permite que qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública, verbalmente ou por escrito, venha comunicá-la à autoridade policial, e, esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito. Outra maneira de comunicar a prática de infração ou de seu autor seria através do serviço “disque-denúncia” utilizado por extrema necessidade, para facilitar a função repressiva do Estado. Mas, nas duas situações, cabe à autoridade policial, com discricção, realizar uma verificação prévia, e, somente, com a certeza da infração penal, instaurar o inquérito.

Este mesmo estatuto não proíbe expressamente a denúncia anônima, como acontece no ordenamento português (art. 164, II) e no italiano (art. 240), que vedam o ingresso de documento anônimo no processo, reputando-o prova ilegítima.

Todavia, é possível deduzir do nosso sistema jurídico tal inadmissibilidade. O Código Penal pátrio pune a denunciação caluniosa (art. 339) e a comunicação falsa de crime ou de contravenção (art. 340). Por sua vez, a Constituição Federal, ao cuidar da liberdade de manifestação de pensamento, veda expressamente o anonimato (art. 5º, IV), além de assegurar indenização pelo dano material, moral ou à imagem (art.5º, V e X), decorrente de falsa notícia de crime.

Admitir abertura de inquérito policial ou de investigação com base, unicamente, em denúncia anônima seria o mesmo que vulnerar a tranquilidade das pessoas, que viveriam em sobressalto, esperando uma possível delação injusta por mero capricho ou vingança.

A jurisprudência de nossos tribunais, ora não, ora sim, admite a utilização da denúncia anônima.

Num dos julgamentos mais significativos (AgRg no Inq. 355/RJ (2002/0132706-7), rel. Min. Ari Pargendler.), o STJ decidiu, por unanimidade, que carta anônima não poderia levar à movimentação do aparato policial e judiciário, em respeito à vedação do anonimato prevista na Constituição Federal. O Min. José Delgado, em voto separado, registra que uma denúncia sem qualquer fundamento pode caracterizar, em si mesma, o crime de denunciação caluniosa. Por isso, dar espaço para instalação de inquéritos com base em cartas anônimas abriria precedente “profundamente perigoso”, cuja ementa se apresenta assim: “Inquérito policial. Carta anônima. O STJ não pode ordenar a instauração de inquérito policial, a respeito de autoridades sujeitas à sua jurisdição penal, com base em carta anônima. Agravo regimental não provido.” (BRASIL, 2004).

Em sentido contrário temos o julgamento do HC 90.178/RJ, 2ª T., j.02.02.2010, rel.

Min. Cezar Peluso, DJE. 26.03.2010, cuja ementa diz: “Não é nulo o inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante dos acusados, ainda que a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denúncia anônima” (BRASIL, 2010).

Em relação à interceptação telefônica desencadeada por delação anônima, entende-se que não é possível, pois, não haverá certeza da existência da infração e nem indícios razoáveis de autoria, além dos inconvenientes do anonimato propriamente dito, que contaminam as provas dela decorrentes. A propósito trazemos parte da ementa do HC 64096, julgado pelo STJ, em 2008, tendo como rel. Min. Arnaldo Esteves Lima:

[...] Dispõe o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, que ‘não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando (...) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal’. A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal). 4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da ‘teoria dos frutos da árvore envenenada’ (BRASIL, 2008)

Assim, só a denúncia anônima não viabiliza a interceptação telefônica, porque esta requer existência da infração e indícios razoáveis de autoria.

A finalidade da interceptação também alcança a fase da instrução processual penal

Instrução processual penal é um conjunto de atos realizados no processo criminal com a finalidade de demonstrar os fatos alegados, visando produzir o convencimento do juiz no tocante à verdade processual, que deve ser o mais próximo possível da realidade. Estes atos são realizados no correr do procedimento, embora haja momentos de concentração, exemplo, audiência única de instrução e julgamento (art. 400 do CPP).

A produção das provas na instrução criminal é protegida pelos direitos e garantias constitucionais relativos ao processo penal: como o princípio da presunção da inocência, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade processual, do juiz natural e imparcial, da publicidade, vedação da prova ilícita, entre outros.

Pelo teor do *caput* do art. 1º, da lei 9269/99, a interceptação telefônica pode ser realizada, também, depois de instaurado o processo, na instrução deste.

O legislador não distinguiu a modalidade de ação, se pública ou privada. Logo, há de se admitir a interceptação em ambas, desde que preencha os requisitos legais.

Na instrução criminal, diferente do que ocorre na investigação criminal, a

interceptação só pode ser requerida pelo Ministério Público, ou determinada de ofício pelo juiz. A autoridade policial somente pode solicitá-la na investigação criminal (art. 3º).

Há quem sustente que este meio de investigação de prova somente seria adequado no período investigatório. Todavia, não somos adeptos desta opinião. Durante a instrução penal pode-se revelar muito importante a interceptação telefônica em razão do surgimento de fatos novos ou de circunstâncias desconhecidas, que somente através desta medida poderão ser descobertas ou colhidas fontes de prova.

Também há aqueles que entendem que a interceptação telefônica deferida na instrução colide com o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*), porque o acusado ou a sua defesa não tem permissão legal para requerer tal medida cautelar. Não vejo esta ausência de permissão para a defesa com tanto rigor.

Primeiro, o réu tem ao seu exclusivo favor a presunção da inocência e outros direitos decorrentes deste, como a não autoacusação e o direito ao silêncio.

Segundo, em contrapartida, o órgão acusador tem o ônus de provar a materialidade do crime, as circunstâncias, a autoria, participação, as qualificadoras, etc.

Terceiro, se formos colocar na balança da Deusa Themis, vai pesar mais o prato que contém os benefícios legais ao acusado.

Quarto, não há nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional que vede a possibilidade da defesa requerer a interceptação telefônica.

Quinto, de mais a mais, que prejuízo é causado ao réu a falta de permissão legal para requerer a providência? A resposta é óbvia: nenhum. Em geral, o acusado conhece as provas a seu favor. Não necessita investigar para descobri-las. Quem precisa do meio de investigação de prova é o titular da ação penal, pois cabe a ele o ônus da acusação e de provar os fatos, por ele imputados ao acusado.

Sexto, esta questão é de ordem mais prática do que teórica. À míngua de outras provas, nada impede que o acusado, querendo obter prova de sua inocência, se utilize da medida para captar a conversa de outro possível suspeito ou da suposta vítima. Neste caso, “pode o advogado do réu, em nome do princípio da proporcionalidade, por constituir o direito de defesa garantia constitucional oponível à intimidade do terceiro, requerer diretamente ao juiz a realização da interceptação” (AVOLIO, 2012, p. 194).

A respeito da colisão entre a interceptação e o contraditório sustentada por alguns mestres, não lhes assistem razão. A interceptação telefônica é uma medida cautelar *inaudita altera parte*, e, como tal, a parte adversa só poderá contraditá-la após sua concretização. A isso é dado o nome de contraditório diferido, postergado, adiado, como já tivemos

oportunidade de comentar em outros momentos. Não há qualquer prejuízo para a parte, nesse retardamento do contraditório, que poderá desqualificar a prova no tempo oportuno, desde que estejam presentes os pressupostos cautelares: *fumus boni iuris e periculum in mora*. Demais, a investigação colhe fonte de prova que será levada ao processo para a devida produção, em audiência bilateral; e, mesmo que “a prova estivesse pronta e acabada”, a outra parte do processo tem oportunidade de ser ouvida e possibilidade de intervir, inclusive com direito a recurso.

Discute-se também sobre a possibilidade de se utilizar da prova produzida em outro processo (prova emprestada), na instrução criminal. A lei em comento nada diz, como também o Código de Processo Penal. Há previsão no PLS n. 156, art. 166, tal como restou exposto no segundo capítulo. As soluções vêm sendo orientadas pela doutrina e decisões bastante divergentes dos tribunais, como as constantes nos seguintes julgados: (STJ, RMS 16.429/SC, 6ª T., j.09.08.05); (STJ, HC 60229/SP, 5ª T., 03.06.2008).

Opinamos por ser perfeitamente possível o uso da prova produzida em outro processo, desde que sejam atendidos requisitos indispensáveis: produção em processo com observância do contraditório e ampla defesa. O que não se pode aceitar é a utilização da fonte de prova colhida através de interceptação telefônica como elemento de prova em um outro processo, sem antes ser produzida na instrução processual penal com o crivo do contraditório e ampla defesa, uma vez que ainda não vestida com os requisitos necessários.

3.2.3 Fontes de prova coletadas através de interceptação telefônica

No parágrafo único do art. 2º constam formalidades essenciais para o requerimento e decisão a respeito da interceptação. A situação-objeto da investigação deve estar delimitada com clareza e o indiciado precisa estar suficientemente qualificado, salvo impossibilidade manifesta.

A delimitação da situação-objeto da investigação não deve ser tomada com muito rigor e nem muito flexível. É imprescindível a delimitação do fato, sem necessidade de minúcias.

