

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

ADRIANE PATRÍCIA DOS SANTOS FARIA

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE
INVESTIGAÇÃO FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

MARÍLIA
2012

ADRIANE PATRÍCIA DOS SANTOS FARIA

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE INVESTIGAÇÃO
FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado, tendo como linha de pesquisa “Crítica à dogmática jurídica”).

Orientador:
Prof. Dr. MÁRIO FURLANETO NETO

MARÍLIA
2012

ADRIANE PATRÍCIA DOS SANTOS FARIA

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE INVESTIGAÇÃO
FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

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. Mário Furlaneto Neto

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Jairo José Gênova

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Valter Foletto Santin

Marília, ____ de _____ de 2012.

Dedicatória

A Deus, por ter iluminado os meus passos e ter me concedido a oportunidade de tornar meus sonhos realidade.

À minha mãe que sempre esteve comigo nos momentos mais difíceis, nunca deixando que eu desistisse de alcançar meus objetivos. Ao meu pai, que apesar de não presente mais aqui entre nós, foi a pessoa na qual busquei inspiração para que eu pudesse estar vencendo mais esta jornada em minha vida.

Ao meu marido Marcioni, minha admiração e gratidão pelo apoio incondicional durante mais essa etapa de nossas vidas.

Ao meu filho peço perdão pelos momentos em que estive ausente, porém você é a principal razão de mais esta vitória.

AGRADECIMENTOS

Aos professores Dr. Jairo José Gênova e Dr. Mário Furlaneto Neto, com quem muito aprendi, tendo contribuído para o meu crescimento científico e intelectual.

A todos os professores do curso de mestrado pela paciência e dedicação que foram essenciais para a minha formação.

Ao Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, através do coordenador do mestrado, Professor Dr. Lafayette Pozzoli, pela oportunidade de realização deste curso de mestrado.

Ao Centro Universitário de Lavras – UNILAVRAS, através da Magnífica Reitora Dra. Cristiane Amaral Lunkes Argenta, da Coordenação do Curso de Direito, Dr. Sérgio Castanheira e da Coordenação do Núcleo de Prática Jurídica, Walkíria Oliveira Castanheira, pelo incentivo e apoio durante a realização desse curso.

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto”.

Rui Barbosa

FARIA, Adriane Patrícia dos Santos. **A interceptação telefônica como meio de investigação frente aos princípios constitucionais**. 2012.112 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, 2012.

RESUMO

Tomando por base os preceitos Constitucionais, o presente estudo teve por escopo uma análise dos procedimentos traçados pela Lei n. 9296/06 para a interceptação das linhas telefônicas, bem como a análise da jurisprudência pátria quanto à aceitação da prova colhida com inobservância aos procedimentos descritos pela referida norma. Os direitos fundamentais previstos no texto Constitucional, conseguidos através de lutas sociais devem ser observados durante a investigação criminal e a instrução processual penal. A interceptação telefônica, meio de prova legalmente previsto em nosso ordenamento jurídico é um instrumento eficaz no combate ao crime organizado, porém considerando ser tal prova medida restritiva de direito fundamental, deve-se seguir rigorosamente os parâmetros traçados pela norma regulamentadora durante sua obtenção. As decisões dos Tribunais quanto à admissibilidade da prova quando obtida em desconformidade com os procedimentos legais, são divergentes, não havendo um consenso sob a admissibilidade de tal prova dentro dos autos. Tendo como linha de pesquisa a Crítica à dogmática jurídica, findados os estudos por meio de revisão legislativa, doutrinária e jurisprudencial, constatou-se que apesar de inúmeras vezes a prova ter sido obtida em desrespeito aos procedimentos traçados pela Lei n. 9296/96, alguns magistrados e até mesmo Ministros dos Tribunais Superiores têm considerado a prova como válida, infringindo diversos princípios constitucionais, dentre estes o da legalidade, do devido processo legal e inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

Palavras-Chaves: Direito à Intimidade. Investigação Criminal. Interceptação Telefônica. Prova Ilícita.

FARIA, Adriane Patrícia dos Santos. **The telephone interception as a means of investigation in view of the constitutional principles.** 2012. 112 f. Dissertation presented to the Master's Course in General Theory of Right and State – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília. 2012.

ABSTRACT

Based on constitutional principles, the current study had as its scope an analysis of the procedures outlined by Law 9.296/96 for the interception of telephone lines as well as analysis of homeland jurisprudence regarding the acceptance of evidence collected in violation to the procedures described by this standard. The fundamental rights provided for in the Constitution achieved through social struggle must be observed during the criminal investigation and the instruction of the criminal procedure. The telephone interception, legally provided evidence in our legal system is an effective means of combating organized crime, however considering such evidence a procedure restricting a fundamental right, so one should strictly follow the parameters set by the regulatory standards for obtaining it. The decisions of Courts differ towards the admissibility of evidence when it is obtained out of step with legal procedures. Regarding the methodology used, it was literature and was developed as follows: Fundamental Rights in the 1988 Constitution; the telephone interception according to the Law 9296/06 and the PLS 156/09; controversial aspects about the validity of the evidence resulting from the telephone interception: a jurisprudential analysis. Having as line of research the Criticism of legal dogmatics, concluding the study by means of a legislative, doctrinal and jurisprudential review, it was found that although often the evidence was obtained in contravention to the procedures set by the Law 9296/96, some judges and even ministers of the Superior Courts have considered these evidences as valid so violating several constitutional principles amidst them the principle of legality, due legal process and inadmissibility of illegal evidences in the process.

Keywords: Right to Privacy. Criminal Investigation. Telephone Interception. Illegal Evidence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF: Constituição Federal

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

MS: Mandado de Segurança

PLS: Projeto de Lei do Senado

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TJMG: Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 –DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	14
1.1 Antecedentes históricos	14
1.2 Gerações dos direitos fundamentais	18
1.3 Princípios constitucionais e direitos fundamentais.....	20
1.3.1 Distinção entre regras e princípios	20
1.3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	22
1.3.3 Princípio da legalidade	24
1.3.4 Princípio do devido processo legal.....	25
1.3.5 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.....	27
1.3.5.1 Prova Ilícita “ <i>Pro reo</i> ”	31
1.3.6 Princípio da proporcionalidade.....	33
1.3.7 Do Direito à intimidade	37
1.3.8 Estado democrático de direito	39
CAPÍTULO 2– A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE ACORDO COM A LEI n. 9296/96 E O PLS 156/09.....	41
2.1 Antecedentes históricos	41
2.2 Procedimentos para a realização da interceptação telefônica segundo a Lei n. 9.296/96.....	43
2.2.1 Segredo de justiça, competência do juízo e legitimidade para requerer a Interceptação Telefônica	43
2.2.2 Requisitos legais para a decretação da quebra do sigilo telefônico.....	51
2.2.3 Requisitos da decisão judicial que determina a interceptação telefônica de acordo com a Lei n. 9296/96	55
2.2.4 Competência para a realização da interceptação telefônica e a fiscalização do Ministério Público na Lei n. 9296/96	60
2.2.5 O crime previsto no art. 10 da Lei n. 9296/96 e prestadora de serviços de telecomunicações diante da referida Lei.....	63
2.2.6 Resolução 59 do CNJ	64
2.3 A interceptação telefônica segundo o PLS 156/09.....	67
2.3.1 Segredo de justiça, competência do Juízo e legitimidade para requerer a interceptação de linhas telefônicas	67
2.3.2 Requisitos legais para a quebra do sigilo telefônico	71
2.3.3 Requisitos da decisão judicial que determina a interceptação telefônica e a colheita da prova em desacordo com os procedimentos legais	72
2.3.4 competência para realização da interceptação telefônica e a fiscalização do Ministério Público	74
2.3.5 A utilização de conversa interceptada entre o acusado e seu defensor	75
2.3.6 A prestadora de serviços de telecomunicações e a ciência a todas as pessoas que tiveram suas linhas telefônicas interceptadas	76

CAPÍTULO 3– ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A VALIDADE DA PROVA DECORRENTE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	78
3.1. Prorrogações das interceptações telefônicas - Análise do HC 143.697/PR	80
3.2. Encontro fortuito de provas de crimes durante a interceptação telefônica.....	87
3.3.Motivação da decisão judicial que autoriza a interceptação telefônica.....	91
3.4. Interceptação telefônica autorizada com base em denúncias anônimas	94
3.5. A interceptação telefônica como prova emprestada e as decisões do STJ e STF	96
3.6. Interceptação telefônica realizada à revelia dos procedimentos traçados na Lei n. 9296/96	101
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS	106

INTRODUÇÃO

A interceptação telefônica, meio de prova legalmente admitido em nosso ordenamento jurídico desde a vigência da ordem Constitucional de 1988, tem seus procedimentos traçados pela Lei n. 9296/96, sendo meio de prova valioso na investigação criminal e instrução processual penal.

Com o surgimento das organizações criminosas e a dificuldade de investigação através de métodos convencionais, não se vislumbrou outra forma de obtenção da prova do que a interceptação das linhas telefônicas.

A mutação social, com o aumento da criminalidade, trouxe a necessidade de mudanças legislativas, o que ocorreu com a inserção no texto constitucional da possibilidade de restrição ao direito fundamental à intimidade (art. 5º, XII), quando autorizou expressamente a interceptação telefônica para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

O Estado é detentor do *jus puniendi*, todavia durante a investigação criminal e instrução processual penal deve observar rigorosamente o que a lei determina, pois como qualquer outro cidadão, está submetido às normas editadas. No entanto, quando este Estado, representado por suas autoridades, não obedece à legislação vigente, deixa de ser o Estado de Direito.

Quanto aos direitos fundamentais, paulatinamente incorporaram-se às Constituições modernas dos Estados Democráticos, que foram signatários de vários Acordos Internacionais que aboliram a violência e abraçaram as causas voltadas para a dignidade da pessoa humana, hoje, cerne da Constituição Federal brasileira de 1988, explícita no art. 1º, III. Esses direitos, tardiamente incorporados na Constituição brasileira, adquiriram a denominação de direitos fundamentais individuais e sociais e foram inseridos no texto constitucional com a finalidade de limitação do poder do Estado.

Nesse contexto, o presente estudo se fundamentará no seguinte questionamento: Será que a inobservância dos procedimentos determinados pela Lei n. 9296/96, que dispõe sobre a forma de interceptação de linhas telefônicas, viola princípios constitucionais?

Diante dos argumentos apresentados, e tendo como sustentáculo a Constituição Federal, principalmente seus princípios correlatos ao presente tema, este estudo tem por objetivo analisar os procedimentos traçados pela Lei n. 9296/96 para a interceptação das linhas telefônicas, bem como os entendimentos esposados pelos Tribunais brasileiros quanto à

admissibilidade ou inadmissibilidade da prova colhida em detrimento dos procedimentos legais.

Os objetivos específicos são três, sendo que num primeiro momento é o de descrever alguns pontos necessários ao entendimento dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais correlatos à interceptação telefônica consagrados na Constituição Federal de 1988, com evidência para a norma contida no art. 5º, XII, segundo a doutrina e jurisprudência Pátria. Após serão também analisados os procedimentos traçados na Lei n. 9296/96 e no PLS 156/09 que versam sobre a interceptação telefônica. Finalizando o trabalho serão identificadas as posições jurisprudenciais favoráveis e desfavoráveis à admissibilidade da prova colhida em detrimento dos procedimentos legais.

Justifica-se a escolha deste tema em razão de sua relação com o direito processual penal e sua multidisciplinariedade para analisar a utilização da interceptação telefônica como prova sem a observância dos procedimentos elencados na Lei n. 9296/96. Na atualidade, um dos maiores desafios de um Estado Democrático de Direito é reconhecer que a investigação criminal deve acolher as concepções inerentes aos direitos fundamentais do cidadão, os quais se encontram inseridos na Constituição Federal de 1988, cuja finalidade é limitar o poder do Estado, representado pela investidura legal de suas autoridades públicas.

A metodologia utilizada no presente trabalho foi a pesquisa bibliográfica e documental, tendo como linha de pesquisa a crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, com pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e legislações brasileiras, tendo sido utilizados livros, jornais e artigos científicos, bem como a pesquisa virtual para complementação.

Assim, o traçado metodológico contemplará, em seu primeiro capítulo, os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, onde serão abordados, dentre outros direitos e princípios, o direito à intimidade, o princípio da legalidade e da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

Já no segundo capítulo, a abordagem será focada na análise da interceptação telefônica de acordo com a Lei n. 9296/96 e o PLS 156/09 para alteração do Código de Processo Penal e inserção da interceptação telefônica como prova típica.

No que concerne ao terceiro capítulo, serão identificadas as posições jurisprudenciais dos Tribunais de alguns estados, bem como dos Tribunais Superiores sobre questões de admissibilidade ou inadmissibilidade da interceptação telefônica colhida em detrimento dos procedimentos traçados na Lei n. 9296/96.

Não se pretende esgotar tão abrangente tema, mas trazer à luz da interpretação acadêmica a importância de refletir sobre a observância dos direitos fundamentais individuais durante a realização da interceptação das linhas telefônicas.

CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 Antecedentes Históricos

Originariamente, os Direitos Fundamentais nada mais são que direitos humanos, porém recebem tal terminologia com a positivação destes após as revoluções Francesa e Inglesa, ocorridas no século XVIII.

Os direitos humanos foram consagrados em vários Tratados Internacionais e o marco histórico do surgimento destes, segundo Comparato (2003, p. 49):

O artigo I da Declaração que “o bom povo da Virgínia” tornou pública, em 16 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos humanos na História. É o reconhecimento solene que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos.

Essa fase histórica, influenciada pelo Iluminismo, trouxe o reconhecimento da igualdade entre os homens. Assim, a Declaração de Virgínia (16/06/1776) consagrou em seu texto o direito à vida, à liberdade e à propriedade, além de proclamar também o princípio da legalidade.

Apenas dezoito dias após a Declaração de Virgínia, tivemos a Declaração de Independência dos Estados Unidos, ocorrida em 04/07/1776, a qual demonstrou em seu texto a preocupação com a limitação do poder estatal e com a liberdade individual. Essa Declaração de Independência Norte Americana influenciou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, a qual proclamou em seu artigo 1º a liberdade e a igualdade de direitos.

Em 1791, foi elaborada a Constituição Francesa, sendo reformulada em 1793 e 1795. Todavia, vale ressaltar que após a Constituição Francesa, outras Constituições de diversos países surgiram com a preocupação de limitar a atuação do Estado, como no caso das Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919.

Nesse contexto histórico, necessário citar a Constituição Federal brasileira de 1891, tendo como revisor dos projetos enviados à Assembléia Constituinte, nosso maior jurista, Ruy Barbosa, sendo que nesse texto constitucional foi inserida a garantia do Habeas Corpus, a liberdade de culto, a inviolabilidade do domicílio, o controle incidental de constitucionalidade, dentre outros.

Nesse período, teve início o que chamamos de Constitucionalismo, ou seja, a inserção no texto constitucional de diversos direitos humanos, passando a ser consagrados como direitos fundamentais, hoje também largamente denominados pela doutrina como liberdades públicas.

Sobre o Constitucionalismo, segundo Bulos (2009, p.11): “Da ótica *stricto sensu*, o significado do constitucionalismo advém do movimento constitucionalista, que alçou ao posto de técnica jurídica de tutela das liberdades públicas”.

A preocupação com a inserção dos direitos humanos no texto constitucional se deu como garantia de limitação do poder estatal, que num Estado de Direito está subordinado às normas editadas no país, devendo respeitá-las.

Vale também salientar que a inserção no texto constitucional brasileiro de cláusula pétrea impedindo a modificação da Constituição no que concerne aos direitos fundamentais, é garantia do cidadão. Assim, a supremacia constitucional em relação às demais normas editadas e os direitos fundamentais considerados como núcleo intangível são a garantia do cidadão de respeito a esses direitos.

Nesse ínterim, segundo Kelsen (2003, p. 103):

A análise da consciência jurídica positiva, que põe a descoberto a função da norma fundamental, requer que se traga à luz uma particularidade singular do direito: que o direito regula sua própria criação, de modo que uma norma jurídica regula o procedimento pelo qual outra norma jurídica é produzida, e – em diversos graus – também regula o conteúdo da norma a ser produzida.

Para tutela dos direitos fundamentais, pressupõe-se uma atuação negativa do Estado, de não interferência na vida privada do cidadão, devendo o Estado permanecer inerte e isso se dá em razão da limitação de seu poder.

Ao longo da história, vários Tratados e Convenções Internacionais existiram, sempre com a preocupação de tornar os direitos humanos materialmente efetivos, sendo que dentre estes documentos temos a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a qual foi proclamada após a segunda guerra Mundial.

A referida Declaração foi elaborada com base nos ideais iluministas e tomando por regra os ideais da Revolução Francesa, reconhecendo os valores da igualdade, liberdade e fraternidade, os quais foram consagrados em seu artigo I.