O indiciado além de identificado deve ser qualificado, no entanto, não sendo possível a qualificação, a medida pode ser deferida diante de manifesta impossibilidade para tal.

Estas exigências legais são imprescindíveis para a eficácia da medida e para se constituir em meio de investigação de prova lícito

Além destes dados, também devem ser especificados o número do terminal

telefônico, o local onde deve ser realizada a captação, e outros possíveis, para bem especificar a situação objeto da medida cautelar.

A decisão do juiz deve ser fundamentada, por imposição do art. 5º da lei. Comando este que está em consonância com o art. 93, IX e art. 5º, inciso LVI, ambos da Constituição Federal.

Feito o pedido e deferido, atendendo-se a todos os requisitos e pressupostos, a interceptação é concretizada. É obtida fonte de prova lícita sobre o crime e autoria constantes da autorização. A fonte de prova descoberta ou colhida servirá de base à instauração da ação penal e, poderá se constituir em elemento de prova depois de passar pelo crivo do contraditório e ampla defesa na instrução processual penal.

No entanto, por vezes, pode ocorrer obtenção de fonte de prova sobre crime diverso daquele constante da autorização, e, ainda, sobre suspeitos não identificados na ordem judicial. A doutrina denomina este fenômeno de encontro fortuito, isto é, descobrimento acidental (sair em busca de alguma coisa e achar outra). Entre nós, não há na doutrina nem na jurisprudência consenso a respeito da licitude da fonte de prova encontrada acidentalmente.

Vicente Grego Filho (1996, p. 192) adota o critério da conexão, continência e concurso de crimes. Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (2011, f. 106-113) admitem, com apoio no direito espanhol, o encontro fortuito em relação a crime conexo com o crime investigado e de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Logo, se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, valeria somente, como *notitia criminis*. Damásio E. de Jesus apud Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (2011, f.106 -113) entende que o encontro fortuito não é válido como prova em nenhuma hipótese. Antonio Fernandes Scarance (2012, f. 107) diz que o “critério para afirmação da licitude deve ser o da existência do nexo entre o crime descoberto e o investigado”.

A jurisprudência brasileira admite como prova a interceptação em relação ao novo crime ou ao novo criminoso descoberto fortuitamente, quando haja conexão ou continência com o fato investigado. Para ilustrar conferimos um julgado do STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com

detenção. 2. Agravo Regimental desprovido.(BRASIL, 2010)

O encontro fortuito pode desencadear várias situações como ensinam Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (2011, f.106 -113). Mas, para efeito desta análise, vamos considerar o gênero. Assim, basta catalogá-las em duas situações: a) encontro fortuito de crime diverso daquele delimitado na autorização da interceptação telefônica, mas praticado pelo suspeito indicado e qualificado (encontro fortuito de outros fatos); b) encontro fortuito de suspeito diverso daquele identificado e qualificado na autorização da interceptação telefônica (encontro fortuito de pessoas não investigadas).

Em nosso sentir, em tese, a fonte de prova descoberta e colhida pela captação da conversa telefônica não constitui prova ilícita pelas razões articuladas a seguir.

Primeiro, a interceptação telefônica é meio de investigação de prova, que tem como finalidade a descoberta ou coleta de fonte de prova, a qual será levada ao processo por um meio de produção de prova, como exemplo, o depoimento de alguém, pois transporta para o processo a fonte de prova, ou seja, o fato de conhecimento direto ou indireto da testemunha. Antes da produção da prova na instrução processual, a fonte de prova pode servir de base para oferecimento da denúncia, mas não tem, ainda, peso para fundamentar a decisão judicial, pois precisa ser submetida ao contraditório e à ampla defesa. Somente depois de produzida na instrução processual, a fonte de prova se transforma em elementos de prova (dados objetivos de fonte de prova que confirmam ou negam fato relevante para a decisão da causa. Finalmente, se dá o resultado da prova (conclusão obtida através da valoração judicial).

Segundo, como meio de investigação de prova, sua disciplina cuida dos requisitos, pressupostos, procedimento, concretização, entre outros, todos relativos ao meio e não ao resultado, que é incerto.

Terceiro, se houver violação das regras procedimentais, este meio de investigação será ilegítimo e, por isso nulo, podendo, no entanto, ser renovado se imprescindível mesmo. Se, porém, a agressão for à regra material, este meio de investigação será ilícito e, portanto, inadmissível no processo, por força da vedação constitucional aos meios de prova ilícitos.

Quarto, se a interceptação ocorrer na fase investigatória terá efeito diverso do da instrução processual, em razão da própria natureza de cada uma dessas fases.

Após estas considerações chegamos a várias conclusões.

Primeira, se em ambas hipóteses tudo ocorreu de conformidade com a lei, não há como se falar em ilicitude e ilegitimidade do meio de investigação e da fonte de prova descoberta. O meio de investigação foi exercitado conforme a lei, apenas o resultado

imprevisível desviou dos limites impostos na medida, independentemente de qualquer conduta dolosa ou culposa dos executores.

Segunda, o resultado colhido, diverso do pretendido, se constitui em fonte de prova que, ainda, será submetida ao contraditório e à ampla defesa, para ganhar valor probatório capaz de fundamentar uma decisão judicial. Não há como admitir ser ela ilícita, simplesmente, porque não se descobriu ou colheu informações sobre o crime ou autoria e participação, para os quais foi destinada.

Terceiro, ao legislador não foram ocultados os efeitos da medida cautelar de interceptação telefônica, principalmente em relação ao encontro fortuito, porque este é efeito natural de medida que invade a intimidade. Esperava-se encontrar o que se buscava, mas nunca se pode limitar o que vai desvendar quando se penetra no íntimo do ser. Assim, a informação colhida diversa da pretendida não pode se constituir em material proibido. Ao legislador cabe disciplinar o encontro fortuito para evitar abusos, mas jamais rejeitá-lo.

Quarto, não vemos necessidade de conexão ou continência, basta um nexo de causalidade entre o meio autorizado e o que foi descoberto, isto é, esta fonte de prova foi colhida por este meio devidamente autorizado. O que vale é que o encontro fortuito se deu em razão daquele meio autorizado, que preencheu todos os requisitos legais, embora com conteúdo diverso do encontrado.

Quinto, nos casos apontados, o magistrado autorizou a violação da intimidade e do sigilo da comunicação telefônica, atendendo os ditames da lei, portanto, não há de se falar em prova ilícita aquela encontrada por acaso, quando estava a autoridade realizando a captação permitida.

Sexto, já que o legislador não cuidou do encontro fortuito, vamos dar uma destinação a ele, evidentemente, dentro do contexto legal. Afinal, não há como quedar-se diante da descoberta ocasional de um latrocínio, de estupro seguido de morte, de assalto a mão armada com vítimas fatais, homicídios em série praticados por quem deveria cuidar das vítimas, tráfico de drogas que a muitos viciam, entre tantos; e, mesmo nos casos de menor potencial ofensivo. A saber:

a) Se a interceptação ocorreu durante a fase investigatória e o encontro fortuito foi de crime diverso, a fonte de prova valerá como notícia do crime para a instauração do respectivo inquérito, ou abertura de investigação. Nesta hipótese, perfeitamente, se encaixam os crimes apenados com detenção e as contravenções. Assim, em nosso sentir, não há de se falar em conexão ou continência para estes casos, bastando o nexo de causalidade entre a interceptação autorizada e a descoberta fortuita. Citamos dois julgados que sustentam esta nossa opinião:

(STF, AgRg 761.706/SP, j. 06.04.2010); (STJ, APn 425/ES, Corte Especial, j. 16.11.2005).

b) Se a interceptação se deu na investigação e o encontro fortuito foi em relação a outro suspeito que não aquele identificado na autorização judicial, a investigação continuará em desfavor do suspeito descoberto. Basta trocar de indiciado. A fonte de prova colhida valerá como tal.

c) Se a interceptação ocorrer na instrução processual, e o encontro fortuito for tanto de crime como de suspeito diverso, o material colhido deverá ser remetido à autoridade policial ou ao Ministério Público para as providências cabíveis. Se a descoberta for de crime diverso, valerá como *notitia criminis*. Se for de suspeito diverso, valerá como fonte de prova, porque a situação-objeto é a mesma constante da autorização, a qual já foi investigada. Aí, basta inovar quanto à autoria ou à participação.

Caberá ao Promotor de Justiça, nos casos de encontro fortuito, antes de propor a ação penal, examinar bem a regularidade da medida cautelar, e, o nexos causal entre esta e a descoberta ocasional.

Para ilustrar, trazemos julgados que reforçam nossa opinião. O STF, com sede em AgIn em AgRg 761.706/SP, decidiu pela possibilidade de apurar delito diverso daquele que foi objeto da diligência, em face do encontro fortuito de fatos mesmo sem conexão com o que se investiga (BRASIL, 2010).

O STJ, Corte Especial, em APn 425/ES, rel. Min. Carmem Lúcia, diz:

A captação de conversas telefônicas obtidas dentro de padrões legais, mesmo que aclarando realidade nova, pode sustentar uma persecução autônoma, ainda mais quando o seu conteúdo se mostrar fiel ao transcurso da investigação originária. Inteligência do art. 5º, XII, da Constituição Federal, bem assim, da Lei 9.296/96 (BRASIL, 2005).

Não podemos encerrar esta matéria sem antes comentar a respeito do caso Demóstenes Torres que tomou conta da mídia por vários meses, e que é fruto de descoberta fortuita.

Foi divulgado que Demóstenes agia no Congresso, no Judiciário e no Executivo em favor do empresário Carlinhos Cachoeira, acusado de comandar um esquema de corrupção e de exploração de jogos ilegais. Em troca, segundo a Procuradoria Geral da República, o senador recebeu milhões de reais do grupo do empresário, além de presentes. Demóstenes também foi acusado de ter mentido ao Senado quando negou conhecer as atividades ilícitas de Cachoeira.

As informações sobre a conduta do senador foram colhidas através de interceptação

telefônica autorizada por juiz de primeira instância, operada durante as investigações realizadas pela Polícia Federal, cujo alvo era a exploração de máquinas caça-níqueis em Goiás e Distrito Federal, sob o comando de Carlinhos Cachoeira.

A Procuradoria Geral da República, munida dessas fontes de prova, pediu ao Supremo Tribunal Federal a abertura de inquérito para investigar a ação do senador. É óbvio, então, que essas fontes de prova serviram, no mínimo, como “notitia criminis” para o pedido de instauração de inquérito policial.

O senador, em sua defesa, nega todas as acusações imputadas a ele, afirma, inclusive, que a Polícia Federal fez uma “divulgação seletiva” das gravações de suas conversas com o empresário, de modo a comprometê-lo. Alega a ilicitude do meio de investigação de prova autorizado por juiz incompetente, uma vez que, em razão de sua função, tem foro privilegiado, cabendo, então, ao Supremo Tribunal Federal autorizar ou não a escuta.

Não é fácil opinar quando não foi possível examinar os procedimentos, os autos, entre outros dados. Mas, uma análise em tese será possível.

É conhecido o princípio do juiz natural: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” conforme art. 5º, LIII, da Constituição Federal. Assim, um congressista, ou qualquer outra autoridade com foro criminal funcional, só pode ser investigada quando o tribunal competente autorizar formalmente. No caso de altas autoridades, não cabe à Polícia o poder de indiciá-los, mas somente aos tribunais. E competirá a um dos membros deste tribunal, como relator, analisar eventuais pedidos de produção de provas que dependam de autorização judicial.

Este mandamento constitucional tem sido obedecido pelos tribunais do país. Para ilustrar trazemos um julgamento de um caso envolvendo o então senador Aloísio Mercadante, que era acusado de crime eleitoral, cujo relator para a questão de ordem fora o Min. Sepúlveda Pertence (Pet. 3825 QO). O Supremo Tribunal Federal definiu a questão acerca do indiciamento de congressistas e a investigação criminal de seus atos assim:

No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, “b” c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*. 11. Segunda Questão de Ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado (BRASIL, 2007).

Com efeito, sendo Demóstenes Torres senador à época, o foro seria o Supremo

Tribunal Federal que tem competência originária penal. Tanto é assim que a Procuradoria Geral da República formulou, junto a este órgão, pedido de instauração de inquérito para apuração dos atos do senador.

Aconteceu que, as fontes de prova das infrações imputadas ao senador foram colhidas mediante interceptação telefônica autorizada por juiz federal de primeiro grau, porque o empresário investigado, Carlinhos Cachoeira, não tinha privilégio de foro. O suspeito era Carlinhos Cachoeira, e a situação-objeto era exploração de jogos ilegais e corrupção, em Goiás e Distrito Federal. Durante a execução da medida cautelar foram encontradas, ocasionalmente, fontes de provas em desfavor do senador.

Evidenciada a participação do congressista em atividade criminosa, mesmo que indiciária, a investigação criminal deveria ter sido remetida ao respectivo tribunal, àquele que detém competência para autorizar o seu indiciamento. Como o inquérito já tramitava sob a supervisão de juiz federal singular, deveria a autoridade policial remeter os autos a ele para que declinasse imediatamente da competência ao tribunal correspondente, no caso o STF, por se tratar de congressista. Somente se recusado o indiciamento do senador (autoridade detentora de prerrogativa funcional) voltaria o inquérito a tramitar diretamente perante a polícia federal, sob a supervisão, quando necessária, do juízo de primeiro grau.

Uma decisão do STF confirma este entendimento, em um famoso caso precedente, o do congressista Sandro Mabel (STF – Inq 2291 AgR). Neste processo, envolvendo a empresa fabricante dos biscoitos Mabel e supostos crimes tributários praticados na gestão desta, o STF assentou ser irrelevante para instaurar a sua competência que haja pedido formal de indiciamento do congressista. Basta, para deslocar a competência do inquérito ao STF, que haja o indiciamento implícito. Ou seja, caso um inquérito reúna elementos indiciários contra um congressista, deverá ele, a partir deste momento, tramitar sob a autorização e supervisão do foro funcional competente, independente de se pretender já naquela oportunidade o indiciamento formal deste (BRASIL, 2007).

Também, é conhecido que a presença de autoridade com foro funcional faz atrair a competência em relação a todos os indiciados, somente neste foro deve ser decidido acerca de eventual desmembramento do inquérito, em razão do princípio da unicidade da persecução penal, e dispor sobre os atos da autoridade incompetente. Aliás, o STF tem posição firmada neste sentido (BRASIL, 2011):

Agravo regimental. Reclamação. Desmembramento de representação criminal. Envolvimento de parlamentar federal. Desmembramento ordenado perante o primeiro grau de jurisdição. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Reclamação procedente.

Anulação dos atos decisórios. 1. Até que esta Suprema Corte procedesse à análise devida, não cabia ao Juízo de primeiro grau, ao deparar-se, nas investigações então conjuntamente realizadas, com suspeitos detentores de prerrogativa de foro – em razão das funções em que se encontravam investidos –, determinar a cisão das investigações e a remessa a esta Suprema Corte da apuração relativa a esses últimos, com o que acabou por usurpar competência que não detinha. 2. Inadmissível pretendida convalidação de atos decisórios praticados por autoridade incompetente. Atos que, inclusive, foram delimitados no tempo pela decisão agravada, não havendo, evidentemente, ao contrário do que afirmado pelo recorrente, determinação de “reinício da investigação, com a renovação de todos os atos já praticados”, devendo, tão somente, emanar novos atos decisórios, desta feita, da autoridade judiciária competente. 3. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2011).

Além de todo o exposto, há um fato que necessita de melhor enfoque: as fontes de prova em desfavor de Demóstenes foram descobertas por encontro fortuito.

Pensamos que os elementos colhidos são lícitos e servem como *notitia criminis* para a necessária investigação autônoma, no foro competente. No entanto, isto seria possível se a medida cautelar estivesse de acordo com a disciplina legal em sua inteireza. Acreditamos que estava porque os elementos encontrados por acaso embasaram o pedido de abertura de inquérito contra Demóstenes Torres, pelo Procurador Geral da Justiça, o qual restou deferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Todavia, depois, o procedimento restou prejudicado em razão da cassação do senador.

Contudo, cabe anotar que teria sido mais aceitável se o caminho percorrido fosse o mencionado nos parágrafos anteriores.

Para reforçar nossa opinião, lembramos que a Lei 9296/96 exige ordem do juiz competente para a ação penal. No caso em análise o “juiz competente” para ação penal seria o Superior Tribunal Federal, enquanto durasse o mandato do senador. Se a interceptação fosse autorizada por outra autoridade judicial, as fontes de prova colhidas seriam ilícitas.

3.2.4 A admissibilidade da prova ilícita na interceptação telefônica

Escrevemos sobre esta matéria nos capítulos um e dois. Resta agora analisá-la na seara da interceptação telefônica.

Sabemos que há várias inviolabilidades postas na Constituição Federal para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa. Entre elas destacamos a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X) e inviolabilidade do sigilo das

comunicações e de dados (art. 5º, XII). Para garantir estas inviolabilidades, entre outras, o constituinte vetou, expressamente, as provas obtidas por meio ilícito, em seu artigo 5º, LVI.

No entanto, a doutrina e jurisprudência vêm aceitando a teoria da proporcionalidade para evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º quando a ofensa à determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição.

O que se pretende, com a aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria processual penal, é a garantia do indivíduo contra os excessos na atuação dos órgãos detentores do poder, buscando encontrar a medida adequada, necessária e justa. Não se trata do minúsculo interesse de invocar o princípio em favor do acusado ou da acusação, mas, sim, de se verificar, no caso concreto, se a restrição ao acusado é adequada, necessária e se justifica em face de valor maior a ser protegido.