No entanto, após a segunda guerra mundial e o desrespeito aos direitos humanos consagrados em diversos Tratados e Convenções Internacionais, vários países passaram a incorporar em seu texto constitucional os direitos humanos, em mais uma tentativa de

limitação do poder do Estado, sendo que algumas Constituições passaram a prever além dos direitos fundamentais, garantias constitucionais, com o intuito de tornar realmente efetivos os direitos ali consagrados.

Sobre o conceito de direitos fundamentais, segundo Bulos (2009, p. 428):

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social.

A previsão dos direitos humanos no texto constitucional, trás garantia ao cidadão de não intervenção estatal nos direitos ora consagrados. Todavia, vale ressaltar que com relação à Constituição Federativa do Brasil, o rol dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da referida Carta é apenas exemplificativo, ou seja, não excluem outros decorrentes do regime e princípios adotados pela norma fundamental (CF, art. 5º, § 2º).

Ainda segundo os direitos humanos, segundo Bobbio (1992, p. 4):

[...] os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato, a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado Moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/Cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...]

Com relação à Constituição Federal brasileira, esta colocou os direitos fundamentais em posição de destaque, já previstos em seu art. 5º, tendo, inclusive ido além ao estabelecer no art. 60 § 4º da referida Carta Constitucional a proibição de emenda constitucional que visasse abolir os direitos e garantias fundamentais.

Trata-se de cláusula pétrea, onde o legislador constituinte derivado está proibido de fazer qualquer restrição aos referidos direitos.

Insta ressaltar que os direitos fundamentais advêm de lutas sociais contra o autoritarismo dos Governantes, o que se pode visualizar claramente durante as Revoluções Francesa e Gloriosa, bem como da independência dos Estados Unidos da América.

Conforme se demonstra com trecho do *Bill of Rights*, Rabinovich Berkman (2007, p. 262), restou clara a insatisfação do povo Inglês com o autoritarismo do rei:

Os Lordes espirituais e temporais e os Comuns, hoje, 22 de janeiro de 1688, reunidos [...] e constituindo em conjunto a representação plena e livre da nação [...] declaram [...] para assegurar os seus antigos direitos e liberdades:

Art. 1º - O pretendido direito de suspender as leis pela autoridade real sem o consentimento do Parlamento é contrário às leis;

Art. 2º - O pretendido direito de dispensar as leis ou de execução das leis pela autoridade real, como foi usurpado e exercido ultimamente, é contrário às leis; [TRADUÇÃO NOSSA]

Dessa forma é que, historicamente, se viu necessária a regulação constitucional das garantias fundamentais, sendo consideradas, portanto, direitos inalienáveis como podemos verificar de trecho citado na Declaração de Independência Norte-Americana por Rabinovich Berkman (2007, p.263):

Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno para com as opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação.

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. [TRADUÇÃO NOSSA]

Ao longo da história, diversos direitos fundamentais foram incluídos nos textos constitucionais das nações, mas essa inserção ocorreu paulatinamente, conforme a necessidade social de cada momento histórico.

No Brasil, impossível falar sobre direitos fundamentais sem citar nosso maior jurista e defensor desses direitos, Ruy Barbosa, nascido em Salvador/BA no ano de 1849, formou-se bacharel em direito pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1870, participou da elaboração da Constituição Brasileira de 1891, tendo representado o Brasil na 2ª Conferência da Paz de Haia, em 1907, na qual o Brasil foi engrandecido com sua participação, sendo que após o término da Conferência, passou a ser chamado de Águia de Haia.

Com relação aos direitos fundamentais, segundo Ruy Barbosa (1929, apud ARAÚJO, 1999, p. 106) entende-se que:

As liberdades básicas não deveriam ser diminuídas nem pela força, nem pelas leis e dizia ainda que para que os direitos consagrados na Constituição de 1891 pudessem realmente tornar-se efetivos, necessário seria o desenvolvimento de um “sentimento constitucional que vincula a legitimidade da Constituição” e de acordo com o jurista caso não houvesse esse sentimento constitucional colocaria em risco o ideal liberal-republicano, pois segundo ele a ineficácia das normas constitucionais resultaria na consagração da força.

Com a mutação social e a necessidade de proteção a outros direitos fundamentais, estes foram paulatinamente incorporados aos textos constitucionais, o que foi denominado pela doutrina de gerações dos direitos fundamentais.

1.2 Gerações dos Direitos Fundamentais

Necessário ressaltar que os direitos fundamentais são classificados em gerações, sendo que atualmente, apesar da divergência quanto ao número, se três ou cinco, deve prevalecer a de que os direitos fundamentais estão classificados em três gerações, pois a quarta e quinta gerações, nada mais são do que desdobramentos da terceira. A primeira geração dos direitos fundamentais, como dito alhures, se deu após a Revolução Francesa no século XVIII e teve como fundamento principal a limitação do poder do Estado.

No entanto, com a evolução social, as necessidades de cada povo também mudaram e por esse motivo foi necessária a inserção de novos direitos no texto constitucional, como por exemplo, os direitos sociais.

Sobre as gerações dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou no sentido de existirem três gerações desses direitos, é o que se pode verificar da decisão no MS 22.164/SP de relatoria do Min. Celso de Mello, ocorrido em 17/11/1995:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Dessa forma, entende-se que na primeira geração de direitos fundamentais, estão consagradas as liberdades, enquanto nos direitos de segunda geração, a igualdade e nos de terceira geração, a solidariedade, ideais estes contidos no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no período da pós-revolução francesa.

Sobre as funções dos direitos fundamentais, segundo Canotilho (2000, p. 407): “A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)”.

Com a revolução industrial e as jornadas de trabalho impostas pelos patrões, surgiu a segunda geração dos direitos fundamentais, que são os Direitos econômicos e, com relação a tais direitos, o Estado deixou de ter uma prestação negativa e passou a ter uma prestação positiva, ou seja, deveria proporcionar ao indivíduo o acesso à educação, trabalho, saúde, dentre outros. Tais direitos passaram a ser previstos nos textos constitucionais após a Segunda Guerra Mundial, porém a Constituição Mexicana de 1917 já havia feito previsões de alguns direitos do trabalhador.

No que concerne aos denominados direitos de terceira geração, temos a solidariedade e fraternidade, bem como os direitos referentes à autodeterminação dos povos, meio ambiente, etc.

Na Constituição Federativa do Brasil de 1988, a título exemplificativo, podemos verificar como direito de primeira geração o direito à vida, previsto no art. 5º “caput” da CF. Já no que concerne aos direitos de segunda geração, exemplificando, podemos citar os direitos sociais, previstos no art. 6º da CF e no que se refere aos direitos de terceira geração temos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Analisando a ordem cronológica, na qual, tais direitos foram inseridos ao texto constitucional, foi realizada a classificação desses direitos em gerações, ou seja, primeira, segunda e terceira gerações.

1.3 Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais

1.3.1 Distinção entre Regras e Princípios

Inicialmente, vale salientar que os princípios constitucionais tem um campo de atuação mais amplo e devem ser utilizados na interpretação da norma, buscando a real finalidade de sua criação.

Os princípios constitucionais, considerados no seu plural, segundo definição de Silva (1999, p. 120) significa:

Normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E assim, *princípios* revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria *norma* ou *regra jurídica*. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito. Indicam o alicerce do Direito. (grifo do autor)

Nessa mesma linha de raciocínio, temos que os princípios devem ser a base de todo o ordenamento jurídico, devendo servir ao operador do direito para a interpretação e aplicação das normas.

No que concerne à juridicidade dos princípios, Bonavides (1998) explica que esta se sucedeu por três fases: a jusnaturalista, a positivista e pós-positivista. Na fase jusnaturalista, os princípios eram considerados direitos estabelecidos por Deus ou ditados pela razão humana, com dimensão ético-valorativa que fundamentam o Direito Positivo. No entanto, em razão desses princípios terem sido inseridos num plano abstrato, a sua normatividade passou a ser duvidosa.

Na fase denominada positivista, Bonavides (1998) leciona que os princípios passaram a ingressar nos Códigos como fonte subsidiária, ou seja, como fundamentos do Direito Positivo derivado do próprio Direito.

Por fim, na fase pós-positivista, aproximou-se o Direito da ética, onde os valores passaram a ser considerados como fundamentos da razão, compartilhados numa dada sociedade.

Assim, tem-se que os princípios constitucionais são importantes na hermenêutica constitucional, pois buscam o real sentido da norma para que a mesma tenha plena eficácia na regulação de condutas e na solução de conflitos.

Já no que concerne ao conceito de regra, segundo De Plácido e Silva (1999, p. 693) “juridicamente, a regra traz o sentido geral: é o modo de proceder, é a imposição de forma ou a conduta imposta no texto legal”.

Nesse contexto, a regra é a conduta que a lei traça, ou seja, a regra estipula o que o indivíduo pode ou não pode fazer.

Segundo Dworkin (2005, p. 35-36), sobre a distinção entre regras e princípios, assim dispôs:

As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, neste caso em nada contribui para a decisão. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios da liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

De acordo com a definição de Dworkin, na distinção sobre regras e princípios, estes têm a dimensão do peso ou importância, enquanto as regras são objetivas, ou seja, são aplicadas da maneira do tudo ou nada.

Segundo Alexy (1993) necessário traçar a diferença existente entre regra e princípio e para isso alega que os princípios tem aplicação mais abrangente do que as regras, porém assim como estas, são normas. Ainda, segundo o autor utilizando os princípios, pode-se realizar alguma coisa na maior ou menor medida possível.

Alexy dispõe que os princípios não têm caráter de determinação, já a regra contém uma determinação. No entanto, no que concerne ao conceito de norma, de acordo com entendimento do jurista, engloba tanto as regras como os princípios.

De acordo com as definições de Dworkin e Alexy, pode-se dizer que os princípios têm uma dimensão que as regras não tem, o do peso ou importância, que vão auxiliar o operador do direito na interpretação das regras e na aplicação destas.

1.3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade humana tem origem Kantiana, contudo a primeira vez que foi inserido em texto constitucional foi em 1917, com a Constituição do México, a qual trouxe o referido princípio com a finalidade de servir de orientação do Sistema Educacional.

O princípio em estudo, como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, foi inserido pela primeira vez no texto Constitucional de 1988, todavia a Constituição de 1934, em seu art. 115, já fazia referência a esse princípio ao tratar da necessidade de que a ordem econômica fosse organizada de modo que possibilitasse todos a uma existência digna.

Vale mencionar que tal é a importância do referido princípio, que foi inserido no art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil, devendo servir de norte ao legislador e ao aplicador do direito e segundo Martins (2003, p. 62):

A idéia de valor fonte do sistema constitucional remete a dignidade da pessoa humana a um papel especial: o de ser elemento que confere unidade axiológico-normativa ao sistema constitucional. Eduardo Garcia de Enterría, na esteira do constitucionalismo espanhol sobre o tema, ressalta que a unidade do ordenamento constitucional repousa em uma “ordem de valores” materiais expressos no texto constitucional, a qual deverão ser adequadas a todas as normas que compõe o sistema jurídico. E dentre estes valores, ao menos na Constituição brasileira, sobressai o da dignidade da pessoa humana, dotado de proeminência axiológica sobre os demais.

Ainda, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, este pode ser considerado sob dois aspectos, ou seja, o objetivo, que é o atendimento às necessidades básicas do cidadão, que é o mínimo existencial e o subjetivo que seria o respeito ao ser humano.

Vale mencionar que o primeiro passo para que o cidadão tenha a sua dignidade preservada é o respeito aos seus direitos individuais e, por isso, é que o referido princípio deve ser a base de todo o Estado Democrático de Direito, onde o Estado através das limitações impostas com a Constitucionalização dos direitos fundamentais de primeira geração, deve-se ater a uma prestação negativa.

O referido princípio é considerado como fundamento da ordem Constitucional e deve servir de parâmetro para harmonizar os direitos constitucionais e o ordenamento jurídico como um todo, inclusive para a aplicação e interpretação das normas, pois ao encontrar-se inserido no art. 1º, III da Constituição Federal, tem valor superior aos demais princípios

constitucionais, não cabendo ponderação com os mesmos, vez que em posição superior a estes.

Segundo Cristina Queiroz (2002) apud Mendes (2009, p. 172):

Na escala de valores utilizada pela Corte Constitucional da Alemanha, a dignidade da pessoa humana é considerada de valor superlativo, não podendo como tal ser contrapesada com outros valores ou bens constitucionalmente protegidos, não lhe sendo aplicável, portanto, o critério da proporcionalidade.

Nesse contexto, quando algum direito fundamental deixa de ser respeitado, atingida está a dignidade da pessoa humana, pois como dito alhures, o primeiro passo para ser alcançada a dignidade humana é o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo.

Sobre o valor superlativo do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III da CF/88, Sarlet (2011, p. 74) assim dispôs:

Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (höchsteswertsetzendes Verfassungsprinzip).

Assim, não pode a autoridade pública violadora de direito fundamental, com o intuito de tornar seu ato válido, argüir o princípio da proporcionalidade, uma vez que a dignidade da pessoa humana é princípio superior aos demais, não podendo haver ponderação entre princípios que não estejam no mesmo patamar valorativo e, tal fato se torna claro quando se verifica que a própria Constituição inseriu-o em seu art. 1º, demonstrando que a dignidade humana é princípio norteador dos demais princípios e direitos constitucionais.

Nesse ínterim, a dignidade da pessoa humana deve servir de norte na atuação do Estado e aplicação do Direito, pois num Estado Democrático de Direito, o respeito aos direitos consagrados constitucionalmente é medida que se impõe.

Sobre o princípio em tela, Nucci (2010, p. 411) assim discorreu:

A dignidade da pessoa humana e o devido processo legal fornecem os elementos indispensáveis à composição do sistema de princípios processuais penais, de modo a garantir a estabilidade e a prevalência dos direitos e garantias individuais.

Vale ressaltar ainda, que muito se fala sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, mas pouco se faz para torná-lo realmente efetivo e é dever do Estado, através de seus agentes, zelar pela efetividade dos princípios e direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

1.3.3 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, XXXIX da CF que dispõe que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, é o que se denomina de reserva legal, ou seja, para existir o crime, necessário que anteriormente tenha sido editada lei, incriminando a conduta em questão.

Tal princípio teve origem na Carta Constitucional da Inglaterra de 1215, o qual encontrava-se previsto que “nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”.

Sobre a historicidade do referido princípio da reserva legal nas Constituições brasileiras, segundo Luisi (1991, p. 13):

Ressalte-se que o princípio em causa tem historicamente gabarito constitucional. A nossa primeira Constituição, a de 1824, em seu artigo 179, XII, a de 1891 no art. 72, parágrafo 15, a de 1934, no inciso 26 do art. 113, a de 1946 no art. 141, parágrafo 25 a de 1967, no parágrafo 16 do artigo 150 e nos parágrafo 16 do artigo 153 da Emenda Constitucional nº: 1 de 17/10/69, consagram o postulado da Reserva legal.

Vale ressaltar ainda outro desdobramento do princípio da legalidade consistente no disposto no art. 5º, II da CF/88, o qual prevê que “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O princípio da legalidade, frente aos poderes públicos, significa que estes somente devem agir de acordo com o que determina a lei, porém frente aos particulares, significa que se pode fazer tudo o que a lei não proíbe.

Para o trabalho em questão, interessa apenas esses dois aspectos do princípio da legalidade, principalmente no que concerne ao conceito de legalidade no direito público, o qual determina que a atuação do Estado deve estar pautada na lei.

No âmbito do direito público, temos a denominada legalidade estrita, não há liberdade, ou seja, o administrador e a autoridade somente podem fazer aquilo que está determinado ou autorizado em lei.

Pode-se dizer, em consonância com a conceituação do princípio da legalidade no direito público, que este está ligado ao Estado Democrático de Direito, vez que a submissão de todos ao império da lei é medida que se impõe. Dessa forma, os agentes da administração pública devem atuar em estrita observância à lei, ou seja, tomando por base o objeto do presente estudo. Verifica-se que para a autorização ou realização da interceptação telefônica, as autoridades estão obrigadas a observar a Lei n. 9296/96 e também a constituição em seu art. 5º, XII, onde foi autorizada a referida prova, ao ser restringido o direito fundamental à intimidade.

1.3.4 Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal é garantia fundamental do cidadão que possui contra ele um processo, uma vez que existem normas processuais que devem ser obedecidas pelo operador do direito na aplicação da lei. O referido princípio em questão é a base de todos os demais princípios, vez que para a observância do devido processo legal, necessário se faz a observância de diversos outros princípios constitucionais, como o da legalidade, contraditório e ampla defesa e inadmissibilidade de provas ilícitas no processo.

Sobre o princípio em análise, de acordo com as lições de Nucci (2010, p. 64):

No campo processual, o devido processo legal desenha-se em vários setores como supedâneo dos inúmeros direitos e garantias fundamentais para amparar o indivíduo, quando suspeito ou acusado pelo Estado.

Para o respeito ao princípio do devido processo legal, necessário se faz a observância a todos os princípios constitucionais penais e processuais penais, valendo ressaltar que o Código de Processo Penal, em seu art. 157, trouxe expressamente a vedação da utilização da prova ilícita no processo e, isso se dá como corolário do princípio do devido processo legal.

Vale mencionar ainda que a inserção da proibição de utilização da prova ilícita no código de processo penal não seria necessária, vez que já se encontrava inserida no texto constitucional, mais precisamente no seu art. 5º, LVI. Dessa forma, pode-se verificar que a inclusão da referida proibição no código de processo penal é a mais clara demonstração de que a legislação ordinária é mais observada do que a própria Constituição Federal.

Uma outra questão importante e que merece destaque é que alguns princípios obstaculizam a observância ao devido processo legal e, nesse sentido, dispôs Nucci (2010, 64):

Observa-se que alguns princípios constitucionais, embora relevantes, podem servir de empecilhos ao devido processo legal, em sua plena forma de desenvolvimento, tal como se dá com o princípio da economia processual. A celeridade na busca pela aplicação do direito ao caso concreto não pode atropelar garantias essenciais. A colheita de provas, em fase de instrução, pode ser o melhor palco para amealhar elementos suficientes para a formação do convencimento do julgador.

Clara demonstração disso foi o veto presidencial ao § 4º do art. 157 que trazia previsão que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

O referido veto foi fundamentado na celeridade processual, alegando que toda vez que o magistrado tomasse conhecimento de uma prova ilícita teria que designar outro Juiz para proferir a sentença, pois mesmo desentranhada a prova dos autos, teria tomado conhecimento da mesma, o que poderia afetá-lo em seu julgamento. Tal fundamento demonstra que a celeridade processual foi considerada mais importante do que um julgamento justo, o que é totalmente desarrazoado e desproporcional.

É sabido que quando o Magistrado toma conhecimento de uma prova que poderia levar à condenação do réu, mas sendo esta posteriormente considerada ilícita, o julgador já formou o seu convencimento, está contaminado pela prova, ainda mais no nosso sistema onde vigora o livre convencimento motivado do juiz, ou seja, formou o convencimento na prova ilícita e fundamentará sua decisão embasada na prova lícita, o que infringe os princípios da legalidade, do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, além de ferir o dever de imparcialidade do magistrado.

Diante de todo o exposto, entende-se que o princípio do devido processo legal é corolário dos demais princípios e, por isso para o efetivo respeito ao devido processo legal, mostra-se necessária a observância a todos os demais princípios constitucionais.

1.3.5 Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

Inicialmente, faz-se necessária uma conceituação do que significa o termo prova, e dentre os inúmeros conceitos pode-se apresentar, sinteticamente, como demonstração de um fato objeto de investigação como verdadeiro.

Nesse sentido, Nucci (2008, p. 338) dispôs em sua obra “As Provas no Processo Penal”:

O termo prova origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Sobre a prova, o art. 155 do Código de Processo Penal dispõe que:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Nesse contexto, a prova tem a finalidade precípua de formar o livre convencimento do magistrado sobre determinado fato. Assim, o magistrado ao proferir a sentença, demonstrará através das provas colhidas nos autos qual foi a que levou a decidir daquela determinada forma.

Observando o art. 155 do Código de Processo Penal, verifica-se que figura no sistema processual penal brasileiro a liberdade probatória, ou seja, somente com relação ao estado das pessoas é que existe restrição e é exatamente por esse motivo, que no processo penal não somente as provas expressamente contidas na lei processual são admitidas, mas toda a prova, desde que não admitidas por meios ilícitos, conforme vedação constitucional contida no art. 5º, LVI da CF/88.

Em uma análise conjunta das provas, procura-se chegar à verdade dos fatos e formar a convicção do magistrado, uma vez que esta é a sua finalidade, ou seja, a de formar o convencimento do Julgador, pois em nosso ordenamento jurídico vigora o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, também denominado de persuasão racional.

No entanto, verifica-se que dificilmente será possível chegar à verdade real dos fatos,

pois na maioria das vezes, o que temos é a verdade processual, ou seja, aquilo que foi possível colher dentro dos autos.

Segundo Carnelutti (2008, p. 47) o delito é um trecho do caminho, cujos rastros quem a percorreu procura destruir, e as provas servem exatamente para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor, para reconstruir a história.

Todavia, na maioria das vezes, não é possível reconstituir os fatos da maneira como ocorreram, pois a acusação apresenta os fatos de uma forma e a defesa de outra, sendo que o Magistrado valorará as provas colhidas e de acordo com o seu livre convencimento prolatará a sentença, conforme os argumentos que mais o convenceu.

O código de processo penal em seu art. 156 estabelece que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, valendo ainda ressaltar que a prova da autoria e materialidade, bem como o dolo ou a culpa, que são os elementos do tipo penal, caberá ao órgão acusador. Quanto aos fatos modificativos, impeditivos e extintivos da pretensão acusatória devem ser provados pelo acusado.

Ainda, segundo Carnelutti (2008, 47), a missão do processo penal está no saber se o acusado é inocente ou culpado e isso somente será possível diante das provas que serão colhidas no processo e analisadas pelo magistrado, conforme a persuasão racional deste.

No que concerne à conceituação do termo "ilícito", utilizado pelo legislador constituinte originário de 1988, sua origem etimológica vem do latim *illicitus*(*il+licitus*), e tem duplo significado: O primeiro indica o que é defeso por lei, já o outro, tem o significado mais amplo e mostra aquilo que é contrário à moral e aos bons costume e, por isso reprovável pela sociedade e pelo direito.

No entanto, a partir do conceito de ilícito e da introdução sobre o sentido do termo "prova", segundo Avolio (1999, p. 44) é possível conceituar prova ilícita, a qual entende-se como:

[...] por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração de normas ou princípios de direito material - sobretudo de ordem constitucional, porque [...] a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros.

A ilicitude pode ser verificada quando há ofensa ao direito material ou ainda, quando a prova é introduzida no processo, caso este que haverá infringência a normas processuais.

As alterações ocorridas com relação às provas no processo penal acrescentadas pela Lei n. 11.690/08 trouxe algumas inovações com relação à prova ilícita, pois a teoria dos frutos da árvore envenenada, de origem norte-americana, criada pela Suprema Corte daquele País, a qual entende que a prova derivada de uma prova ilícita é também contaminada por sua ilicitude, foi inserida no texto do Código de Processo Penal, em seu art. 157 § 1º, senão vejamos:

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

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

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

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

No que concerne ao “caput” do art. 157 do Código de Processo Penal, este apenas copiou o que já se encontrava previsto no art. 5º, LVI da Constituição Brasileira de 1988, o que demonstra que os operadores do direito observam mais a legislação ordinária do que a própria constituição, lei suprema de nosso país.

Quanto à prova declarada ilícita, que deverá ser desentranhada dos autos, será inutilizada por decisão judicial, sendo que as partes poderão acompanhar o incidente. Sobre as provas que não poderão ser utilizadas nos autos, segundo Marques (1997, p. 246):

de um modo geral são inadmissíveis os meios de prova que a lei proíba e aqueles que são incompatíveis com o sistema processual em vigor, sendo eles os meios probatórios de invocação do sobrenatural, bem como os meios probatórios que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana.

A constituição, por sua vez veda a utilização das provas ilícitas no processo, é o que se verifica de uma simples leitura do disposto no art. 5º, LVI da CR/88 “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Tal dispositivo veda que a busca da prova se dê por meios ilícitos, sendo que a prova colhida ilicitamente não deve ser admitida dentro dos autos, devendo o magistrado determinar que a mesma seja desentranhada do processo.

Nesse sentido temos a lição de Grinover (1993, p. 149):

A questão denominada “prova ilícita” ubica-se, juridicamente, na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e, sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação. A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria da prova vedada. A prova é vedada sempre que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito positivo.

O legislador ordinário, além de frisar mais uma vez a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, trouxe no “caput” do art. 157 do CPP, o conceito do que deve ser considerada prova ilícita, ou seja, aquela colhida em violação de normas constitucionais ou legais. Nesse contexto, chega-se à conclusão de que prova ilícita ocorre quando sua obtenção é vedada por lei ou ainda, quando a introdução da prova também é proibida por norma legal.

A prova ilícita não deve ser admitida dentro do processo e nesse sentido segundo Moraes (2000, p. 118):

A prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Dessa forma, necessário salientar que a utilização de prova ilícita no processo fere o princípio da dignidade da pessoa humana, vez que afasta direito fundamental do cidadão. Por outro lado, a efetividade dos direitos e garantias individuais é interesse social num Estado de Direito, sendo considerado como núcleo intangível (art. 60, § 4º da CF/88) e, pelo fato do Estado estar submetido às leis editadas, não pode o magistrado admitir nos autos a prova ilícita por expressa vedação contida tanto no art. 5º, LVI da CF/88 quanto no art. 157 “caput” do Código de Processo Penal.

Ainda sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, segundo Nucci (2010, p. 322), assim dispôs:

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, no processo, particularmente o criminal, fundamenta-se em fatores de ordem ética e mantenedores da lisura e da imparcialidade do Estado na condução do devido processo legal.

O princípio significa a proibição de se valer de provas – elementos destinados à demonstração da verdade, persuadindo o julgador – maculadas pelo vício de origem, vez que extraídas por mecanismos ilícitos.

Tomando por base o objeto do presente estudo vale mencionar a necessidade de observância dos procedimentos durante a colheita da prova para que esta seja admitida nos autos como prova lícita a comprovar a existência de um fato.

A doutrina divergia quanto à diferenciação entre prova ilícita e ilegítima, porém com a reforma processual e a modificação do art. 157 do CPP restou clara a inexistência de qualquer diferença entre prova ilícita e prova ilegítima, sendo que o termo ilícito engloba tanto as provas colhidas com infringência a normas de direito material quanto as normas de direito processual.

Segundo Nucci (2008, p. 349), “não existe distinção entre prova ilícita e ilegítima, sendo que ilícita é gênero, aquilo que é contrário ao Direito, englobando tanto o ilegal quanto o que é ilegítimo”.

No que concerne à prova derivada da ilícita, no caso da interceptação telefônica, pode ser considerada quando a medida cautelar fora declarada ilícita e a colheita das demais, somente foi possível após a interceptação telefônica e em razão desta. Assim, se mediante a investigação criminal não foi possível chegar-se à prova, vez que esta somente foi obtida após a interceptação das linhas, o Magistrado deverá considerar a referida prova ilícita, pois derivada de uma prova inadmissível, a qual não seria obtida se não tivesse ocorrido a medida cautelar, é o que reza o art. 157 § 1º do Código de Processo Penal, com as modificações inseridas pela Lei n. 11.690/08.

Outra grande questão trazida pela Lei n. 11.690/08 está contida no art. 157 § 2º, quando se tem uma prova ilícita por derivação, mas que a descoberta da prova pelos trâmites normais seria inevitável, dessa forma, a prova é considerada admissível nos autos.

1.3.5.1 Prova Ilícita “*Pro reo*”

Conforme será demonstrado neste tópico, no Brasil, a doutrina e a jurisprudência majoritárias têm caminhado no sentido da aceitação da prova ilícita em favor do réu e tal fato tem como um de seus fundamentos o princípio do *favor rei* que segundo Capez (2003, p. 39)

significa que “em qualquer dúvida ou interpretação na seara do processo penal, deve sempre ser conduzida pela direção mais benéfica ao réu”.

Imagine a seguinte situação, o réu grava sua conversa com terceiro que afirma ser o autor do crime, inocentando-o da acusação que paira sobre o mesmo. Aqui teremos o conflito entre o direito a intimidade do terceiro, bem como a inadmissibilidade de prova ilícita no processo e o direito ao contraditório e a ampla defesa do acusado.

Apesar de ser uma prova ilícita, considerada como gravação clandestina, a aceitação da prova em favor do acusado tem sido admitida largamente pela doutrina e jurisprudência, sendo que alguns fundamentam essa possibilidade, alegando ser possível a aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderando-se os direitos em conflito. Nesse sentido é o entendimento de Fernandes (2007, p. 95) “é ampla a aceitação de que o princípio da proporcionalidade seja aplicado aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida de maneira ilícita”.

Todavia, necessário ressaltar ainda que no presente caso outros princípios, direitos e garantias do cidadão estão presentes para fundamentar a utilização da prova em favor do acusado, dentre eles o princípio da presunção de inocência e também com o intuito de evitar-se o erro judiciário e a consequente descredibilidade da justiça.

Ainda em conformidade com a admissibilidade da prova ilícita no processo em favor do acusado, Gomes (2009, p. 446) assim dispôs:

Imagine-se a hipótese de um acusado que gravou clandestinamente sua conversa, telefônica ou ambiental. Essa gravação clandestina, como regra, é prova ilícita. Mas poderia ser utilizada pelo interlocutor que a gravou, dentro de um processo penal, para alcançar sua absolvição? A resposta é positiva. Mas somente o interlocutor pode usar tal gravação e só em seu benefício. Nenhuma gravação clandestina pode servir de prova “contra” qualquer pessoa. Não serve para incriminar (exatamente por se tratar de prova ilícita), só para absolver. E não seria crime a divulgação daquilo que se gravou, nos termos do art. 153 do CP? Não, porque só existe crime quando a divulgação do segredo ocorre “sem justa causa”. Na divulgação de um segredo para o reconhecimento de uma inocência existe justa causa (portanto, não há crime).

Dessa forma, a admissibilidade da prova ilícita no processo, quando utilizada em favor do réu, tem sido aceita e não poderia ser de outra forma, vez que o processo é o meio de realização de justiça e, essa não pode ser aceita com a condenação de uma pessoa inocente. Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2006, p. 153):

Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*. Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuricidade.

Finalizando, com os argumentos acima elencados, a prova ilícita a ser utilizada em favor do réu tem sido aceita de forma praticamente unânime e tal fato se dá em consideração a diversos preceitos constitucionais, como o princípio da não-culpabilidade e do interesse do Estado de não ver condenada uma pessoa inocente, do direito ao contraditório e a ampla defesa, bem como do princípio *favor rei*.

1.3.6 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade surgiu com o direito alemão e não está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, porém é utilizado pela hermenêutica constitucional, principalmente diante da colisão entre direitos fundamentais ou ainda pelo legislador constituinte ao determinar a restrição de um direito fundamental, como no caso do direito à intimidade, previsto no art. 5º, XII da CF/88. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade é o instrumento utilizado na ponderação desses direitos.

Como dito anteriormente, apesar de não encontrar-se expresso no texto constitucional, em análise ao preâmbulo constitucional, podemos visualizar o princípio da proporcionalidade ali implícito e nesse sentido já dispôs o autor Bernardi (2005, p. 45):

Inicialmente, depreende-se-o no próprio preâmbulo da Constituição brasileira, o qual, em particular, distingue-se do de outras constituições por apresentar duas partes distintas, a primeira firmando a legitimidade formal do Estado e a segunda referindo uma série de fins e objetivos a serem perseguidos por esse Estado. Revelando-se como princípio orientador de Justiça, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade se mostra como um princípio implícito no preâmbulo da Constituição.

Continuando a análise à Constituição, em busca da visualização do princípio da proporcionalidade, de acordo com o art. 5º, §2º, veremos que mesmo o princípio da

proporcionalidade não estando explícito no texto constitucional, sua aplicação é possível, é o que depreende-se da interpretação do referido dispositivo legal:

5º. [...]

§2º. Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outras decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ainda, segundo o princípio da proporcionalidade, este se divide em três subprincípios, os quais devem ser analisados separadamente, quais sejam: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade “*stricto sensu*”, que tem a finalidade de promoção de um estado de coisas, onde os atos administrativos, legislativos e judiciais sejam adequados, necessários e proporcionais aos direitos fundamentais.

Para tanto, todos os meios necessários à realização desse estado ideal devem ser realizados, por exemplo, de “*lege ferenda*” estabelecendo-se a exigência legal de sua demonstração prévia à realização de atos probatórios.

Quanto à idoneidade, necessário ressaltar que se trata de analisar se a intervenção é adequada a fins constitucionalmente legítimos e no que concerne ao subprincípio da necessidade, recebe também a denominação de intervenção mínima, e consiste no fato do Estado escolher entre as diversas medidas restritivas de direitos fundamentais, aquela em que conseguirá alcançar sua finalidade, mas que seja a menos lesiva.