É importante a aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos de colisão entre princípios, visto que não há exclusão de um, há prevalência de um sobre o outro. Esta prevalência é sopesada pelo princípio da proporcionalidade, que garante menor risco ao subjetivismo do juiz na análise da colisão entre princípios.

Há várias situações concretas que merecem aplicação do princípio da proporcionalidade.

Em certo caso, para impedir fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência desses presos, descobrindo-se que, no plano de fuga, constava o sequestro de um juiz de direito, quando todos estariam reunidos em audiência em determinada comarca do Estado de São Paulo. Se fosse aplicar com rigor a inviolabilidade da correspondência, a interceptação das cartas seria considerada prova ilícita porque obtida em contradição com a Constituição Federal. Nesta hipótese, é aplicada a proporcionalidade entre as duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de se ter preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito. Aqui, a prova obtida não será considerada ilícita, e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo. Há julgado no mesmo sentido pelo Superior Tribunal Federal, relator Min. Celso de Mello (BRASIL, 1994):

HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRAFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas

no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei, art. 381, Código de Processo Penal. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal, CPP, art. 232, parágrafo único. - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de *habeas corpus*.

Em outro caso, o réu mediante interceptação telefônica grava a conversa com a vítima contrariando o disposto no art. 5º, XII da CF, e a Lei 9296/96, pois era o único meio que dispunha para demonstrar sua inocência. Nesta hipótese, prova ilícita *pro reo*, temos a inadmissibilidade da prova ilícita afirmada no inc. LVI do art. 5º da Constituição Federal que cede lugar a outro preceito constitucional, o que assegura ao réu a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). Estão em confronto duas normas constitucionais de conteúdo processual, sendo a ampla defesa de caráter prevalente. A jurisprudência é praticamente unânime a este respeito.

Em outra situação, para garantir os princípios da moralidade dos atos da administração pública é gravada a conversa, sem autorização judicial, entre um agente público que aceitava propina de um terceiro que a oferecia para obter favorecimento, Aqui nos temos, de um lado, a inviolabilidade da intimidade e, de outro, a moralidade da administração pública. Há colisão de duas normas constitucionais de natureza material. A norma prevalente deve ser a da moralidade da administração pública, com afastamento da inviolabilidade da intimidade.

Todavia, o uso do princípio da proporcionalidade não pode ser banalizado, devendo ser aplicado em situações de muita relevância.

A respeito das fontes de prova obtidas por derivação de provas ilícitas, não há na lei específica (9296/96) nenhuma disposição. Assim, temos que nos valer do contido no Código de Processo Penal, que considera inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas que são por estas contaminadas e, portanto, também ilícitas (art. 157). Quanto às ressalvas constantes nesse dispositivo, já as tratamos nas linhas do segundo capítulo. A doutrina e jurisprudência brasileira aplicam, para o caso, a teoria dos frutos da árvore envenenada, a exemplo dos

Estados Unidos.

As fontes de prova colhidas com afronta ao sigilo profissional, também, são consideradas ilícitas, apesar da lei específica nada disciplinar a respeito. Mas, há entre nós o Código Penal que prevê o tipo “violação do sigilo profissional”, que consiste em alguém, sem justa causa, revelar segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão. As pessoas alcançadas por tal tipo estão proibidas de revelar segredos e, conseqüentemente, de depor sobre esses fatos como testemunha (207 do CPP).

A preocupação do legislador é a garantia de sigilo de segredos, cuja divulgação pode causar dano a outrem ou, indiretamente, ao direito à intimidade.

No caso de interceptação telefônica em contraponto ao sigilo profissional, só pode ser resolvido com justa causa. Assim, o caráter absoluto do sigilo profissional pode ceder na medida em que outros deveres jurídicos se afigurem mais relevantes, constituindo uma justa causa. Mas essa justa causa deve ter previsão legal, isto é, deve se constituir numa restrição legal ou regulamentar ao sigilo profissional. Como exemplo, citamos o Código de Ética Médica que em seu art. 73, admite o consentimento do ofendido como justa causa para a revelação, mas o impedimento é absoluto na hipótese de suspeita de crime. Com efeito, havendo norma disciplinadora que caracterize justa causa, não há de se falar em prova ilícita, mas, na sua ausência, se houver agressão ao sigilo profissional, a prova será ilícita, portanto, inadmissível no processo. Não se pode aplicar o princípio da proporcionalidade, já que a solução se dá pela justa causa legal. A título exemplificativo, a jurisprudência vem reconhecendo a ilicitude da prova colhida através da interceptação de uma conversa reservada entre o investigado e seu defensor como prova para incriminá-lo (STJ, HC 59.967, 6 T. j. 29.06.2006).

3.2.5 Validade da fonte de prova colhida com excesso de prazo

Diz o art. 5º que a execução da diligência “não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

Há quem sustente que o prazo somente pode ser renovado por uma vez, em contrapartida existem aqueles que admitem renovações sucessivas.

Parece-nos que o legislador realmente quis dizer que o prazo seria renovável, por igual tempo, uma vez, mas foi infeliz na redação.

A jurisprudência majoritária do STF e do STJ é no sentido da indefinição temporal.

Recurso Ordinário em Habeas Corpus.1. Crimes previstos nos arts. 12, caput, c/c o 18, II, da Lei nº 6.368/1976.18II6.3682. Alegações: a) ilegalidade no deferimento da autorização da interceptação por 30 dias consecutivos; e b) nulidade das provas, contaminadas pela escuta deferida por 30 dias consecutivos.3. 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.(5º 9.2996) 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. Precedentes: HC nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ de 04.03.2005; e HC nº 84.301/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unanimidade, DJ de 24.03.2006.: HC nº 83.515/RS HC nº 84.301/SP5. Ainda que fosse reconhecida a ilicitude das provas, os elementos colhidos nas primeiras interceptações telefônicas realizadas foram válidos e, em conjunto com os demais dados colhidos dos autos, foram suficientes para lastrear a persecução penal. Na origem, apontaram-se outros elementos que não somente a interceptação telefônica havida no período indicado que respaldaram a denúncia, a saber: a materialidade delitativa foi associada ao fato da apreensão da substância entorpecente; e a apreensão das substâncias e a prisão em flagrante dos acusados foram devidamente acompanhadas por testemunhas. 6. Recurso desprovido (BRASIL, 2006).

A interceptação telefônica é medida excepcional e tem por fundamento a sua necessidade para obtenção de prova. Mas, ela restringe direito fundamental, e, exatamente, por isto não pode perpetuar no tempo. Todavia, se for indispensável sua renovação, o prazo assinalado deve ser razoável. Demais, a decisão que a renova deve ser bem fundamentada. O que não pode é ter duração indefinida.

3.2.6 Da (i)legitimidade para determinar, requerer e conduzir interceptação telefônica

Distanciando do principal foco deste trabalho, mas em atenção a outras questões que fluem da lei em comento não menos importantes, abrimos este tópico para analisar o poder do juiz para determinar de ofício interceptação telefônica e a condução/execução do procedimento pelo Ministério Público e pela Polícia Militar.

Há debate sobre a possibilidade do juiz de ofício determinar a medida (art. 3º), tanto na fase das investigações como na da instrução. Pertinentes ao assunto há várias posições e entendimentos amplos e restritos.

Lenio Luiz Streck (2001, p. 81-82) considera inconstitucional esta possibilidade: “a determinação *ex officio* macula a instrução processual. A determinação de escuta telefônica *ex*

officio choca-se, a toda evidência, com o moderno processo penal acusatório, conquista do Estado Democrático de Direito”. É favor da extirpação da expressão *ex officio*, do art. 3º.

Paulo Rangel apud GOMES (2011, p. 135), não chega a tanto. Entende que na fase investigatória não pode o juiz determinar de ofício a interceptação telefônica, mas admite esta possibilidade na fase processual.

Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2011, p. 134 a 143), também, consideram inconstitucional a prerrogativa do juiz para determinar de ofício a medida cautelar, tanto a preparatória como a incidente. Após uma análise bem traçada, concluem que:

- a) Seja porque viola o processo acusatório, que tem incontestável assento constitucional, seja porque retira do juiz a necessária imparcialidade que, para além de representar uma importante garantia, é nota essencial da jurisdição, no nosso entender, é absolutamente inconstitucional a determinação da interceptação telefônica pelo juiz de ofício na fase pré-processual.
- b) No que diz respeito à fase processual, impõe-se a estrita observância do art. 156, II, do CPP, que só autoriza ao juiz uma atividade probatória supletiva, complementar, nunca desencadeante da colheita da prova, em busca da descoberta da autoria ou materialidade de qualquer crime. O juiz atua de ofício (por força do art. 156 citado), mas suplementarmente (quando haja necessidade para o esclarecimento de algum ponto controvertido relevante). Mesmo quando atua de forma suplementar, não pode o juiz ter como único escopo a busca de provas para condenar o réu, visto que, nesse caso, estaria atuando como órgão acusador.