Ainda segundo a proporcionalidade, no sentido estrito é a ponderação sobre a intervenção no direito fundamental, se tal se justifica para a finalidade almejada. É o que aconteceu no caso em que o legislador constituinte autorizou a interceptação telefônica para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art. 5º, XII da CR/88).

Essa proporcionalidade, em sentido estrito, deve ser aplicada não somente nas intervenções legislativas, mas também nas administrativas e judiciais. Assim, não somente o legislador deve ponderar valores, restringindo direitos, mas o poder executivo e judiciário diante de conflitos entre princípios ou entre estes e normas, deve utilizar-se da proporcionalidade.

Todavia, com relação ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, Mendes (2009, p. 66) relatou que “este se qualifica enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público”.

Insta salientar que devido à unidade constitucional, o princípio da proporcionalidade deve analisar o texto constitucional como um todo e de acordo com Hesse (1993, p. 41):

A relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição obrigam a não contemplar em nenhum caso somente a norma isolada, mas sempre em conjunto com o que deve ser analisado; todas as normas constitucionais tem que ser interpretadas de maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais.

O princípio da proporcionalidade analisa o texto constitucional como um todo e verifica a existência da razoabilidade da medida a ser tomada quando, por exemplo, existem dois direitos fundamentais em conflito, momento no qual deverá ser analisado qual deles deverá prevalecer.

Segundo Pacheco (2007, p. 71), sobre o princípio da proporcionalidade, assim o definiu:

O princípio da proporcionalidade é um estado ideal de coisas a ser atingido, no qual todas as intervenções em direitos fundamentais somente seriam feitas se, previamente, tivessem sido examinadas e satisfeitas sua idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, podemos pensar a proporcionalidade *latu sensu* e seus componentes: idoneidade, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* como princípios cujo fim é promover um estado de coisas no qual todas as medidas legislativas, judiciais e administrativas sejam adequadas, necessárias e proporcionais *strito sensu* relativamente aos direitos fundamentais.

Ainda, de acordo com Mendes (2009, p. 68):

No direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

A Evolução dos direitos e garantias individuais do cidadão e a conseqüente colisão entre esses direitos trouxe a necessidade de ponderação, sendo que o instrumento colocado à disposição do operador do direito para essa árdua função é justamente o princípio da proporcionalidade que decorre da hermenêutica constitucional, uma vez que, como dito anteriormente, não está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, mas decorre da interpretação do texto constitucional.

Na hermenêutica, o jurista ao utilizar o princípio da proporcionalidade deverá analisar os subprincípios que o englobam, ou seja, a proporcionalidade em sentido amplo, a idoneidade e a necessidade, devendo, no caso concreto verificar se a intervenção é adequada a

fins constitucionalmente legítimos; se a importância da intervenção justifica a importância dos fins perseguidos, buscando-se sempre o meio menos lesivo ao cidadão.

Segundo Freitas (1997, p. 84) o princípio da proporcionalidade significa que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos.

Vale mencionar ainda que o referido princípio, tal como hoje se apresenta, tem sido utilizado nas decisões judiciais, ante a existência de colisões entre direitos fundamentais e também na elaboração de normas quando das limitações a direitos fundamentais por parte do legislador.

Como dito alhures, um exemplo de limitação de direito fundamental realizada pelo legislador é justamente o objeto do presente estudo, que se encontra previsto no art. 5º, XII da CR/88, onde o legislador constituinte, ao prever o direito à intimidade, disse ser inviolável o sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, porém ressaltando que em casos de investigação criminal e instrução processual penal é possível a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mediante autorização judicial e nos termos que a lei determinar.

Dessa forma, o legislador constituinte utilizando-se do princípio da proporcionalidade, numa ponderação de valores restringiu o direito à intimidade, que é considerado direito fundamental.

Ainda vale ressaltar as lições de Alexy (1993, p. 272), onde menciona que um direito considerado fundamental só pode ser restringido por norma constitucional:

Uma norma pode ser restritiva de direito fundamental somente se é uma norma constitucional. Se não é, sua imposição pode, por certo, ter caráter de uma intervenção, porém não de uma restrição. Com isso, pode fixar-se já uma primeira característica: As normas somente são restritivas de direitos fundamentais se são constitucionais.

Analisando o pensamento de Alexy, este se dá em decorrência dos direitos fundamentais estarem previstos no texto constitucional e somente poderem ser restringidos por outra norma constitucional. Tal fato se dá em razão da supremacia do texto constitucional, sendo que a legislação ordinária é hierarquicamente inferior à Constituição e, por esse motivo não é legítima para restringir direito fundamental que é norma hierarquicamente superior às demais.

Quanto ao objeto do presente estudo, o legislador ponderou as supostas situações e verificou naquele dado momento, que o afastamento de direito fundamental era necessário e

utilizando-se de uma norma constitucional, limitou a obtenção da prova ao acrescentar a possibilidade de restrição ao direito fundamental quando tratar-se de interceptação de linhas telefônicas. Agindo assim foram atendidos os critérios da necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito.

1.3.7 Do Direito à Intimidade

A primeira vez que o referido direito foi inserido no texto Constitucional em nosso país, da forma em que se apresenta, foi com o advento da Constituição Federal de 1988, porém a inviolabilidade do sigilo das correspondências e do domicílio já possuía proteção desde a Constituição do Império de 1824.

Já com o advento da Constituição de 1967, esta passou a garantir o sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas, todavia aqui não havia restrição a tal direito, não podendo ser objeto de ingerências por parte do Estado durante a persecução penal, pois somente com a Constituição de 1988 foi autorizada a restrição ao sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Necessário se faz traçar um conceito sobre o que seria a intimidade, para verificar o alcance desse direito, porém cabe diferenciar intimidade e privacidade, uma vez que a privacidade é tida como de âmbito maior, enquanto a intimidade está dentro do âmbito da privacidade, é o que preceitua Bernardi (2005, p. 54):

No âmbito da esfera privada está contida a esfera da intimidade. Do universo da intimidade participam somente aquelas pessoas que gozam de confiabilidade suficiente do indivíduo e com as quais este mantém certa aproximação, excluído desse campo o público em geral.

Sinteticamente, intimidade são as vivências do ser humano as quais o mesmo não aceita compartilhar com as demais pessoas de seu círculo social, sendo uma esfera intransponível.

O conceito de intimidade, segundo Moraes (2006, p. 47), consiste nas relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade. Ainda segundo o autor referenciado, a vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.

Assim, o direito à intimidade vem resguardar a intromissão e divulgação de fatos da vida privada do cidadão, valendo ressaltar que a Constituição de 1.824 já estabelecia em seu texto a inviolabilidade do domicílio e das correspondências.

No entanto, como dito alhures, o direito à intimidade, tal qual se apresenta hoje, somente ocorreu em virtude da Constituição da República de 1.988, que estabeleceu em seu art. 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”.

Vale ressaltar o direito à intimidade segundo Ferraz Júnior (1992, p.77):

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da 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 o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.

De acordo com o conceito acima exposto, a intimidade é o direito do indivíduo de evitar intromissão de outras pessoas em sua vida privada, bem como a divulgação de informações concernentes à privacidade. A intimidade é aquilo que está oculto, que pode ser considerado como confidencial, estando proibida sua divulgação a terceiros.

Vários Tratados Internacionais fazem referência ao direito à intimidade, dentre eles temos a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, em seu art. 11, 2, citada por Piovesan (1997, p. 441), a qual prevê:

Art. 11 – Proteção da honra e da dignidade

[...]

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Todavia, tal direito não é absoluto, sendo que o próprio legislador constituinte tratou de estabelecer certas restrições ao direito à intimidade, é o que o verificamos do art. 5º, XII da Constituição da República:

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 e instrução processual penal.

Essa restrição ao direito fundamental à intimidade existe, uma vez que o interesse público se sobrepõe ao interesse individual, sendo que como dito anteriormente, o próprio legislador constituinte, utilizando-se do critério da proporcionalidade, inseriu no texto constitucional a possibilidade de afastamento desse direito fundamental.

No entanto, mesmo que por vezes não expressa pela constituição a restrição a outros direitos fundamentais, torna-se necessário quando esses direitos entrarem em conflito, sendo necessária a ponderação para verificar qual deles deverá preponderar. Visando sempre o interesse público em detrimento do direito individual, o magistrado analisará o caso concreto, porém a restrição deverá ocorrer nos estritos moldes legais.

Todavia, tomando-se, por exemplo, a interceptação telefônica, torna-se inadmissível a utilização do critério da proporcionalidade quando durante a colheita da prova são inobservados os procedimentos legais elencados na Lei n. 9296/96 e posteriormente, após a colhida a prova, e encontrando-se indícios da prática delituosa ao se arguir a invalidade da interceptação telefônica, por considerar-se uma prova ilícita, suscitam o princípio da proporcionalidade numa tentativa de validação da prova obtida.

Assim, o critério da proporcionalidade não pode ser utilizado para cancelar ilegalidades cometidas por agentes incumbidos da investigação criminal, vez que inexistente conflito entre direitos fundamentais no presente caso, tratando-se de ilegalidades cometidas o que não pode ser admitido num Estado de Direito, onde todos estão submetidos ao império da lei.

1.3.8 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito, baseia-se na submissão de todos ao império das leis e isso trás a idéia de limitação do poder do Estado. O Estado Democrático de Direito, dentre outros conceitos, temos a submissão do Estado através de suas autoridades à legislação em vigor.

No Estado de Direito, o poder do governante é reduzido e em contrapartida as garantias fundamentais são aumentadas, assim o Estado é impedido de interferir na vida privada do cidadão, sendo que o poder é exercido pelo povo, através de seus representantes legais, escolhidos pelo voto direto, os quais considerando os direitos de primeira geração,

submetem-se ao império da lei, estando ainda obrigados a observarem os direitos e garantias fundamentais.

Ainda, necessário ressaltar que o Estado de Direito engloba também os direitos de segunda e terceira gerações, ou seja, não basta somente a submissão do Estado à lei e o respeito aos direitos fundamentais, sendo necessário que o Estado assegure ao povo os direitos econômicos e sociais.

No texto constitucional o Estado Democrático de Direito é um dos fundamentos da República e seu significado segundo Mendes (2009, p. 171):

[...] Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição Brasileira, Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos[...]

No presente estudo, necessário salientar que o Estado de Direito significa que nenhum cidadão está acima das leis, mas sujeito a ela. A lei no Estado Democrático de Direito, nada mais é do que a vontade do povo, que a edita, através de seus representantes legais, escolhidos através do sufrágio universal, os quais também se sujeitam às mesmas.

Isso quer dizer que as autoridades públicas, durante uma investigação criminal ou instrução processual penal, são obrigadas a seguirem os parâmetros traçados pela norma.

Vale ressaltar ainda que, intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito, encontra-se o princípio da legalidade e segundo Nucci (2010, p. 81):

O Estado Democrático de Direito jamais poderia consolidar-se, em matéria penal, sem a expressa previsão e aplicação do princípio da legalidade, consistente no seguinte preceito: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (art. 5º, XXXX, CF)

Finalizando, podemos conceituar como Estado Democrático de Direito aquele Estado representado por pessoas diretamente eleitas pelo povo, sendo estes subordinados às leis editadas no país, somente podendo agir nos estritos moldes legais, fazendo somente o que está autorizado ou determinado por lei.

CAPÍTULO 2 – A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE ACORDO COM A LEI n. 9296/96 E O PLS 156/09

2.1 Antecedentes Históricos

O aparelho telefônico foi inventado em 10 de março de 1876 por Alexander Graham Bell, ou seja, cinquenta e dois anos antes do advento da Constituição do Império, onde já existia preocupação com o sigilo das correspondências, responsabilizando o Correio em caso de eventual violação.

A primeira Constituição Brasileira foi promulgada em 1824, porém não houve grande preocupação com a questão dos direitos fundamentais, o que somente veio a ocorrer em 1891, sendo esta influenciada pelos ideais norte-americanos e com grande preocupação com os direitos individuais.

Dessa forma, na constituição de 1981 formalmente os direitos fundamentais de primeira geração estavam presentes, porém a dificuldade encontrava-se com a materialização desses direitos consagrados no texto constitucional.

No entanto com o advento da Constituição de 1934 foi inserido no texto constitucional os direitos concernentes a Ordem Social e Econômica; Família, educação e cultura, bem como a Segurança Nacional, instante este que visualizamos os direitos denominados de segunda geração.

No ano de 1937, com algumas alterações na Constituição de 1934, tivemos uma nova Constituição, desta vez com a preocupação com algumas questões trabalhistas. Todavia, vale mencionar que esta foi uma época ditatorial, com o poder centralizado nas mãos do Presidente. Já com a Constituição de 1946 adotou-se o modelo liberal-democrático com a preocupação com os direitos de primeira e segunda geração.

Em 1967 sob a era da ditadura militar, houve um retrocesso com relação aos direitos fundamentais, vez que o poder centralizava-se nas decisões do Presidente e a única preocupação era com a manutenção da ordem e com a Segurança Nacional.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1969, no seu art. 153 § 9º determinava ser absoluta a inviolabilidade das comunicações, ao dispor que: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”.

Quanto à Constituição de 1988, por sua vez, denominada de Constituição Cidadã, marca a transição do Estado Ditatorial para o Democrático, sendo que num modelo garantista passou a prever em seu texto diversos direitos fundamentais, inclusive incluindo-os como cláusulas pétreas em seu art. 60 § 4º, IV.

Ainda na Constituição de 1988, pela primeira vez, passou a ser possível a quebra do sigilo telefônico para fins de investigação criminal e instrução processual penal, porém determinou o constituinte ser necessária lei que regulamentasse os casos em que seria possível a interceptação e a forma em que esta deveria esta ocorrer.

Todavia, considerando a inexistência de norma regulamentadora, surgiu discussão sobre a aplicabilidade do art. 57 da Lei n. 4.117/62, ou da necessidade de elaboração de norma infraconstitucional para regulamentação do tema. Assim, o art. 57 do Código de Telecomunicações começou a ser levantado para a realização da interceptação telefônica, uma vez que ainda não existia norma que regulamentasse o procedimento para colheita da prova conforme determinava o art. 5º, XII da CF/88.

No entanto, a defesa dos réus que estavam sendo investigados através do procedimento de interceptação telefônica passou a questionar perante a Justiça a impossibilidade da medida cautelar baseada no Código de Telecomunicações, sob o argumento de que esta não havia sido recepcionada pela nova ordem constitucional e que seria necessária norma para regulamentar o disposto no art. 5º, XII da CF/88, que somente veio a ser editada em 1996.

O Supremo Tribunal Federal, chamado a se manifestar, decidiu no sentido de considerar nulas todas as interceptações telefônicas ocorridas antes da Lei n. 9296/96, vez que a nova ordem Constitucional não havia recepcionado a Lei n. 4117/62, alegando ser necessária edição de lei para regulamentar os procedimentos para a interceptação das linhas telefônicas.

EMENTA: HABEAS-CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. NULIDADE. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes. Ordem deferida. (STF-HC 81154 / SP - SÃO PAULO; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA; Julgamento: 02/10/2001; Órgão Julgador: Segunda Turma).

Inicialmente, deve-se ressaltar que a Constituição de 1988 determinou a elaboração de norma para regulamentar a forma de procedimento para a interceptação telefônica, contudo a referida norma só fora sancionada em 1.996, ou seja, oito anos após a promulgação da Constituição da República de 1.988, a qual veio regulamentar a aplicação do disposto no art. 5º, XII da referida Carta Constitucional, que se trata de norma de eficácia contida.

2.2 Procedimentos para a Realização da Interceptação Telefônica segundo a Lei n. 9.296/96

2.2.1 Segredo de Justiça, Competência do Juízo e Legitimidade para requerer a Interceptação Telefônica

Inicialmente necessário se faz a diferenciação do que seria interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina. A interceptação telefônica ocorre quando um terceiro capta a conversa telefônica entre os interlocutores. Já a escuta telefônica ocorre quando o terceiro capta a conversa telefônica, mas com a autorização de apenas um dos interlocutores. Quanto a gravação clandestina ocorre quando o próprio interlocutor registra sua conversa, seja ela via telefone ou não, sem que o outro tome conhecimento.

O presente estudo tem por base apenas a interceptação de linhas telefônicas, sendo que esta tem natureza cautelar e pode ser determinada tanto na investigação criminal quanto na instrução processual penal, sendo necessária decisão judicial fundamentada autorizando a interceptação das linhas telefônicas.

Ao analisarmos detidamente o art. 1º da referida lei, o mesmo dispõe que para a interceptação telefônica é necessária a observância do disposto na referida lei, com ordem do juiz da ação principal, a qual deve estar sob segredo de justiça.

Ainda segundo o art. 1º da Lei n. 9296/96, este versa que o procedimento de interceptação telefônica deverá correr em segredo de justiça, demonstrando ter sido bem ponderado nessa hipótese, pois na captação de conversas telefônicas, existem diálogos que interessam na investigação, mas na sua maioria trata-se de conversas da vida privada das pessoas envolvidas e que nada têm de interesse à investigação, sendo que estas conforme dispõe a própria lei em seu art. 9º deverá ser inutilizada por decisão judicial.

Esse é o motivo do art. 8º da Lei n. 9296/96 prever que a interceptação telefônica deverá ocorrer em autos apartados, apensados ao Inquérito policial ou processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Outro fato também que deve ser ressaltado, como dito anteriormente, é que nem toda gravação decorrente da interceptação telefônica interessa à investigação e aquelas que não interessarem ao processo, serão inutilizadas por decisão judicial, podendo ocorrer tanto durante o inquérito policial, na instrução criminal ou ainda após esta. Tal fato se dá, mais uma vez, para preservar o direito a intimidade de pessoas que tiveram contato com a linha interceptada, mas que nenhuma ligação tem com os crimes objeto de investigação.

No que concerne à legitimação para requerer a inutilização da gravação que não interessar ao processo, poderá ser requerida tanto pelo Ministério Público quanto a parte interessada, conforme estabelece o art. 9º da Lei n. 9296/96, sendo que a inutilização da prova será assistida pelo Ministério Público, porém facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

No entanto, necessário ressaltar que amparado nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, deve-se haver a intimação da parte interessada, através de seu representante legal para assistir à inutilização das gravações que não interessam à prova, sendo, portanto, facultada sua presença.

Tema de grande discussão é a oponibilidade do sigilo das interceptações telefônicas ao advogado dos investigados, se este tem o direito de acesso à prova ou não. Para preservação do sigilo a apensação do procedimento que tramita apartado será realizado antes do relatório final da autoridade policial, porém se a interceptação ocorreu durante a instrução criminal, assim que terminar a colheita da prova e a realização de sua degravação, deve a mesma ser juntada ao processo para que a defesa tome conhecimento da mesma, em consagração aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em análise à súmula vinculante 14, a mesma dispõe que a prova deve ser feita de forma a preservar o sigilo das investigações com a finalidade de obtê-la, porém uma vez já obtida a prova, não existem mais motivos para preservar o sigilo das investigações, tendo a defesa direito de acesso aos autos.

Ainda há grande divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao momento em que o advogado poderá ter acesso aos autos do inquérito policial. Há também necessidade de distinguir esse acesso durante o inquérito e durante o processo.

Quando os autos se encontram ainda em fase de inquérito policial e o investigado está preso, seja em virtude de prisão preventiva ou flagrante, querendo portanto, impetrar

Habeas Corpus, necessário se faz o acesso ao procedimento por parte do defensor do investigado, porém tal acesso somente poderá ser concedido se a investigação já teve seu término, pois se ainda persistirem as interceptações, como meio de preservar a colheita da prova, deverá aguardar o fim das investigações e a documentação das mesmas.

Comentando a questão Gomes (2009, p. 499) afirma:

[...] o que deve ficar patente, desde logo, é o seguinte: o apensamento da autuação separada aos autos do inquérito ou do processo acontece num determinado momento, previsto no art. 8º, parágrafo único, mas isso não significa que só nesta altura o investigado e/ou seu advogado terá direito de conhecer o alcance da ingerência autorizada. Uma coisa é o apensamento (que é retardado o mais possível para se evitar qualquer tipo de quebra, frente a terceiros, no sigilo das comunicações), outra bem distinta é o direito de ser informado sobre o conteúdo da interceptação já concluída. O que não é sustentável é eventual tentativa de saber o que foi captado, antes das transcrições finais. Isso não é permitido. Contudo, concluídas as diligências, nada mais justifica o segredo interno absoluto (frente ao investigado). A partir daí, o que vigora é o princípio da publicidade interna restrita.

Tal raciocínio se dá em completa consonância com a súmula vinculante 14 do STF, abaixo transcrita:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao direito de defesa.

Dessa forma, em síntese, se a interceptação telefônica já estiver findada e documentada no inquérito com as devidas transcrições, o advogado do investigado deverá ter acesso aos autos, pois o sigilo da medida cautelar visa tão somente a obtenção da prova, uma vez que esta já foi colhida não mais se justifica a continuidade do sigilo do procedimento, sendo que neste momento cabe a contemplação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo o advogado ter acesso a todas as provas já documentadas nos autos.

Ressalta-se também que a prova somente poderá ser utilizada para fins de investigação criminal e instrução processual penal, é o que já se encontrava previsto no art. 5º, XII da Constituição da República de 1988 e, por tratar-se de direito fundamental, a lei ordinária não poderia ir além do que a norma constitucional já havia traçado, autorizando a interceptação telefônica em processos de outra natureza, havendo assim uma mera copilação do texto constitucional.

Necessário também salientar que por tratar-se de restrição a direito fundamental, houve por bem o legislador Constituinte exigir para tanto, ordem judicial, tendo o legislador ordinário apenas copilado o que já fora estabelecido pela Constituição em seu art. 5º, XII da Constituição Federal:

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.

Vale mencionar que o referido dispositivo constitucional gerou diversas interpretações, alguns entendendo que na expressão “último caso” englobava os dados e as comunicações telefônicas e outros no sentido de que a expressão referia-se apenas às comunicações telefônicas. Todavia, numa interpretação gramatical verificamos que a expressão deve ser entendida como autorização para restrição apenas das comunicações telefônicas.

Quando da edição da Lei n. 9296/96, em seu art. 1º parágrafo único, o legislador ordinário foi além do que aquilo previsto pelo legislador constituinte originário e dispôs que não somente as conversas telefônicas, mas também o fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática poderão ser objeto de interceptação.

Comentando a questão, Furlaneto Neto (2003, p. 98) assim dispôs:

A incorreta grafia utilizada pelo legislador fez surgir três correntes: os que defendem que somente pode ser quebrado o sigilo de comunicações telefônicas, com observância restrita dos critérios legais; aqueles que entendem haver dois grupos, o da correspondência, cujo sigilo é absoluto, e o das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, em que o sigilo seria relativo; e a corrente em que o entendimento prevalecente é o de que o sigilo absoluto abrangeria o grupo das comunicações telegráficas e correspondência, havendo sigilo relativo quanto ao grupo das comunicações telefônicas e de dados.

Pelo que se pode constatar a divergência doutrinária é grande, uma corrente alega ser o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9296/96, constitucional, dentre estes temos Gomes (2010, p. 461), o qual dispôs o seguinte:

[...] entendemos que o parágrafo único em questão é absolutamente legítimo, inquestionavelmente constitucional (essa questão foi objeto da ADIN 1.488, rel. Min. Néri da Silveira, que teve o pedido de liminar indeferido e, posteriormente, foi extinta por falta de legitimidade do requerente). Estão regidas pela lei 9296/96 tanto as comunicações telefônicas como as comunicações telemáticas[...]

Por outro lado temos alguns doutrinadores que entendem ser inconstitucional o referido dispositivo, é o que preleciona Greco Filho (2006, p. 16):

Nossa interpretação é no sentido de que “no último caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas, pelas seguintes razões: Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e nas comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso”. Ademais, segundo os dicionários, último significa o derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo. Por outro lado, a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*).

Cabe aqui salientar que a regra constitucional é o sigilo das comunicações telefônicas, sendo que a restrição a essa garantia é uma exceção e o legislador constituinte originário ao impor restrições ao direito à intimidade autorizou apenas a interceptação de linhas telefônicas, não autorizando a interceptação dos dados e isso decorre de uma simples análise ao disposto no art. 5º, XII da Constituição Federal que prevê a restrição apenas no “último caso”, expressão esta que refere-se apenas às comunicações telefônicas.

Também necessário ressaltar que o direito à intimidade é um direito fundamental e como tal, de núcleo intangível, pois previsto no art. 60 § 4º, IV da Constituição da República de 1.988.

Segundo Moraes (2006, p. 1.153), com relação às cláusulas pétreas, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune a ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no par. 4 do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao poder legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato. E mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.

Analisando detidamente a Constituição e a Lei n. 9.296/96, em seu art. 1º parágrafo único, verifica-se a inconstitucionalidade de tal dispositivo, uma vez que o legislador ordinário não poderia extrapolar os limites traçados pelo legislador constituinte originário, ainda mais por se tratar de cláusula pétrea, conforme preceitua o art. 60 § 4º, IV da referida Carta Magna, o qual não pode sofrer alteração nem mesmo pelo legislador constituinte derivado, quem dirá por legislação infraconstitucional.

Entende-se por fluxo de telemática a combinação de comunicação telefônica com a transferência de dados, como por exemplo, o fac-simile. No entanto, o legislador constituinte, apenas autorizou expressamente a interceptação das linhas telefônicas, quando utilizou-se do termo “salvo, no último caso “, não podendo a legislação ordinária, ir além da previsão constitucional autorizando outras formas de invasão da intimidade do cidadão, pois se trata de direito fundamental e, portanto, núcleo intangível.

É claro que hoje, com as organizações criminosas torna-se necessária a interceptação de dados, no entanto a Constituição na forma em que se apresenta não autoriza esse tipo de restrição ao direito à intimidade. Seria necessária alteração da Constituição Federal para inserir a possibilidade de restrição ao sigilo dos dados

Ainda em conformidade com o art. 1º “caput” exigiu o legislador ordinário que a ordem judicial deverá emanar do juiz que for competente para apreciação da ação principal, fixando aqui a competência do magistrado que deverá apreciar a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público pela interceptação da linha telefônica.

Na verdade, essa competência para autorizar a interceptação telefônica, significa que se o crime for de competência da Justiça Federal, o Magistrado responsável para julgar o delito perante a Justiça Federal é quem deverá autorizar a interceptação telefônica.

Na Justiça Comum, quando houver divisão de Varas para julgamento de determinados crimes como, por exemplo, Vara de Tóxicos, Vara de Crimes contra o patrimônio, como é o que acontece em grandes Centros Urbanos, o pedido deve ser direcionado ao Juiz que julgará a causa principal.

No entanto, quando a Comarca possuir duas Varas Criminais, não havendo especialidade em julgamento de crimes, a representação deverá ser distribuída e o juiz que apreciar a representação da autoridade policial ou o requerimento do Representante do Ministério Público tornará prevento para apreciação da causa principal.

Vale ainda considerar que a competência em razão da matéria e a competência funcional são absolutas, ou seja, não podem ser modificadas.

De acordo com o art. 567 do Código de Processo Penal, a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, todavia, para a interceptação telefônica, necessária decisão judicial determinando a referida prova, a qual deverá ser devidamente fundamentada, como preceitua o art. 93, IX da Constituição da República de 1.988, bem como o art. 5º da Lei n. 9.296/96.

Dessa forma, se o ato decisório emanar de juiz incompetente deverá a decisão ser declarada nula e, portanto, a referida interceptação telefônica não poderá ser admitida nos autos, valendo ressaltar que esta fere o princípio do juiz natural. Tal princípio teve origem no Direito Anglo-Saxão, proibindo os Tribunais de exceção, contudo o Direito Norte-Americano passou a exigir para cumprimento deste princípio a competência do juízo previamente estabelecida, ou seja, antes do cometimento da infração penal a competência do juízo deverá estar fixada.

No Brasil, adotou-se o conceito de juiz natural do Direito Anglo Saxão, bem como o referido conceito de juiz natural adotado pelo Direito norte-americano, é o que percebemos pela simples leitura dos incisos XXXVII e LIII da Constituição da República de 1.988.

De acordo com a constituição em seu art. 5º XXXVII, “Não haverá juízo ou tribunal de exceção” e em conformidade com o disposto no art. 5º, LIII da Constituição da República de 1988, “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Sobre o princípio do Juiz natural o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Habeas Corpus 49179 RS 2005/0177420-6, tendo como Relatora a Ministra Laurita Vaz, assim decidiu:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES MILITARES. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DECRETADA PELA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCOMPETÊNCIA. NULIDADE DA PROVA COLHIDA. 1. Somente o juiz natural da causa, a teor do disposto no art. 1.º, Lei n.º 9.296/96, pode, sob sigilo de justiça, decretar a interceptação de comunicações telefônicas 2. Na hipótese, a diligência foi deferida pela justiça comum estadual, durante a realização do inquérito policial militar, que apurava a prática de crime propriamente militar (subtração de armas e munições da corporação, conservadas em estabelecimento militar). Deve-se, portanto, em razão da incompetência do juízo, declarar a nulidade da prova ilícitamente colhida. 3. Ordem concedida. (Processo: HC 49179 RS 2005/0177420-6; Relator(a): Ministra LAURITA VAZ; Julgamento: 04/09/2006; Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA; Publicação: DJ 30.10.2006 p. 341).

Dessa forma, de acordo com o referido julgado do Superior Tribunal de Justiça, torna-se necessária a inutilização da interceptação telefônica que fora determinada por Juiz incompetente, em consagração, dentre outros direitos, ao princípio do juiz natural.

No que concerne à legitimidade para requerer a interceptação das linhas telefônicas, segundo a Lei n. 9296/96 o delegado de polícia poderá representar durante a investigação criminal e o Ministério Público poderá requerer a produção da prova durante a investigação criminal ou instrução processual penal.

O art. 3º da Lei n. 9.296/96 versa sobre essa legitimidade para requerer a interceptação de linhas telefônicas, senão vejamos:

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.

Inicialmente a grande questão gira em torno da possibilidade do magistrado determinar a colheita de provas “ex officio”, sendo que tramita no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4112), alegando a inconstitucionalidade da referida expressão, pois segundo o autor da ação, prejudica a imparcialidade do magistrado, sendo incompatível com o sistema acusatório adotado pelo Brasil.

Como fundamento para declaração de inconstitucionalidade, o Partido Político levantou uma decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN n. 1570-2, que fora julgada em 12/02/2004, tendo como Relator o Ministro Maurício Corrêa, na qual o dispositivo fora declarado inconstitucional, senão vejamos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. ACÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUCÇÃO".

REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR.

MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.
3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.

Quanto à ADI 4112, o Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, apresentou parecer pela parcial procedência da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo que das inúmeras inconstitucionalidades arguidas na ação, o parecer foi favorável somente no que tange ao art. 3º “caput” da Lei n. 9296/96, de forma que o magistrado somente poderá decretar a medida “ex officio” durante a instrução processual, numa interpretação conforme a constituição.

No que tange à possibilidade da autoridade policial requerer a interceptação telefônica, poderá ocorrer tão somente na fase de investigação, ou seja, durante o Inquérito Policial, já o Representante do Ministério Público, segundo a lei poderá requerer a realização da prova tanto na fase inquisitiva como durante a instrução criminal.

2.2.2 Requisitos Legais para a Decretação da Quebra do Sigilo Telefônico segundo a Lei n. 9296/96

Necessário salientar que a Constituição da República em seu art. 5º, XII, trouxe alguns requisitos para a quebra do sigilo telefônico, dentre eles, a de que a interceptação telefônica somente poderia ser realizada para fins de investigação criminal e instrução processual penal, deixando ao legislador ordinário a tarefa de fixar as hipóteses em que poderia ocorrer, é o que verificamos do texto constitucional:

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.

No que concerne à Lei n. 9.296/96, em seu art. 2º, esta trouxe as hipóteses em que não poderá ocorrer a interceptação telefônica:

Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – Não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – A prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – O fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Inicialmente, vale salientar que o referido dispositivo legal não traçou as hipóteses em que poderia ocorrer a interceptação de linhas telefônicas, ao contrário, trouxe aquelas situações em que não poderia, o que quer dizer que todas as hipóteses não previstas neste artigo poderão ser objeto de interceptação telefônica. Assim, demonstra-se que o legislador ordinário equivocou-se ao tratar das possibilidades como regra geral, vez que a própria constituição mostra que a prova deve ser tratada como exceção, sendo autorizada somente em casos excepcionais.

Em seu inciso I, trás a necessidade da demonstração da existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal. Isso quer dizer que deverá haver além de suspeitas, indícios da prática do delito e sua autoria, não bastando a simples denúncia “anônima” para ensejar a quebra de sigilo telefônico, sendo necessário algo mais, ou seja, indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal.