Estes ilustres autores citam como precedente a ADI 1570, onde restou declarada a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.034/1995 (Lei do Crime Organizado), e mencionam a proposta ADIn 3.450 pelo Procurador Geral da República, na qual se pleiteia que seja declarada a inconstitucionalidade parcial do art. 3º da Lei Federal n. 9269/96, ainda em trâmite, excluindo-se a possibilidade do juiz determinar de ofício a interceptação telefônica, na fase investigatória. Para formar nossa opinião vamos começar analisando tal precedente.

Primeiro, o artigo 3º da Lei do Crime Organizado, que foi objeto da ADI 1570, diz:

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, **a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz**, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. (Vide Adin nº 1.570-2).

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º O juiz, **pessoalmente**, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão *ad hoc*.

§ 3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

§ 4º **Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.**

§ 5º Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

Por sua vez, o inciso III do art. 2º, referido no caput art. 3º, diz:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

Uma simples leitura destes textos legais possibilita evidenciar claramente que ao juiz é dada permissão para atuar **pessoalmente** na coleta de provas, inclusive coordenando a operação. Exatamente isto foi impugnado na referida ADI. Aliás, os votos dos Ministros são brilhantes, reconhecendo, em síntese, que o juiz não tem competência para investigar, e, que esta é tarefa atribuída às Polícias Federal e Civil e ao Ministério Público.

Segundo, o art. 3º da Lei 9269/96, objeto da ADI n. 3.450, diz:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I- da autoridade policial, na investigação criminal;

II- do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Nota-se, neste caso, o que aborrece o intérprete, é somente a possibilidade do juiz determinar de ofício a interceptação telefônica na fase da investigação criminal. Diferente do art. 3º, da Lei 9034/95, não lhe é permitido colher pessoalmente a prova nesta fase, porque esta tarefa é atribuída à autoridade policial. Com efeito, as causas de impugnação das ADIs n. 1570 e n.3.450, são distintas.

O Procurador-Geral da República, que arguiu a inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei Federal 9.296/96, entende que a permissão dada ao juiz para, de ofício, determinar a interceptação telefônica, na fase investigatória, agride os princípios constitucionais do devido

processo legal, da imparcialidade do juiz e do sistema acusatório; além de usurpar a atribuição investigatória do Ministério Público e da Polícia Civil dos Estados e Polícia Federal.

Interpretando este dispositivo no contexto da lei, conclui-se que não foi dado ao magistrado poderes para investigar pessoalmente, só lhe foi permitido determinar de ofício a interceptação que será realizada pela polícia. Aliás, cremos nós, do mesmo modo ocorrerá quando for deferida ou determinada durante instrução processual. Demais, a lei só autoriza a interceptação telefônica, na fase pré-processual, se já iniciada a investigação pela autoridade policial.

Avolio (2012, 194-195) não vislumbra aí a figura do juiz inquisidor. Entende que o princípio da verdade real permitiria ao juiz que determinasse a diligência de ofício, tanto na instrução como na precedente investigação. Uma medida cautelar, sempre que necessária, deve ser autorizada desde logo. Podendo determiná-la de ofício, não ficaria o juiz impassível diante de eventual inércia do Ministério Público ou da autoridade policial. O que o juiz não pode é iniciar a investigação e a ação penal, por força do princípio da inércia da jurisdição.

Todavia, olhando com olhos de lince, podemos ver que o legislador não foi feliz quando permitiu ao juiz agir de ofício para determinar a medida cautelar de interceptação telefônica, na fase pré-processual. Primeiro, porque se trata de um meio de investigação de prova, e, como tal, induz o intérprete a confrontá-lo com os poderes conferidos pela Constituição ao juiz, que, em síntese, nos levam à expressão: “processar e julgar”. Segundo, dificilmente haveria inércia do Ministério Público e do Delegado de Polícia. O Ministério Público, na preservação do interesse da sociedade, tem atuado de forma exemplar, principalmente, na repressão aos crimes organizados e de “colarinho branco”. O mesmo acontece com os policiais, que têm feito descobertas memoráveis, tal como a do “Porto Seguro”. Terceiro, a simples disposição permitindo ao juiz determinar de ofício realização de um meio de investigação de prova, antes de iniciada a ação penal, o possibilita, em tese, a ser imparcial. É oportuna, neste ponto, a lição de Luhmann (apud STRECK, 2001, p. 81):

[...] o princípio da imparcialidade do juiz proporciona **a confiança de que juiz não se compromete especificamente antes do processo** e é nesta confiança que se baseia a sinceridade da situação, o motivo de se engajar no procedimento judicial. É nisso que o princípio da imparcialidade constitui condição básica para a implicação pessoal dos interessados no conhecimento simbólico que legitima a decisão. **É como se já existisse na imparcialidade uma garantia de verdade.** (grifamos)

Entretanto, não vemos necessidade de impugnar tal disposição, para extrair do texto “de ofício”, via ação direta de inconstitucionalidade Poder-se-ia aplicar uma interpretação

conforme a Constituição, passando-se a ler o texto da seguinte forma: A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício na instrução processual penal, ou a requerimento:[...], já que na fase processual entendemos ser possível o decreto de ofício, em razão do princípio da verdade real.

O Projeto Lei n. 156/2009 do Código de Processo Penal resolverá esta questão, pois não prevê a possibilidade do juiz de ofício determinar interceptação telefônica na fase investigatória.

A lei de Interceptação Telefônica determina que o requerimento para a realização de interceptação telefônica é atribuição do Ministério Público e Autoridade Policial (art. 3º). Em relação à condução da medida, esta é reservada à autoridade policial, podendo o Ministério Público acompanhar a sua realização (art. 6º). Assim, quem conduz os procedimentos operacionais da interceptação é a Autoridade Policial. A lei só exige que seja dado conhecimento ao Ministério Público.

O PLS n. 156 inova no sentido de que “a execução das operações técnicas necessárias à interceptação das comunicações telefônicas será fiscalizada diretamente pelo Ministério Público” (art. 255). A execução ficará a cargo da prestadora de serviços de telecomunicações (art. 254). Assim, também, o Projeto não garante expressamente a condução, diretamente, pelo Ministério Público. Com efeito, é preciso analisar melhor a questão.

No segundo capítulo cuidamos da atribuição do Ministério Público em promover investigação criminal. Concluímos que este órgão tem poder investigatório em matéria penal, pelas razões lá expostas, que ora repetimos de forma resumida: a função investigatória em matéria penal não é privativa da Polícia Judiciária; o poder do Ministério Público para investigar decorre em suas próprias atribuições, e, ainda, porque é o titular da ação penal pública.

Cabe, agora, analisar se também tem o Ministério Público poder para conduzir esta medida cautelar. Evidentemente, doutrina e jurisprudência ainda não chegaram a um denominador comum. Todavia, nos parece que se trata de um poder inquestionável para aqueles que admitem a atribuição investigatória do Ministério Público em matéria penal. A interceptação telefônica é um meio de investigação de prova utilizado tanto na investigação criminal como na instrução processual penal, portanto, é parte de investigação como um todo. Em outras palavras: quem pode mais, pode menos. Quem pode investigar, pode utilizar-se de meio mais adequado para cada caso, desde que seja lícito.

Na verdade, o legislador não foi feliz ao conferir somente à autoridade policial a

possibilidade de executar a interceptação, quando se sabe que o inquérito policial é dispensável e que não é vedado ao Ministério Público realizar investigação. Aliás, data vênua, pode ter sido até intencional para inibir a atuação deste órgão no combate ao crime de corrupção de altas autoridades ou da própria polícia, ou ainda nos casos de sonegação fiscal.

Melhor seria que o legislador tivesse colocado na lei a condução concorrente da interceptação, exatamente pela peculiaridade de determinados crimes. Há casos em que o Ministério Público procede com maior sucesso a investigação, embora em grande parte o trabalho da polícia seja indispensável além de relevante. Aliás, existem inúmeras Promotorias Especializadas e Coordenadorias de Promotorias Criminais instaladas neste país, com finalidade de investigar.

Lenio Luiz Streck (2001, p. 92-94), com razão, demonstra inconformismo com o papel anacrônico conferido pela Lei 9.296/96 ao Ministério Público e sustenta a necessidade de adaptação da lei mediante uma interceptação conforme a Constituição. Diz ele:

[...] na medida em que uma norma somente é válida quando estiver em conformidade com a Constituição, também aqui deve ser feita uma adição de sentido à Lei 9.296. Com efeito, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, técnica hoje institucionalizada pela Lei 9.868/99, também o Ministério Público está autorizado a conduzir o procedimento de interceptação telefônica. Ou seja, o art. 6º somente é constitucional se lido do seguinte modo: Deferido o pedido, a autoridade policial ou o Ministério Público conduzirão os procedimentos de interceptação, dando a autoridade policial, quando o procedimento for por ela conduzido, ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização (STRECK, 2001, p. 96).