É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA ANÔNIMA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. MEDIDA DETERMINADA EXCLUSIVAMENTE COM BASE NA INFORMAÇÃO APÓCRIFA. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES NÃO REALIZADAS. PACIENTE DENUNCIADO E CONDENADO COMO INCURSO NO ART. 37 DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 5º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Conforme entendimento desta Corte Superior de Justiça, em razão da vedação constitucional ao anonimato, as informações de autoria desconhecida não podem servir, por si sós, para embasar a interceptação telefônica, a instauração de inquérito policial ou a deflagração de processo criminal. Admite-se apenas que tais notícias levem à realização de investigações preliminares pelos órgãos competentes. 2. Hipótese em que a notícia anônima foi o único dado que serviu para embasar a interceptação telefônica do paciente. O teor das conversas obtidas em dois dias de quebra de sigilo resultou na prisão cautelar do paciente, na denúncia e na condenação por crime outro que não o objeto inicial da investigação. 3. A mera juntada aos autos dos dados pessoais do paciente, notadamente os constantes no banco de dados do Departamento Nacional de Trânsito, não satisfaz a exigência de investigação preliminar para fins de quebra do sigilo telefônico baseada em informação anônima. 4. A interceptação telefônica

fundada exclusivamente em denúncia anônima é absolutamente nula, em razão da vedação constitucional ao anonimato, consubstanciada no art. 5º, IV, da Carta Magna. 5. Ordem concedida para declarar nula a prova resultante da interceptação telefônica, com a consequente anulação da sentença condenatória. Afastada a prova ilícita, deve o magistrado singular proferir nova sentença, garantindo-se ao paciente o direito de aguardar em liberdade, se por outro motivo não estiver preso. (HC 94546 / RJ; HABEAS CORPUS; 2007/0269508-8 ; Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131); Órgão Julgador; T6 - SEXTA TURMA; Data do Julgamento; 18/11/2010; Data da Publicação/Fonte; DJe 07/02/2011)

Nesse contexto, pode-se afirmar que a interceptação telefônica deve ser considerada exceção, ou seja, uma prova subsidiária, não podendo ser a primeira prova da investigação. Dessa forma, se a obtenção da prova ocorrer durante o inquérito policial, deve inicialmente haver investigações preliminares demonstrando a real necessidade da medida cautelar, ou seja, a polícia deve ter realizado diligências a fim de apurar a prática da infração penal, não tendo obtido êxito e não houver outro meio de investigação para a apuração do crime, deve o magistrado ordenar a interceptação das linhas telefônicas.

O inciso II do mesmo artigo diz que se a prova puder ser produzida por outros meios, não será admitida a interceptação telefônica. Tal fato se justifica, uma vez que o Estado, através de suas autoridades públicas, durante o procedimento de interceptação telefônica, invade a intimidade alheia, não somente do investigado, mas de outras pessoas que mantêm contato com o mesmo, motivo pelo qual somente deverá ocorrer em último caso, quando os demais meios de investigação não foram suficientes para apurar o crime em questão.

Atualmente, muitas das vezes ao analisar o Inquérito Policial que teve como meio de investigação a interceptação telefônica, vislumbra-se que esta é a primeira e em alguns casos a única prova produzida nos autos. Fato também curioso é que na maioria das vezes na representação da autoridade policial pela quebra do sigilo telefônico, não é informado se foram utilizados outros meios de investigação e não há comunicação de serviço de agentes policiais incumbidos na apuração do ilícito alegando que não obtiveram êxito durante a investigação, o que demonstra por si só que a interceptação telefônica tem sido a primeira prova dos autos, não havendo sequer investigação preliminar, sendo utilizada como regra e não como exceção.

Sobre a questão acima levantada, nesse sentido foi o julgamento do HC 128087 – SP pelo Superior Tribunal de Justiça:

O Poder Constituinte Originário resguardou o sigilo das comunicações telefônicas, erigindo-se à categoria de garantia individual, prevista no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, admitindo, de forma excepcional, a sua flexibilidade, nos termos da lei 99.296/96, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. 2. Além da necessidade do ilícito em apuração ser apenado com reclusão, o legislador ordinário estabeleceu ainda como critérios para a utilização da interceptação telefônica, a contrário sensu, a existência de indícios acerca da autoria ou participação na infração penal, em como a demonstração de inviabilidade de produção da prova por outros meios. (HC 128087 – SP, 5ª T., rel. Jorge Mussi, 27.10.2009, v.u)

Ainda, segundo o art. 2º, III da Lei n. 9.296/96, não poderá ser realizada a interceptação telefônica se o crime objeto de investigação for punido no máximo com pena de detenção. Isso significa que somente nos crimes punidos com pena de reclusão é possível a investigação através da interceptação telefônica.

No entanto, o legislador equivocou-se novamente ao fazer tal previsão, uma vez que por tratar-se de direito fundamental e sendo a interceptação telefônica uma exceção, somente devendo ser utilizada em último caso e, ainda, havendo hoje vários crimes punidos com reclusão, não se justifica a medida extrema em todos eles, uma vez que quando o réu é primário em alguns delitos como furto, apropriação indébita, estelionato, dentre outros, em caso de eventual condenação criminal, não ficará preso sequer por um dia, pois poderá ter sua pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos e, dessa forma a medida cautelar torna-se excessiva.

A solução para a presente questão seria o legislador instituir um rol de crimes onde poderá haver investigação através da interceptação telefônica, é o que ocorre, por exemplo, na lei de prisão temporária, onde esta somente poderá ser decretada naqueles crimes ali previstos.

O parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.296/96 versa que em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto de investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Assim, a autoridade policial ao representar pela interceptação telefônica deverá indicar ao Juiz competente para apreciar o pedido, a situação que está sendo objeto de investigação, mostrando quem são os investigados, ressalvado o caso onde não seja possível identificá-los, devendo a autoridade policial justificar tal situação. Tais exigências existem para se evitar que pessoas que nada tem com a investigação, venham a ter o seu direito à intimidade violado.

O art. 4º da Lei n. 9296/96 determina a demonstração da necessidade de realização da prova por meio da interceptação telefônica: “Art. 4º. O pedido de interceptação de

comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.”

Como já citado acima o art. 2º, II estabelece que a interceptação telefônica somente será realizada se não houver outros meios de provas e o art. 4º estabelece a necessidade da demonstração de que a prova é imprescindível à investigação.

A demonstração dessa necessidade poderia ocorrer de qualquer forma, como já dito anteriormente com a juntada de comunicações de serviços da inspetoria de agentes relatando que apesar de inúmeras diligências não foi possível solucionar a questão. O magistrado deverá também indicar a forma de realização da diligência, ou seja, se for a concessionária de serviço público, deverá determinar a identificação das pessoas envolvidas para que seja resguardado o devido sigilo e em caso de violação a responsabilização da pessoa responsável por sua quebra.

Todavia, vale mencionar que essa demonstração de necessidade em alguns casos não tem ocorrido e os magistrados, na maioria das vezes, vem determinando a interceptação de linhas telefônicas como regra e não como exceção prevista pelo legislador, o que se torna perigoso no Estado Democrático de Direito, pois as autoridades públicas investidas no poder-dever de investigar deixam de observar os parâmetros traçados pela norma, o que não poderia ocorrer, vez que estão todos submetidos ao império da lei.

O § 1º do art. 4º possibilita que o pedido para interceptação das linhas telefônicas seja formulado verbalmente, porém determina que o magistrado ao conceder a interceptação deverá condicionar a sua redução a termo, decisão esta que deverá ser devidamente fundamentada (art. 93, IX da CF/88 e art. 5º da Lei n. 9296/96).

Assim, se a medida mostra-se urgente, poderá a autoridade policial requerê-la verbalmente, mas a decisão que autoriza a prova deve ser reduzida a termo com sua devida fundamentação, valendo mencionar que o Magistrado terá o prazo de vinte e quatro horas para decidir sobre o pedido de interceptação das linhas, conforme preceitua o art. 4º § 2º da lei.

2.2.3 Requisitos da Decisão Judicial que Determina a Interceptação Telefônica de acordo com a Lei n. 9296/96

A Lei n. 9296/96 inseriu em seu texto a necessidade de fundamentação da decisão que autorizar a medida cautelar, tendo inclusive disposto que o prazo para a interceptação é de 15 dias, renovável por igual período.

O art. 5º da Lei n. 9296/96 dispõe o seguinte:

A decisão judicial será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais, em nosso ordenamento jurídico, consta desde o regulamento 737 de 25/11/1850, é o que depreende-se do art. 232 do referido regulamento:

Art. 232 – A sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda.

O princípio da motivação das decisões judiciais foi elevado ao nível de garantia constitucional, quando passou a ser previsto expressamente no art. 93, IX da CR/88, senão vejamos:

Art. 93 [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente estes.

A Constituição Federal prevê como garantia a motivação das decisões judiciais e essa necessidade se justifica diante do Estado Democrático de Direito, onde o Estado através de seus órgãos e agentes públicos estão subordinados ao ordenamento jurídico vigente.

A fundamentação dos atos decisórios garante a imparcialidade do magistrado, que deverá demonstrar quais foram os elementos de convicção que o levaram a decidir daquela forma.

O princípio do livre convencimento motivado do juiz ou da persuasão racional advém do princípio do *due process of Law*. O juiz ao analisar detidamente as provas existentes nos autos e de acordo com o princípio da legalidade, deverá motivar suas decisões.

Essa motivação não é necessária somente para fins recursais e análise pelo Desembargador sobre os motivos que ensejaram tal decisão, hoje em seu aspecto político visa também a garantia da sociedade, a qual terá garantida a imparcialidade e a legalidade das decisões judiciais.

Dessa forma, o princípio do livre convencimento motivado, mostra que o magistrado está livre para apreciar a prova produzida, mas deverá fundamentar sua decisão nos elementos

de provas colhidos durante o processo, ou seja, encontra-se vinculado às provas produzidas durante a instrução processual.

O art. 93, IX da Constituição Federal de 1988 não estabelece somente o dever de fundamentação dos atos decisórios, mas impõe sanção pelo seu descumprimento, versando que a decisão que não for fundamentada será considerada nula.

De acordo com o objeto do presente estudo, mister ressaltar que na decisão do magistrado que autoriza a interceptação telefônica, deverá restar demonstrados quais os motivos que ensejaram tal autorização.

O art. 5º da Lei n. 9296/96 por sua vez, apenas copiou o que já se encontrava inserido no art. 93, IX da CF/88, sendo sua previsão desnecessária e segundo lições de Nucci (2008, p. 351):

Leis editadas após a Constituição de 1988, como é o caso da lei 9.296/96, parecem ignorar esse preceito, fazendo inserir no seu texto que a decisão será fundamentada. É o maior e preocupante sinal de que a Carta Magna é menos observada do que a lei ordinária por muitos operadores do Direito.

O mesmo art. 5º da lei em comento, além de prever a necessidade de fundamentação dos atos decisórios, trouxe também o prazo de interceptação telefônica de 15 (quinze) dias prorrogável por igual período. No entanto, a referida prorrogação vem sendo objeto de vários recursos e decisões perante os Tribunais, uns entendendo que poderá haver quantas prorrogações quantas forem necessárias e outros entendendo que a lei é taxativa e que versa sobre a prorrogação por uma única vez.

Ressalte-se também que a decisão que autorizar a prorrogação do prazo de interceptação telefônica, como qualquer outra decisão judicial, deve ser devidamente fundamentada, sendo que a motivação não deve trazer apenas os elementos expostos na decisão que autorizou a medida cautelar, mas deve expor os elementos que demonstre a necessidade de continuidade da colheita da prova.

Em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, no caso *sundown* onde a interceptação telefônica perdurou por quase dois anos, a prova foi considerada ilícita por infringir o disposto no art. 5º da Lei n. 9296/96, é o que se verifica da decisão abaixo transcrita:

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. (HC 76686 / PR - HABEAS CORPUS 2007/0026405-6; Relator(a): Ministro NILSON NAVES; T6 - SEXTA TURMA; Data do Julgamento 09/09/2008; Data da Publicação/Fonte: DJE 10/11/2008)

Não se pode esquecer que a interceptação telefônica é uma limitação ao direito à intimidade do cidadão e foi justamente o que levantou o Superior Tribunal de Justiça, ou seja, o Ministro Relator Nilson Naves, dispôs que a lei prevê apenas um prazo de 30 (trinta) dias para a colheita da prova, ou seja, 15 (quinze) dias prorrogável por mais 15 (quinze). Ainda, segundo o relator, mesmo que fosse admitido prazo superior a este, deve-se analisar a razoabilidade e a necessidade de prorrogações sucessivas, o que não ocorreu no caso em apreço, motivo pelo qual levou a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça a declarar a nulidade da interceptação telefônica.

Apesar da referida decisão, esse não tem sido o entendimento majoritário dos Tribunais, pois a maioria entende que as prorrogações podem existir quantas quanto forem necessárias.

Insta ressaltar que como dito anteriormente, a norma que autorizou a interceptação telefônica é limitadora de direito fundamental e, por esse motivo o legislador constituinte exigiu uma legislação complementar que regulamentasse o procedimento para a interceptação das linhas telefônicas, o que somente ocorreu com o advento da Lei n. 9296/96 e essa legislação que traçou os parâmetros para a interceptação telefônica deve ser observada, sob

pena de invalidade da prova. Todavia, os Tribunais para admitirem a interceptação telefônica além do prazo fixado na lei tem suscitado os princípios da proporcionalidade e razoabilidade sob alegação de que a interceptação telefônica poderá ser prorrogada quantas vezes forem necessárias e não somente uma vez como determina a Lei n. 9296/96, é o que se observa do recente acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINARES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NULIDADE DA SENTENÇA. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES. REJEIÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. VÍNCULO COM A DROGA NÃO DEMONSTRADO. ASSOCIAÇÃO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DEMONSTRADAS. SÚPLICA ABSOLUTÓRIA NÃO ACOLHIDA. REDUÇÃO DE PENA. DESCABIMENTO. - Não há que se falar em inépcia da denúncia, tampouco em cerceamento de defesa, quando o Órgão Acusatório descreve suficientemente os fatos, com a indicação da data, o local, o modo de execução do crime e a sua capitulação jurídica, não se exigindo, a depender da natureza do crime e, em especial, quando se trata de crime praticado em concurso de pessoas, a descrição minuciosa de todos os atos que teriam sido efetivamente praticados pelos acusados. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. - Não cabe falar em carência de fundamentação quando o Magistrado expõe todos os elementos que o levaram a prolatar o édito condenatório, bem como justifica as reprimendas impostas. - Conforme entendimento jurisprudencial e artigo 14, da Resolução nº 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça, as interceptações telefônicas, desde que autorizadas fundamentadamente, podem ser prorrogadas quantas vezes forem necessárias para a colheita de provas, não se exigindo a realização de perícia para identificação de vozes. - Atendidos todos os requisitos da Lei nº 9.269/98, as interceptações telefônicas são consideradas provas válidas, capazes, sim, de subsidiar o édito condenatório. - Comprovado, pela farta prova testemunhal e pelo conteúdo das interceptações telefônicas, que todos os apelantes estavam vinculados, de forma duradoura e estável, possuindo cada qual uma tarefa específica na consecução do narcotráfico, deve ser mantida a condenação pela prática do delito tipificado no artigo 35 da Lei de Drogas. - Não comprovado o vínculo de alguns dos acusados com as drogas apreendidas em poder dos codenunciados, impossível condená-los pela prática do delito de tráfico de entorpecentes. (Número do processo: 1.0518.08.158605-0/001(1) Numeração Única: 1586050-38.2008.8.13.0518; Relator: Des.(a) RENATO MARTINS JACOB; Data do Julgamento: 17/02/2011; Data da Publicação: 04/03/2011)

Outro fato de extrema relevância e que também necessita ser ressaltado, mais uma vez é que as interceptações telefônicas realizadas após a Constituição da República de 1988 e antes da vigência da Lei n. 9296/96, todas elas baseadas no Código de Telecomunicações, foram consideradas nulas por não existir norma que regulamentasse o procedimento para a interceptação das referidas linhas e nessa mesma linha de raciocínio, diante da existência da lei e de sua inobservância a sanção deve ser a mesma, ou seja, a nulidade da prova e a sua inadmissibilidade como prova nos autos do processo, de acordo com o que estabelece o art. 5º, LVI da Constituição Federal.

No entanto, vale mencionar que a lei não prevê como conduta delituosa a realização de interceptação telefônica fora dos parâmetros legais, mas tão somente a realização de interceptação telefônica sem autorização judicial, é o que preceitua o art. 10 da Lei n. 9.296/96:

Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Sem dúvida alguma, se houvesse dispositivo legal incriminando a conduta de agentes que realizam interceptação telefônica em desacordo com a legislação em vigor, as investigações seriam mais criteriosas e em conformidade com a lei. Dessa forma, no presente caso, a solução mais plausível para evitar abusos e inobservância da norma é que a Lei n. 9.296/96 passe a prever novo tipo penal, com a incriminação da conduta do agente que realizar interceptação telefônica em desacordo com os procedimentos traçados pela lei.