Trataremos, por fim, da legitimidade ou não da Polícia Militar para requerer interceptação e/ou coordenar a operação.

De início, cabe ressaltar que a questão aqui levantada se refere às infrações comuns e não aos crimes militares.

A interceptação telefônica é meio de investigação de prova de fatos criminosos praticados (ou pelo menos noticiados neste sentido). A interceptação telefônica é destinada, portanto, à coleta de fonte de prova na investigação criminal ou na instrução processual penal, como reiteradamente tratada neste trabalho.

Pelo teor da lei específica somente à Autoridade Policial e ao Ministério Público é conferido o poder de requerer a medida. A coordenação é concedida somente à Autoridade Policial. Obviamente a expressão “autoridade policial” se refere à autoridade da polícia judiciária, que tem a função institucional e histórica de investigar como exposto nas primeiras linhas do segundo capítulo.

O Código de Processo Penal quando se refere à autoridade policial diz em seu artigo 4º: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais [...]”

O artigo 144 da CF/88 atribui às polícias civis a função de polícia judiciária e a apuração de delitos comuns, ao mesmo tempo reconhece como autoridade dirigente o delegado de polícia Diz assim seu § 4º: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Já à polícia militar é atribuída a função preventiva para assegurar a ordem pública. Diz o § 5º do mesmo dispositivo: “Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública [...]”.

Pelo teor de tais dispositivos está claríssimo que às polícias militares não têm poder para investigar crimes comuns e, portanto, não lhes cabe requer, nem coordenar interceptação telefônica.

Altamiro Lima Filho (1996, p. 96 e ss.) entende que a lei só se refere ao Delegado de Carreira, ao contrário de Luiz Flávio que dá um caráter mais amplo à expressão – autoridade policial -, entendendo “qualquer outra autoridade que esteja desempenhando suas funções típicas” (2011, p. 143).

O argumento de que a Lei 9.296/96 não exclui a polícia militar do poder de requerer e coordenar interceptação telefônica porque não proíbe as demais polícias de assim proceder, e, porque usa a expressão genérica - a autoridade policial -, é bastante rudimentar, não podendo prevalecer diante de ótica mais profunda.

O que importa é examinar a função das polícias como feito nas linhas anteriores, e, a partir deste enfoque é indiscutível concluir que a polícia militar não tem poderes, nem explicitamente nem implicitamente, para apurar a prática de crimes comuns, pois a sua função nesta órbita é apenas e tão-somente preventiva e não repressiva.

Todavia, a matéria gera polêmica na jurisprudência dos Tribunais Superiores, havendo decisões que validaram as investigações realizadas pela polícia militar, em caráter de excepcionalidade (STF, HC 96.986/MG, j. 14.09.2012).

CONCLUSÕES

O sigilo das comunicações telefônicas e hipóteses legais de relativização é matéria permeada por muitas questões relacionadas à natureza jurídica da interceptação; aos fundamentos constitucionais da tutela das comunicações; aos direitos e garantias fundamentais com destaque à intimidade e inviolabilidade do sigilo das comunicações; aos princípios constitucionais, com realce ao da dignidade da pessoa humana e os relativos ao processo penal; ao direito à prova; aos aspectos da disciplina jurídica da medida cautelar, entre outras.

Trata-se de tema polêmico, cuja pesquisa efetuada nos leva às seguintes conclusões:

1. Os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas. Os princípios, porém, exercem dentro do sistema normativo um papel diferente das regras. Estas, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. Não é assim com os princípios, que são normas generalíssimas dentro do sistema. Os princípios estabelecem balizas dentro das quais o jurista exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto.

2. Os princípios constitucionais funcionam como fonte de legitimação de todo o sistema jurídico. Os princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Quando o legislador se presta a normatizar a realidade social, o faz, sempre, consciente ou inconscientemente, a partir de algum princípio. Portanto, os princípios são as idéias básicas que servem de fundamento ao direito positivo.

3. Todos os ramos do Direito deitam suas raízes nos princípios constitucionais. É assim, também, em relação ao processo penal. Está na Constituição toda base do direito processual penal. Lá estão previstos: o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, juiz natural, economia processual, vedação da prova ilícita, presunção da inocência entre outros.

4. A dignidade da pessoa humana é princípio constitucional norteador dos direitos e garantias fundamentais. É uma conquista da evolução do Estado Democrático. Este princípio prioriza o que a pessoa tem de mais sagrado: sua dignidade, ao mesmo tempo que obriga o Estado a prover suas necessidades: saúde, educação, transporte, entre outras.

5. Para garantir a dignidade da pessoa humana a Constituição tutela o sigilo das comunicações, a intimidade, as provas lícitas, a não autoincriminação, a inviolabilidade do domicílio, entre tantos outros direitos. Em alguns casos, também, os limita para garantir a

convivência entre eles, já que um princípio nunca é invalidado para dar lugar a outro; somente é afastado numa determinada situação de fato ou jurídica, pelo critério da proporcionalidade.

6. A restrição constitucional à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas tem como finalidade a descoberta de fontes de prova na investigação criminal e na instrução processual penal, através de meios de investigação de provas.

7. Os meios de investigação de prova, institutos previstos no direito processual penal e em leis esparsas, são instrumentos jurídicos de caráter cautelar que propiciam restrição legítima a direitos e garantias fundamentais.

8. É cominada às provas obtidas por meios ilícitos e às provas delas derivadas, em regra, a sanção processual de inadmissibilidade, que implica em sua inexistência jurídica. Por exceção, admitem-se provas ilícitas e dela derivadas, desde que sejam preponderados valores constitucionais superiores à exigência da legalidade probatória.

9. Os direitos e garantias individuais que fundamentam a tutela das comunicações telefônicas são: a liberdade de manifestação do pensamento, o direito à intimidade e à vida privada, inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e o direito a não autoincriminação.

10. Uma das formas de restrição legal à comunicação telefônica é a sua interceptação. A interceptação de comunicação telefônica é instrumento processual que consiste em atividade de captação e de registro de comunicação telefônica entre pessoas de caráter reservado, feita por um terceiro, com emprego de meios técnicos, utilizados em operação oculta e simultânea à transmissão da conversa, sem o conhecimento dos interlocutores.

11. A eficácia probatória deste meio de investigação se restringe às fontes de prova colhidas e algumas informações, que possibilitam o ingresso da ação penal.

12. A Lei 9296/96 que disciplina interceptação telefônica tem causado inúmeros debates: por falta de clareza na redação; por agredir a Constituição ampliando o que merece interpretação restrita em razão do meio insidioso que é; por deixar de prever aspectos importantes como o encontro fortuito, entre outros.

13. O aspecto mais preocupante para nós desta lei trata-se da agressão a preceitos constitucionais. Não poderia o legislador ordinário ampliar o âmbito da restrição permitida pelo constituinte, através de reserva legal qualificada (inciso XII do art. 5º da CF), estendendo a invasão a outras maneiras de se comunicar, quando inseriu a comunicação decorrente de fluxo de informática e telemática, no parágrafo do art. 1º da Lei 9296/96. As razões jurídicas

de nossa indignação estão expostas nas linhas do terceiro capítulo. Há uma razão que não está lá, mas está cá, a de ordem ética: como admitir maior invasão do que a expressa permitida aos direitos fundamentais, quando ao mesmo tempo os defendemos e os valorizamos, principalmente quando se “enche a boca” para falar em Estado Democrático de Direito? Demais, a Constituição não pode ser retalhada só porque a lei que regulamenta a matéria foi promulgada oito anos após, quando já existiam outras formas mais modernas de se comunicar.

14. O debate quanto às questões polêmicas se trava tanto na doutrina como na jurisprudência, Contudo tem esse meio de investigação de prova valor relevante para a sociedade brasileira, no combate ao crime.

15. São estas as conclusões finais, além daquelas que foram antecipadas no desenvolvimento dos capítulos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Roberto. **Constitucionalismo Discursivo**. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993 e 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Colisão dos direitos fundamentais** e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: 1999, n. 217.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**. 1976. Coimbra: Almedina, 1987.

ANDRADE, Manoel da Costa. **Das escutas telefônicas**. In: SILVA, Marco Antonio da (Coord.) Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso brasileira. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 205-213.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAGON, Manuel. **Constitución y Democracia**, Madrid: Tecnos, 1990.138 p. (Temas Clave de la Constitución Española, Dir. Pedro Viega).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.. 2010.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010.

_____. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2012

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Interceptações de comunicações telefônicas e telemáticas: limites ante o avanço da tecnologia.** In: LIMA, José Corrêa de; CASARA, Rubens R.R. (Coords.). Temas para uma perspectiva crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado, Rio de Janeiro: LÚMEN JÚRIS, 2010, p. 483-499.