2.2.4 Competência para a Realização da Interceptação Telefônica e a Fiscalização do Ministério Público segundo a Lei n. 9296/96

A legislação prevê que a autoridade policial deverá conduzir os procedimentos de interceptação sempre com ciência do Ministério Público, sendo que em casos onde houver gravações, esta será transcrita e ao término da diligência o delegado de polícia encaminhará ao Juiz um resumo das operações, conforme dispõe o art. 6º da Lei n. 9.296/96:

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

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

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

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

No que concerne à ciência do Ministério Público relativo aos procedimentos de interceptação telefônica realizada pela autoridade policial, esta se torna necessária, vez que o Representante do Ministério Público tem constitucionalmente fixada sua competência para

zelar pelos direitos fundamentais assegurados na constituição e como já dito a interceptação telefônica é restrição a direito fundamental. Sobre as funções do Ministério Público, dispõe o art. 129, II da CF/88, senão vejamos:

Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II – Zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

A lei orgânica do Ministério Público, 8625/93, em seu art. 1º, estabelece que:

Art. 1º O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Quanto à competência para a realização da interceptação das linhas telefônicas, a Lei n. 9296/96 mencionou que a autoridade policial é quem deverá conduzir os procedimentos. Dessa forma, torna-se necessário verificar a competência constitucional das polícias para averiguar quem seria a autoridade policial mencionada na Lei n. 9296/96. O art. 144 § 4º da CR/88 que trata da competência das Polícias Civis, assim dispõe:

Art. 144.

[...]

§ 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.

Assim, outra grande discussão em torno da Lei n. 9296/96, é a questão de quem seria a autoridade policial de que trata a referida norma para se fixar a competência para presidir os procedimentos de interceptação telefônica.

As discussões quanto à legitimidade para a realização da interceptação telefônica ocorrem quando esta é realizada pela polícia militar, ou seja, se a referida instituição seria parte legítima para investigar ou não. A Lei n. 9296/96 menciona apenas que a interceptação telefônica será conduzida pela autoridade policial e a questão se funda em analisar quem seriam as autoridades policiais mencionadas na referida norma.

Dessa forma, necessário salientar a competência constitucional da Polícia Militar, de acordo com o que estabelece o art. 144 § 5º da CR/88:

Art. 144

[...]

§ 5º Às policiais militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividade de defesa civil.

Em análise à Lei n. 9296/96, verifica-se que a interceptação telefônica é permitida em investigação criminal ou instrução processual penal. Essa investigação criminal, que ocorre através do Inquérito Policial, é de competência da polícia judiciária, por previsão constitucional (art. 144 § 4º da Constituição Federal de 1988), a qual será presidida pela autoridade policial, que no presente caso é o Delegado de Polícia.

O Código de Processo Penal, em seu art. 4º dispõe sobre a polícia judiciária e define o que seria autoridade policial, senão vejamos: “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”

Nesse ínterim, o art. 3º da Lei n. 9296/96 versa sobre a legitimidade para requerer a interceptação das linhas telefônicas, sendo que a autoridade policial poderá requerê-la durante a investigação criminal.

Assim, para se compreender a competência para requerer a interceptação das linhas telefônicas, bem como para acompanhar as diligências, necessária se faz uma análise conjunta dos arts. 144 § 4º da CF/88 c/c art. 4º “caput” do Código de Processo Penal c/c art. 3º da Lei n. 9.296/96, concluindo portanto que, o único legitimado é a polícia judiciária, através de suas autoridades, que são os Delegados de Polícia, ressalvando-se a competência da Polícia Federal, nos crimes que são de sua atribuição.

Dessa forma, a realização de interceptação telefônica pela Polícia Militar, a qual conforme dito anteriormente, não possui competência legal, fere os princípios da legalidade, do devido processo legal e do Estado de Direito, além de configurar o ilícito penal consistente na usurpação de função pública, prevista no art. 328 do Código Penal.

Apesar do entendimento ora exposto, existem aqueles que entendem que as Polícias Militares e Cíveis são legitimadas para investigarem, alegando ainda que o Ministério Público também é parte legítima para tanto. Nessa linha de entendimento temos Santin (2007, p. 249):

Portanto, o Ministério Público tem o direito de efetuar investigações criminais autônomas, seja por ampliação da privatividade da ação penal, pelo princípio da universalização das investigações ou do acesso à Justiça ou do direito humano da pessoa ser cientificada e julgada em tempo razoável (arts. 7º. e 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Pacto de San José), ou até por força do princípio do poder implícito, tudo em consonância com o ordenamento constitucional, O Estado Democrático de Direito, os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Ainda, de acordo com o art. 6º da Lei n. 9296/96, necessário salientar que findo o procedimento deverá a autoridade policial encaminhar o resultado ao Magistrado com o resumo das operações.

No entanto, não se pode confundir resumo das operações, com degravação das conversas, eis que são completamente distintos. O resumo das operações muitas vezes trás apenas parte de diálogos interceptados, mas não são considerados degravações, vez que estas devem ocorrer *ipisi literis*.

Assim, além do resumo das operações que ocorrerá através de um auto circunstanciado, necessário se faz a degravação das conversas que foram objeto de gravação. Essa degravação, apesar da lei não fazer referência ao procedimento, deve ser realizada através de perícia com laudo subscrito por perito, nos termos do art. 159 e seguintes do Código de Processo Penal.

2.2.5 O Crime Previsto no art. 10 da Lei n. 9296/96 e a Prestadora de Serviços de Telecomunicações diante da Referida Lei.

A Lei n. 9296/96 criou um novo tipo penal, consistente na interceptação de linha telefônica sem autorização judicial, bem como no ato de violar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Sabe-se que o Direito Penal é seletivo, ou seja, escolhe entre as condutas aquelas que devem ser objeto de incriminação. No presente caso, mostrou-se o legislador muito condizente em incluir tal conduta entre os tipos penais. Todavia, poderia o legislador ter ido mais além ao tipificar a conduta criminosa e, por tratar-se a interceptação telefônica de restrição a direito fundamental, ter incriminado no mesmo tipo penal a conduta do agente que realizar interceptação telefônica fora dos parâmetros traçados pelo legislador, pois assim muitos abusos ocorridos durante a investigação, como a inobservância da lei, poderiam ser evitados.

Vale ressaltar que a pena prevista para a interceptação telefônica sem autorização e a quebra do segredo de justiça sem autorização ou com objetivos não autorizados em lei é de reclusão de dois a quatro anos e multa, porém a conduta do agente público que realizar interceptação fora dos parâmetros traçados pela Lei n. 9296/96 não é incriminada penalmente.

Vale mencionar ainda que a Lei n. 9296/96 faz menção à prestadora de serviços de telecomunicações, apenas em seu art. 7º dizendo que a autoridade policial poderia requisitar serviços técnicos especializados às concessionárias de serviços públicos para realização dos procedimentos de interceptação telefônica.

Dessa forma, se for necessário o serviço da operadora de telefonia para a realização dos procedimentos de interceptação telefônica, o juiz poderá requisitar os serviços dessa operadora, que passará a atuar em conjunto com a Polícia Judiciária, porém deve-se entender que a competência da operadora de telefonia restringe-se tão somente ao redirecionamento ERB'S e envio do extrato bilhetagem.

2.2.6 Resolução 59 do CNJ

A lei de interceptação telefônica vigorou por doze anos até que fosse editada resolução 59 do CNJ que tratou de estabelecer a forma para a autorização da interceptação telefônica, buscando uniformizar os procedimentos durante o requerimento pela produção da prova até a expedição de ofícios às operadoras de telefonia para a interceptação das linhas telefônicas autorizadas.

Além da uniformização dos procedimentos, a referida resolução buscou resguardar o sigilo das investigações, sendo necessária a informação de todas as pessoas que tomaram conhecimento da medida ou que participaram da investigação e do procedimento de interceptação.

O art. 2º da resolução determina que o pedido de interceptação telefônica realizado durante a investigação criminal ou instrução processual penal deverá ser distribuído em envelope lacrado contendo a documentação necessária à instrução do pedido, sendo que fora do envelope deverá constar apenas a referência quanto à medida cautelar sigilosa. No entanto, deve-se constar também a Delegacia de onde originou o pedido ou o órgão do Ministério Público, caso tenha se originado da Promotoria, devendo constar ainda a comarca de origem, é o que determina o art. 3º, sendo que por força do art. 4º não poderá haver qualquer outra anotação.

O art. 5º da resolução 59 determina que juntamente com o envelope onde consta o pedido será anexado outro envelope menor, contendo o número e ano do procedimento investigatório ou do inquérito policial.

Necessário salientar que o distribuidor não poderá receber envelope que não esteja devidamente lacrado conforme determina o art. 6º, sendo que ao recebê-lo deverá abrir apenas o pequeno e cadastrando o número do procedimento investigatório, a Delegacia de Polícia ou o órgão do Ministério Público de origem.

A autenticação da distribuição será na folha de rosto do envelope que contém o pedido, sendo este, após devidamente distribuído, remetido ao juízo competente, sem rompimento do lacre.

Recebido o envelope, somente o escrivão autorizado pelo juízo poderá abri-lo e fazer conclusão ao juiz para apreciação do pedido. Na decisão judicial deverá o magistrado fazer constar o nome da autoridade requerente, o número dos telefones que serão objeto de interceptação, o prazo de interceptação e nome dos titulares das linhas que serão objeto de investigação, devendo também constar expressa vedação a interceptação de outras linhas telefônicas, que não as referidas na autorização, os nomes das autoridades policiais responsáveis pela investigação e que tomarão conhecimento da referida investigação, bem como o nome dos serventuários do cartório que tomarem conhecimento da medida. No caso do pedido ter sido formulado verbalmente, o serventuário deve reduzir a termo os pressupostos expostos pela autoridade policial.

Autorizada a interceptação da linha o procedimento para encaminhamento à operadora, segundo dispõe o art. 11 da referida resolução consiste em ofício expedido pela Comarca pelo sistema de informática ou padronizados de acordo com recomendações da Corregedoria, devendo constar dentre outros requisitos os números dos telefones objeto de interceptação, bem como expressa vedação de interceptação de outros telefones do que os que constam da autorização judicial e a advertência sobre o crime previsto no art. 10 da Lei n. 9296/96.

Insta salientar que a operadora de telefonia ao receber o ofício deverá confirmar com o juízo que a autorizou os números de telefones que foram autorizadas as interceptações telefônicas e a data em que iniciou a diligência para controle do período de interceptação.

A operadora deverá indicar os nomes dos funcionários que tiveram conhecimento da medida e as pessoas responsáveis pela operacionalização da interceptação.

As medidas requeridas durante o plantão judiciário deverão ser distribuídas, conforme determina o art. 13 da resolução 59 do CNJ, sendo que a prorrogação não será

permitida durante o plantão judiciário, com exceção quando houver risco à integridade ou à vida de outras pessoas.

Vale mencionar ainda, que no pedido de prorrogação a autoridade policial deverá apresentar os CD'S com as gravações obtidas e as transcrições das principais conversas e relatório circunstanciado das investigações com seu resultado, sendo que tais documentos deverão ser entregues pessoalmente pelo Delegado ao Magistrado ou por pessoa por ele autorizada.

Ainda, de acordo com o art. 15 da resolução, sendo necessário o transporte dos autos de investigação para fora do Poder Judiciário, estes deverão ser colocados em envelopes duplos, sendo que o envelope externo não poderá constar nenhuma indicação do caráter sigiloso, porém no envelope interno constarão o nome do destinatário e a indicação de sigilo, para serem identificados assim que removido o envelope externo.

O envelope interno será devidamente lacrado e no mesmo constará recibo, onde indicará o remetente, destinatário e número ou outro indicativo do documento. O referido artigo ainda prevê que o transporte dos autos sigilosos será feito por agente público.

Ainda, conforme estabelece o art. 16 da resolução, este determina que na movimentação de autos sigilosos, o Poder Judiciário deverá tomar as cautelas necessárias para preservação do sigilo, sendo que na violação deste o magistrado responsável pela determinação da medida cautelar deverá determinar a apuração dos fatos.

O Juiz e o servidor não poderão fornecer informações a qualquer pessoa, nem mesmo a órgão de comunicação, sob pena de responder pelo delito previsto no art. 10 da Lei n. 9296/96.

O Magistrado deverá informar mensalmente ao Tribunal, o número de interceptações em andamento, bem como a quantidade de ofícios expedidos às operadoras de telefonia, sendo que as Corregedorias deverão informar aos Tribunais sobre os referidos dados, até o dia 10 do mês subsequente.

A resolução em seu art. 20 versa que o CNJ juntamente com a ANATEL desenvolverão procedimentos informatizados para assegurar o sigilo das operações no âmbito do Judiciário e das operadoras.

2.3 A Intercepção Telefônica segundo o PLS 156/09

Necessário ressaltar que o PLS 156/09 se aprovado como consta atualmente, trará mudanças significativas no procedimento de intercepção telefônica, principalmente no que concerne ao objeto do presente estudo, ou seja, nas ilegalidades cometidas durante a intercepção telefônica e a utilização da prova nos autos do processo.

De acordo com o PLS 156/09, mais especificamente o seu art. 263 veda a utilização da prova colhida em detrimento ao procedimento traçado na lei, mostrando seu caráter garantista, característica do direito brasileiro. Assim, a inobservância dos procedimentos traçados para a intercepção telefônica inviabilizará a utilização da prova no processo é o que verificamos do dispositivo legal em apreço:

Art. 263. As informações obtidas por meio da intercepção de comunicações telefônicas realizada sem a observância dos procedimentos definidos no presente Capítulo não poderão ser utilizadas em nenhuma investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza.

Todavia, se analisarmos o art. 1º da Lei n. 9296/96, implicitamente está previsto o disposto no art. 263 do PLS 156/09, porém a doutrina e a jurisprudência suscitavam o princípio da proporcionalidade para validar a prova colhida em desrespeito aos procedimentos legais, porém se aprovado o projeto tal como fora elaborado, a intercepção telefônica que fora colhida fora dos parâmetros legais não poderá ser admitida no processo. Mais uma vez tal fato é preocupante, pois na interpretação do art. 1º da Lei n. 9296/96 deveria a prova colhida em detrimento dos procedimentos legais ser inadmitida no processo por força do art. 5º, LVI da Constituição Federal, sendo este mais um claro sinal da inobservância das normas Constitucionais por aqueles que deveriam prezar pelo seu cumprimento.

2.3.1 Segredo de Justiça, competência do Juízo e legitimidade para requerer a intercepção das linhas telefônicas

O PLS 156/09 para alteração do Código de Processo Penal e inclusão da intercepção telefônica como prova típica, em seu 246 § 1º, trouxe o conceito do que seria intercepção telefônica:

Art. 246. O sigilo das comunicações telefônicas compreende o conteúdo de conversas, sons, dados e quaisquer outras informações transmitidas ou recebidas no curso das ligações telefônicas.

§ 1º Considera-se interceptação das comunicações telefônicas a escuta, gravação, transcrição, decodificação ou qualquer outro procedimento que permita a obtenção das informações e dados de que trata o *caput* deste artigo.

Assim, a interceptação telefônica para fins do projeto em questão engloba também a escuta, ou seja, quando um terceiro grava uma conversa telefônica com o conhecimento de apenas um interlocutor e a gravação clandestina, quando uma pessoa grava uma conversa telefônica com terceiro, casos estes não previstos na Lei n. 9296/96.

A decodificação ou qualquer procedimento para obtenção de informações e dados que sejam transmitidos ou recebidos pelo telefone também pelo projeto do novo Código de Processo Penal é considerado como interceptação.

Vale mencionar ainda como ficará a questão do sigilo de justiça e competência do Juízo no PLS 156/09 para alteração do código de processo penal e, de acordo com o projeto em comento, o procedimento para a interceptação telefônica continua sigiloso, é o que preceitua o art. 246: “O sigilo das comunicações telefônicas compreende o conteúdo de conversas, sons, dados e quaisquer outras informações transmitidas ou recebidas no curso das ligações telefônicas”.

A inovação trazida pelo novo código de processo penal consiste na materialização da súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal que dispõe “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

A referida súmula foi acolhida no projeto através do art. 11, o qual preceitua o seguinte:

Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.

Parágrafo único. O acesso a que faz referência o “caput” deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.

Houve grande preocupação com relação à garantia do sigilo, valendo ressaltar que foi fixado prazo para inutilização das gravações que não interessarem ao processo, que será de 60 dias, conforme dispõe o art. 256 do PLS 156/09:

Art. 256 Findas as operações técnicas, a autoridade encaminhará, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, ao juiz competente, todo o material produzido, acompanhado de auto circunstanciado, que detalhará todas as operações realizadas.

Necessário salientar ainda, que os CD's com as gravações das conversas telefônicas deverão ser mantidas em cartório até o trânsito em julgado da sentença, ocasião na qual deverão ser inutilizadas pelo juiz, conforme estabelece o art. 259 do PLS 156/09. Tal determinação legal se dá em consagração ao direito à intimidade, previsto no art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988.

A inutilização é medida que se impõe, pois não seria razoável que a prova obtida em restrição a direito fundamental permanecesse arquivada com o processo, vez que a finalidade já fora alcançada e com o trânsito em julgado da sentença, não mais existirá discussões sobre o referido documento.