_____. **Correlação entre acusação e sentença.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito processual penal:** tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. Antonio Magalhães. **Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, RT, nº 65, p. 175-208, mar-abr, 2007.

_____. Antonio Magalhães. **Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha.** In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs). Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grivover. 1.ed. São Paulo: DPJ. 2005, p. 341-352.

BARROS, Suzana de Toledo, **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

BATISTA, Américo Donizete. **Segurança pública no Brasil: epistemologia de paradigmas contemporâneos** – Américo Donizete Batista. Clubjus, Brasília-DF: 21 out. 2010. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.32535>. Acesso em: 31 março 2013.

BERNARDI, Renato. **A inviolabilidade do Sigilo de Dados.** São Paulo: Fiúza Editores, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1993, 1994, 1997, 1999.

BRAGA, Valescha e Silva. **Princípios da proporcionalidade e razoabilidade.** Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado n. 156**, de 2009. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/>. Acesso em 05.10.2012.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 21.11.2012.

_____. Lei n. **8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 21.11.2012.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. XXX/2013. Dispõe sobre a investigação criminal e dá outras providências. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 17.07.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 18.331/SP. Partes: Município de Santos e Empresa Marques & Viegas. Relator Ministro Orozimbo Nonato. Brasília: 1951. (apud. Barros)

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n.70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.03.1994, DJU 24.06.1994, p. 16.6649-16.650. Brasília, 24 de junho de 1994. FERNANDES, Antonio Scarance, Processo Penal Constitucional. 7ª ed., p. 93. São Paulo: RT, 2012.

_____, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.75.261/MG, 1ª T., Relator: Ministro Octavio Galotti, j. 24.06.1997. public. 22.08.1997. Brasília: 22 de agosto de 1997. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 05.10.2012.

_____, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.80.949/SP, 1ª T., Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, j. 30.10.2001, public. 14.12.2001. Brasília: 14 de dezembro de 2001. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 05.10.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 233.072-4/RJ. Pleno. Relator: Ministro Nelson Jobin. j. 03.05.2002. Brasília: 03 de maio de 2002. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 16.10.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 83515/RS, Impetrante: Juarez Marin e Outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Pleno. Relatora Ministra Nelson Jobim. j. 16.09.2004, v.u. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 15.11.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 418.416-8/SC. Pleno, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. j. 10.05.2006, public. 19.12.2006. Brasília: 19 de dezembro de 2006. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 25.10.2012.

_____,Supremo Tribunal Federal. RHC 88371/SP, 2ª T., j. 14.11.2006. Brasília, 14 de novembro de 2006. Interceptação telefônica. Prorrogação do prazo fundamentado. Validade.MACIEL Silvio. Interceptação Telefônica, p. 159. São Paulo: RT, 2011.

_____.Supremo Tribunal Federal. RHC n. 90.376/RJ, 2ª T., j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 03 de abril de 2007. MACIEL Silvio. Interceptação Telefônica, p. 123-124. São Paulo: RT, 2011.

_____.Supremo Tribunal Federal. Inq 2291 AgR. Competência – Tramitação de Inquérito – Envolvimento de deputado federal. Uma vez envolvido deputado federal, cumpre ao Supremo os atos próprios ao inquérito. –Relator: Min. CARLOS BRITTO, Relator p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2007, DJe-142, 14-11-2007. Brasília, 14 de novembro de 2007. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 25.10.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112/DF. Requerentes: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB e Outros. Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowsky, j. 02.05.2007, m.v. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 15.11.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 89.503/RS. Ofensa à garantia constitucional de não auto-incriminação. Exercício do direito ao silêncio. Constrangimento ilegal caracterizado. Impetrante: Eduardo Gerson Müller e Outros. 2ª T., Relator: Ministro Cezar Peluso, j. 03.04.2007, v.u. Brasília: 03 de abril de 2007. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 15.11.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 95.009/SP, Impetrante: Daniel Valente Dantas e Outros. Impetrado: Relator do HC n.107.514 do STJ. Pleno. Relator: Ministro Eros Grau, j. 23.07.2008, m.v. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 20.12.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 402.717-8/PR. 2ª T. Relator: Ministro Cezar Peluso. j. 02.12.2008. Brasília: 02 de dezembro de 2008. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 15.10.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. Pet 3825 QO, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007, DJe-060, 04-04-2008. Brasília, 04 de abril de 2008. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 24.10.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 100.574/MG. Duração Irrazoável do processo que se prolonga, sem causa legítima, por quase 06 anos – Configuração, na espécie, de ofensa evidente ao "status libertatis" do paciente. Impetrante: Edmilson Ferreira Dias. Impetrado: Relator do HC n. 145729 do STJ. 2ª T., Relator: Ministro Celso de Mello, j.10.11.2009, v.u. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 05.11.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 95.886/RJ. A prisão cautelar constitui medida de natureza excepcional. Impetrante: Itamar Guerreiro. Impetrado: Relator do HC n. 111796 do STJ. 2ª T., Relator: Ministro Celso de Mello, 27.10.2009, v.u. Brasília: 27 de setembro de 2009. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 15.11.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. HC 91.661/PE. Impetrante: Andredick Fontes Moura e Outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. 2ª T., Relatora: Ministra Ellen Gracie, j. 10.03.2009, v.u. Brasília: 10 de março de 2009. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 12.11.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. AI n. 626214/MG. Interceptação telefônica. Encontro fortuito de provas.Partes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Procurador- Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. 2ª T., Relator: Ministro Joaquim Barbosa, j. 21/09/2010, v.u. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 15.10.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 99330/ES. Falecimento do único advogado constituído, resultando impossibilitada a intimação do acórdão. Violação do contraditório e da ampla defesa. Desconstituição do trânsito em julgado e devolução do prazo recursal.Impetrante: Nilton Braga Filho. Impetrada: Relatora do AI n. 1.071.225 do STJ. 2ª T., Relatora: Ministra Ellen Gracie. 16.03.2010, m.v. Brasília: 16 de março de 2010. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 16.12.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 103.660/SP, Impetrante: Adriano Gonçalves Pucci. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. 1ª T., Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, j. 30.11.2010, v.u. Brasília: 30 de novembro de 2010. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 15.10.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 593727, com repercussão geral reconhecida. Recorrente: Jairo de Souza Coelho e Outros. Recorrido: Mauro Jorge de Paula Bonfim e Outros. Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso votou pelo provimento em 17.04.2010. (apud Notícia do STF, de 21 de junho de 2012). Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 15.10.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 90.178/RJ, 2ª T., j.02.02.2010, rel. Min. Cezar Peluso, DJE 26.03.2010. AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas, 5ª ed., p. 184-185. São Paulo: RT, 2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. AgIn 626.214-AgRg, 2ª T., j. 21.09.2010, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE 08.10.2010. AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas, 5ª ed., p. 189. São Paulo: RT, 2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. AgIn em AgRg 761.706/SP, j. 06.04.2010, rel. Min. Carmem Lúcia. Luiz Flávio; MACIEL Silvio. Interceptação Telefônica, p. 112. São Paulo: RT 2011.

_____.Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 107.626/SP. Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Pena superior ao mínimo. Possibilidade. Artigo 59 do Código Penal. Impetrante: Alfeu Custódio. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. 1º T., Relatora Ministra Carmem Lúcia. j. 23.03.2011. v.u. Brasília: 23 de março de 2011. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 15.11.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. Rcl 7913 AgR. Desmembramento de representação criminal. Envolvimento de parlamentar federal. Usurpação de competência do STF. Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2011, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00066). Brasília, 09 de setembro de 2011. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 25.10.2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 96.986. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 15-05-2012, publicado em 14/09/2012. Brasília, 14 de setembro de 2012. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 02.01.2013.

_____.Superior Tribunal de Justiça, RMS 9.612/SP, 4ª T., j. 03.09.1998, v.u., rel. César Asfor Rocha.. Brasília, 03 de setembro de 1998. AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas, 5ª ed., p. 189. São Paulo: RT, 2012.

_____.Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, n. 16.429/SC, Relatora: Maria Thereza de Assis Moura 6 T., j.09.08.05. Brasília: 09 de agosto de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 14.10.2012.

_____.Superior Tribunal de Justiça, APn 425/ES, Corte Especial, j. 16.11.2005. rel. Min. Carmem Lucia. Luiz Flávio; MACIEL Silvio. Interceptação Telefônica, p. 112. São Paulo: RT 2011.

_____.Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 59.967, 6 T, Relator: Nilson Naves, j. 25.09.2006. Brasília: 25 de setembro de 2006. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 10.10.2012. . Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*, n. 60.299/SP, 5 T., Relator: Ministro Felix Fischer, j. 12.11.2007. Brasília: 12 de novembro de 2007. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 13.10.2012.

_____.Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 78107/GO, 5ª T., Partes: não consta. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, j.15.05.2008, v.u. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 15.10.2012.

_____.Superior Tribunal Justiça. *Habeas Corpus* n. 37.316/SP,. 6ª T., Relator: Ministro Og Fernandes, j.11.12.2008. Brasília: 11 de dezembro de 2008. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 15.10.2012.

_____.Superior Tribunal de Justiça. HC n. 64096, j. 08.2008. rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*, 5ª ed., p. 185. São Paulo: RT, 2012.

_____.Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.80.808/SP, 5ª T. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.03.2008, v.u., DJ 22.04.2008. Brasília, 22 de abril de 2008, GOMES, Luiz Flávio; MACIEL Silvio. *Interceptação Telefônica*, p. 56-57. São Paulo: RT 2011.

_____.Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 96.832/PR, DJe 10.09.2010. Brasília, 10 de setembro de 2010. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL Silvio. *Interceptação Telefônica*, p. 54. São Paulo: 2011.

_____.Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 136.659/SC, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, public. 03.05.2010. Brasília: 03 de maio de 2010. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL Silvio. *Interceptação Telefônica*, p. 53. São Paulo: 2011.

_____.Superior Tribunal Justiça. *Habeas Corpus* n. 94.020/AP. O devido processo legal amparado pelo contraditório e ampla defesa. Impetrante: não consta. Impetrado: Tribunal de Justiça do Amapá. 5ª T., Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 04.02.2010, v.u. Brasília, 04 de fevereiro de 2010. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 15.10.2012.

_____.Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 91.903/SP. Validade da fonte de prova apenas quando submetida ao contraditório e ampla defesa em juízo. Impetrante: Paulo José da Costa Junior e Outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Gil Grego Rugai. 5ª T. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. j. 18.02.2010. v.u. Brasília: 18 de fevereiro de 2010. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 15.10.2012.

_____.Superior Tribunal Justiça. *Habeas Corpus* n. 21.3966/RJ, 5ª T. Excepcionalidade da prisão preventiva comprovada. Relator: Ministro Gilson Dipp, j. 22.11.2011, v.u. Brasília: 22 de novembro de 2011. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 15.10.2012.

_____.Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 148.140/RS. Partes: não consta. 6ª T., Relator convocado do TJ/SP: Desembargador Celso Limongi. j. 07.04.2011, v.u. Brasília: 07 de abril de 2011. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 15.10.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Inq. 355/RJ (2002/0132706-7), rel. Min. Ari Pargendler. Agravante: Ministério Público Federal. Ementa: Inquérito Policial. Carta anônima. O STJ não pode ordenar a instauração de inquérito policial, a respeito de autoridades sujeitas à sua jurisdição penal, com base em carta anônima. Agravo regimental não provido. AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*, 5ª ed., p. 184-185. São Paulo: RT, 2012.

CABETTE, Eduardo Luis Santos. **Interceptação telefônica**, 2ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. MOREIRA, Vital, **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios Constitucionais**, São Paulo: Saraiva: 2006.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova Penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas: Millenium, 2008

_____. **Novo Código de Processo Penal: aspectos referentes à teoria da prova**. Boletim IBCCRIM, Ano 18, Edição Especial, agosto de 2010, p. 13.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: ED. Revista dos Tribunais, 2008.

DOBROWOLSKI, Silvio - **A constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 157-182.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Prova e sucedâneo de prova no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, n. 66. p 195-236, mai-jun.2007.

_____. **O sigilo e a prova criminal**. Revista da Associação de Professores de Ciências Penais. São Paulo: RT, ano 3, n. 4, p. 153-164, jan-jun., 2006.

_____. **Processo Penal Constitucional**, São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais. 2010 e 2012

_____. **Vinte anos de Constituição e o processo penal**. In: PRADO, Geraldo. MALAN, Diogo.(coord.). **Processo Penal e Democracia**. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988, Rio: Lúmen Júris, 2009.

FERRAZ.Jr, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas. 1988.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Novo dicionário aurélio**. 3ª ed. Curitiba: Editora Positivo, 2004. Versão eletrônica.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I).

_____. **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GIMENDO SENDRA, Vicente. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**, Madrid: COLEX, 1990.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: RT, 2008. p. 246-297.

_____. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. In: YARSHELL, Flávio Luiz, Moraes, Maurício Zanoide de (Orgs). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318.

_____ **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

_____ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n. 65, p. 175-208, mar-abr. 2007.

GOMES, Flavio Luiz, MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Editora RT, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). São Paulo: RT, 1990.336.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Interceptação Telefônica**. 1ª e 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996 e 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Processo constitucional e direitos fundamentais**, São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____ **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989.

_____ **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**, São Paulo: Saraiva, 1976 e 2ª ed. São Paulo: RT, 1982.

_____. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**, São Paulo: Forense Universitária, 1990.

_____. **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Alterações ao código penal e processual penal**. 2ª ed. São Paulo: LED, 1996

LIMA, Francisco Meton Marques de, **O resgate dos valores na interceptação constitucional**, Fortaleza: ABC, 2001.

LOPES, Ana Maia D'Avila, **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

LOPES JR., Aury. **A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre. Ano 1. n. 0.. p. 57-86. 2000.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 1 ed..Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

_____. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy **.Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do ministério público**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MELLO, FILHO, José Celso. **Constituição Federal anotada**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MIRANDA, Jorge, **Manual de direito constitucional**, 2ª e 4ª ed., t. I e IV, Coimbra: Editora Coimbra, 1990 e 1993.

_____. **Constituições de diversos países**, 3ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1986, v. 1.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**, 2ª ed., São Paulo: RT, 1971. t.V.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A proteção constitucional da vida privada**, São Paulo: LED – Editora de Direito Ltda, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direitos fundamentais**, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Mauricio Zanoide de, FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião de. **Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo**, São Paulo: RT, 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1994 e reimpressa em 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade, **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**, São Paulo, RT, 2006.

OTELO, Paulo. In **Lições de Direito Constitucional** em Homenagem ao Jurista Celso Bastos, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 197.

PEREZ, George Uilson Pantaroto; DANTAS, João Paulo Serra. Direito de liberdade de crença versus segurança pública e paz social. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 14, n. 2109, 10 abr. 2009](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12610>>. Acesso em: 7 março 2013.
PITOMBO, Cleonice A. Valentim Bastos. **Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 7, n. 26, p.59-79, abr-jun. 1999.

PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. **Inquérito policial: novas tendências**. Belém: Cejup. 1987.

RIO DE JANEIRO (BRASIL), TJRJ, Ap. n.3.059/91, 1ª C., rel. Des. Carlos Alberto Menezes Direito, j 19.11.91, v.u. Disponível em: www.tjrj.gov.br. Acesso em 05.10.2012.

RIO DE JANEIRO,(BRASIL) TJ/RJ, Ap. 03655-1234.2009.8.19.0001/RJ, 8ª Cãm. Crim., rel. Cláudio Tavares de O. Junior, j.03.08.2011, v.u. Disponível em: www.tjrj.gov.br. Acesso em 05.10.2012.

ROCHA ANTUNES Carmem Lúcia. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994;

RODRIGO LOPES, Hálisson; LEMOS, Natália Spósito. **Aspectos constitucionais da segurança pública**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out. 2011. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10490&revista_caderno=9>. Acesso em: 05 maio 2013.

SAAD GIMENES, Maria Cristina Cury. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro Constitucional, 1999.

SÃO PAULO (BRASIL), TJ/SP, Ap. 0002302-71.2008.8.26.0050-SP, 4ª Cãm. Dir. Crim., rel. Salles Abreu, j. 26.10.2010, rel. Salles Abreu, v.u. Disponível em: www.tjsp.gov.br. Acesso em 15.01.2013.

SÃO PAULO (BRASIL). Tribunal de Justiça de São Paulo. ACR. 990.09.116201-9-SP, 16ª C.D.C., Relator: Willian Campos, j. 04.05.2010, v.u. São Paulo: 04 de maio de 2010. Disponível em: www.tjsp.gov.br. Acesso em 05.10.2012.

SÃO PAULO (BRASIL),TJSP, ACR. 990.09.116201-9-SP, 16ª C.D.C., rel. Willian Campos, j. 04.05.2010, v.u. Disponível em: www.tjsp.gov.br. Acesso em 05.10.2012.

SÃO PAULO (BRASIL), TJSP, MS nº 207.508-1, 6ª C.Civ., Presunção do estado de inocência, rel. Des. Costa Manso, j. 24.2.94,v.u. Disponível em: www.tjsp.gov.br. Acesso em 03.02.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, na**

Constituição de 1988. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogada Editora, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, Afonso Luis Virgilio da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais, Fasc. Civil, São Paulo, v.798, 2002, p. 23-50.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais,** 2ª ed., São Paulo: RT, 1982.

STUMM, Denise Raquel. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro,** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

STREEK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais,** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal,** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro,** 2ª, 3ª e 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 2009 e 2011.

VALLE FILHO, Osvaldo Trigueiro de. **A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade humana,** Estudos de Direito Constitucional, In: Garcia, Maria (coord.), São Paulo: Thomon-IOB, 20