Com relação a competência para apreciar o pedido de interceptação telefônica a que se refere o art. 249 do PLS 156/09, necessário ressaltar que durante a investigação criminal, ainda na fase de inquérito policial a autoridade competente para apreciar o pedido será do Juízo de Garantias, inovação trazida pelo referido projeto, uma vez que trata-se de medida cautelar e o art. 14, V, assim dispõe:

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

[...]

V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

Assim sendo, se o projeto do novo Código de Processo Penal for aprovado tal como se apresenta hoje, a competência para determinação da interceptação telefônica em fase investigatória será do Juízo de Garantias, que consiste num Juízo com finalidade de prezar pela legalidade durante a investigação criminal, bem como para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

O Juízo de Garantias terá sua atuação durante o processo de investigação criminal, ou seja, será esse juízo que deverá decidir sobre a decretação de prisão preventiva dos investigados, devendo ainda analisar as representações das autoridades policiais para a interceptação de linhas telefônicas, Mandados de Busca e Apreensão, dentre outros procedimentos durante o inquérito policial.

A necessidade do Juízo de Garantias justifica-se para ter resguardada a imparcialidade do Magistrado, pois na maioria das vezes durante a investigação criminal, o Magistrado tem contato direto com a investigação, através das autoridades policiais que frequentam os gabinetes com pedidos de medidas cautelares, como prisão preventiva e interceptação de linhas telefônicas.

Assim, o juiz toma conhecimento da prova colhida unilateralmente, pois é fase onde inexistente o contraditório e ampla defesa, já formando previamente um juízo de valor, ocasião esta na qual o investigado ainda não produziu qualquer prova em seu favor, o que dificulta os pedidos de Revogação de Prisão Preventiva, uma vez que o magistrado está maculado pela prova que fora colhida unilateralmente e que ainda não passou sobre o crivo do contraditório, o que ocorrerá tão somente na fase instrutória.

Dessa forma, o perigo está quando o Magistrado que julgará a causa envolve-se totalmente com a investigação criminal, através da apreciação de inúmeros pedidos interpostos pela autoridade policial, formando provisoriamente um juízo de valor. Essa é exatamente a razão da inclusão no Código de Processo Penal do Juízo de Garantias, o qual terá a atribuição de analisar os pedidos das autoridades policiais durante a investigação criminal, sendo que o magistrado que deverá julgar o processo será outro, que não aquele que teve contato direto com a investigação criminal, pautando por uma maior imparcialidade do magistrado que não estará contaminado pela prova colhida durante a investigação.

No que concerne à legitimidade ativa no PLS 156/09, o art. 249 estabelece o rol dos legitimados a requererem a interceptação de comunicações telefônicas, sendo que tanto o Ministério Público como o Delegado de Polícia poderão requerer a interceptação das linhas, porém caso seja a autoridade policial a pleitear, o Ministério Público deverá ser ouvido previamente sobre a concessão ou não da medida.

Quanto à possibilidade da determinação da prova “ex officio” pelo Magistrado, tal previsão não foi acolhida pelo novo projeto, com certeza pelo fato da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 4112), que declarou inconstitucional o dispositivo da Lei n. 9296/96 que previa a possibilidade da decretação da medida cautelar de ofício.

No entanto, a novidade com a legitimação ativa refere-se à possibilidade da defesa em requerer a interceptação das comunicações telefônicas, o que não era possível diante da Lei n. 9296/96.

Considerando que a defesa também poderá produzir provas no processo, não seria admissível vedar a referida prova à defesa do réu, pois o Código de Processo Penal ampara a

liberdade probatória e isso se dá devido à consagração dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o da não-culpabilidade.

2.3.2 Requisitos Legais para a Quebra do Sigilo Telefônico

De acordo com o PLS 156/09, mais precisamente seu art. 249 e seguintes do referido projeto, o requerimento para interceptação telefônica do investigado, feito ao Magistrado, regra geral, deverá ser por escrito, podendo ainda ser requerido pelo Ministério Público ou Defensor ou, ainda, pelo Delegado de Polícia.

No entanto, quando o pedido for realizado pelo Delegado de Polícia necessitará de prévia oitiva do Ministério Público, devendo a autoridade policial descrever quais os fatos que estão sendo investigados, além de demonstrar a existência de indícios de materialidade do crime objeto de investigação.

A autoridade policial deverá ainda qualificar o investigado, porém se não for possível deverá demonstrar a impossibilidade de fazê-lo.

Outro requisito para que o magistrado determine a interceptação das linhas telefônicas é a demonstração de que a prova é realmente necessária e que não poderia ser obtida por outros meios investigativos disponíveis.

No referido projeto tornou-se necessária a indicação da autoridade que será responsável pela execução e acompanhamento da colheita da prova, o que não se encontrava previsto na Lei n. 9296/96.

A representação da autoridade policial e o requerimento do Ministério Público e da defesa serão processados em segredo de justiça, autuado e distribuído em apartado aos autos do inquérito policial, sendo que o magistrado deverá decidir em 24 horas sobre a interceptação das linhas, decisão que deverá demonstrar a presença dos requisitos previstos no art. 249 do PLS 156/09.

A exceção quanto ao pedido poder ser formulado verbalmente se dá no único caso previsto no PLS 156/09, mais precisamente no art. 250 § 1º do referido projeto, onde dispõe que o pedido poderá ser formulado verbalmente se tiver em risco a vida de uma pessoa, podendo o magistrado dispensar, naquele momento, a presença de um ou mais requisitos do art. 249.

No entanto, superada a fase de risco, o pedido deverá ser reduzido a termo, para que o Magistrado possa reapreciá-lo.

Contudo, se o Magistrado indeferir o pedido de interceptação telefônica, caberá Agravo, conforme preceitua o art. 474, sendo que o Relator do recurso poderá conceder liminarmente a medida.

Considerando que o pedido e a representação pela interceptação telefônica correm em segredo de justiça, necessário salientar que o Agravo também deverá correr em segredo de justiça, pois se houver publicidade, caso seja autorizada a medida cautelar, a investigação ficará comprometida.

Vale também ressaltar que a quebra do sigilo das investigações configura ilícito penal previsto no art. 10 da Lei n. 9296/96, sendo que o tipo penal pune a conduta de quem quebrar segredo de justiça sem autorização judicial ou com objetivos não previstos em lei.

2.3.3 Requisitos da Decisão Judicial que Determina a Interceptação Telefônica e a Colheita da Prova em Desacordo com os Procedimentos Legais

O art. 250 do PLS 156/09 estabelece os procedimentos para autuação do requerimento ou da representação para interceptação das linhas telefônicas, o qual preceitua o seguinte:

Art. 250. O requerimento ou a representação será distribuído e autuado em separado, sob segredo de justiça, devendo o juiz competente, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, proferir decisão fundamentada, que atentar para o preenchimento, ou não, de cada um dos requisitos previstos no art. 249, indicando, se a interceptação foi autorizada, o prazo de duração da diligência.

Em análise ao artigo objeto de estudo, verifica-se a necessidade de sua autuação em separado e, tal fato se dá para preservar o sigilo das investigações. Tal artigo somente veio corroborar o que o CNJ, através da resolução 59 já havia estabelecido, também com o intuito de preservação do sigilo.

Vale mencionar ainda que o art. 250 do referido projeto também dispõe sobre a necessidade de motivação da decisão judicial que determinar a medida cautelar. Tal fato se dá em consagração ao princípio da persuasão racional do magistrado, também denominado de livre convencimento motivado. Insta salientar que o dispositivo em comento vai mais além do que prevê o art. 5º da Lei n. 9296/96 que determinava apenas a motivação da decisão judicial

que autorizar a interceptação telefônica, pois o novo projeto determina que a decisão deve ser fundamentada nos requisitos legais previstos no art. 249, sendo que todos devem estar presentes, ressalvada a exceção prevista no art. Art. 250 § 1º.

Na mesma decisão judicial, segundo o referido projeto, deverá vir determinado o prazo da diligência, o qual não poderá ultrapassar 60 dias, porém sendo possíveis prorrogações até o limite de 360 dias, desde que não seja crime permanente, pois se assim for, poderá perdurar enquanto não cessar a permanência.

Esta foi justamente uma das grandes inovações trazidas no PLS 156/09, que concerne ao prazo de interceptação das linhas telefônicas, é o que podemos observar do art. 252 do projeto, o qual dispõe o seguinte:

Art. 252. O prazo de duração da interceptação não poderá exceder a 60 (sessenta) dias, permitidas prorrogações por igual período, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da diligência, até o máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, salvo quando se tratar de crime permanente, enquanto não cessar a permanência.

§ 1º O prazo correrá de forma contínua e ininterrupta e será contado a partir da data do início da interceptação, devendo a prestadora responsável pelo serviço comunicar imediatamente esse fato ao juiz, por escrito.

§ 2º Para cada prorrogação será necessária nova decisão judicial fundamentada, observado o disposto no caput deste artigo.

O prazo para interceptação telefônica, segundo o projeto do novo código de processo penal, será de 60 dias, permitindo prorrogações por igual período, porém imprescindíveis novas decisões autorizando a continuidade da prova, a qual deverá demonstrar sua necessidade de acordo com os pressupostos legais.

Nota-se aqui a preocupação em colocar o termo “prorrogações” no plural, para não existir questionamento sobre quantas prorrogações seriam possíveis, como tem ocorrido em virtude da Lei n. 9296/96, estabelecendo o limite máximo de 360 dias para a colheita da prova, salvo em caso de crime permanente, onde não há limite, podendo ocorrer enquanto não cessar a permanência.

Vale salientar que o prazo de 60 dias será ininterrupto, porém caso seja necessária prorrogação, deverá haver nova decisão judicial expondo os motivos, através dos pressupostos legais, demonstrando a necessidade da continuidade da colheita da prova.

Apesar de não prever como conduta delituosa a colheita da prova em desacordo com os parâmetros legais, o PLS 156/09, em seu art. 263 preceitua a sanção de inutilidade da prova que for colhida em desrespeito aos procedimentos legais, vejamos:

Art. 263. As informações obtidas por meio da interceptação de comunicações telefônicas realizada sem a observância dos procedimentos definidos no presente Capítulo não poderão ser utilizadas em nenhuma investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza.

Em análise ao art. 1º da Lei n. 9296/96, pode-se verificar que implicitamente está previsto o disposto no art. 263 do PLS 156/09, porém a doutrina e a jurisprudência utilizavam-se do princípio da proporcionalidade para validar a prova colhida em desrespeito aos procedimentos legais. Todavia, se aprovado o projeto tal como fora elaborado, a interceptação telefônica que fora colhida fora dos parâmetros legais não poderá ser admitida no processo.

2.3.4 Competência para Realização da Interceptação Telefônica e a Fiscalização do Ministério Público

Com relação à colheita de prova, o art. 256 determina que no prazo de 60 dias a autoridade encaminhará ao juiz o material produzido, ocasião na qual deverá ser lavrado auto circunstanciado das operações realizadas.

O Magistrado, por sua vez, terá o prazo de 60 dias após o encaminhamento do auto circunstanciado para inutilizar o material que não interessar ao processo, porém deverão ser ouvidos o Ministério Público e a defesa.

Insta salientar que a inutilização do material deverá ser acompanhado pelo Ministério Público, sendo que a defesa, o acusado e a parte interessada a presença é facultativa. Contudo, depreende-se da análise do referido § 2º do art. 256, que a defesa, o acusado e a parte interessada devem ser intimados da referida inutilização, para que possam fazer jus do direito de acompanhar o procedimento.

Vale mencionar que o PLS 156/09 em seu art. 257 determina que o Magistrado deverá dar ciência ao Ministério Público, para que em 10 dias possa requerer diligências complementares que achar convenientes.

Todavia, caso o Representante Ministerial não requeira qualquer diligência complementar, ou requerendo, já tenha sido realizada, o Magistrado determinará a intimação do investigado para que se manifeste, fornecendo-lhe cópia do material produzido, especificando as partes que se referem à sua pessoa (art. 258 PLS 156/09).

Tal dispositivo vem consagrar os princípios do contraditório e da ampla defesa, inseridos no art. 5º, LV da CF/88.

Nessa fase não há mais que se falar em sigilo das investigações com relação ao investigado, pois a prova já fora produzida, não havendo qualquer risco de dificultar a sua produção.

No entanto, a prova continua em segredo de justiça, não sendo aplicável, neste momento ao acusado e seu defensor. As fitas magnéticas ou outros meios de registro das comunicações, como no caso as gravações, permanecerão em cartório até o Trânsito em Julgado da sentença, sendo após destruídas por determinação judicial, em consagração ao direito à intimidade dos envolvidos.

2.3.5 A Utilização de Conversa Interceptada entre o Acusado e seu Defensor

A Lei n. 9296/96 não abordou a questão da utilização da captação de conversa do acusado com seu defensor, se a prova poderia ou não ser utilizada nos autos do processo criminal. Já o PLS 156/09 trouxe expressamente essa questão e vedou a utilização da gravação da conversa entre o acusado e seu defensor, quando esta se refere ao exercício profissional da advocacia, como por exemplo, a orientação de cliente sobre seu interrogatório, não poderá ser utilizada como prova no processo, é o que preceitua o art. 248 do referido projeto:

Art. 248. Em nenhuma hipótese poderão ser utilizadas para fins de investigação ou instrução processual as informações resultantes de conversas telefônicas entre o investigado ou acusado e seu defensor, quando este estiver no exercício da atividade profissional.

Todavia, se a conversa entre o advogado e seu cliente não se refere ao exercício de sua atividade profissional, configurando ilícito penal pela prática de quaisquer dos crimes que podem ser investigados através da interceptação telefônica, deverá sim ser utilizada no processo criminal como prova, pois a lei não pode servir de salvaguarda para prática criminosa.

2.3.6 A Prestadora de Serviços de Telecomunicações e a Ciência a todas as Pessoas que tiveram suas Linhas Telefônicas Interceptadas

O PLS 156/09 foi além do que prevê a Lei n. 9296/96 e determinou certas condutas à prestadora de serviços de telecomunicações, sendo que deverá ser indicado o profissional que prestará serviço de colaboração, indicando também prazo para cumprimento da ordem judicial que é de 24 horas, além de fixar multa diária pelo não cumprimento do prazo estabelecido e sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

A prestadora de serviços ficou também obrigada a informar ao juízo a ocorrência de portabilidade ou alteração do código de acesso, suspensão ou cancelamento do serviço. O referido prazo para informar ao juízo será de 24 horas após a ciência do fato, também sob pena de multa diária, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, é o que dispõe o art. 254 e seus parágrafos:

Art. 254. A prestadora de serviços de telecomunicações deverá disponibilizar, gratuitamente, os recursos e meios tecnológicos necessários à interceptação, indicando ao juiz o nome do profissional que prestará tal colaboração.

§ 1º A ordem judicial deverá ser cumprida no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária até o efetivo cumprimento da diligência, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

§ 2º No caso de ocorrência de qualquer fato que possa colocar em risco a continuidade da interceptação, incluindo as solicitações do usuário quanto à portabilidade ou alteração do código de acesso, suspensão ou cancelamento do serviço e transferência da titularidade do contrato de prestação de serviço, a prestadora deve informar ao juiz no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas contado da ciência do fato, sob pena de multa diária, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

O projeto, em seu art. 255, também determina que o Ministério Público fiscalize a execução das operações técnicas para a interceptação telefônica.

Tais procedimentos visam resguardar o sigilo das investigações, sabendo quem são as pessoas envolvidas na operação, além de agilizar a investigação, devendo a operadora informar a portabilidade ou alteração do código de acesso.

A Lei n. 9296/96 não determinava que após os procedimentos de interceptação telefônica as pessoas interceptadas tivessem ciência das conversas telefônicas que foram objeto de interceptação.

Todavia, o PLS 156/09 trouxe essa grande inovação, sendo que em seu art. 260, determina que após finda a instrução processual, deverá ser dada ciência a todas as pessoas

que tiveram suas conversas telefônicas interceptadas, sejam ou não indiciadas ou denunciadas, com uma única exceção, onde nos casos em que houver perigo de prejuízo para as investigações que estejam em curso, não será necessária essa ciência. Todavia, entende-se que após o término da outra investigação em curso, a ciência às pessoas interceptadas será obrigatória, pois não poderá trazer qualquer prejuízo.

Essa inovação deve ser bem recepcionada pelo Código de Processo Penal, pois evitará ilegalidades como no caso de interceptação de linha telefônica que não interesse à elucidação do fato.

CAPÍTULO 3 – ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A VALIDADE DA PROVA DECORRENTE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O presente capítulo tem por escopo a análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como de alguns dos Tribunais dos Estados, concernentes à aceitação da interceptação telefônica quando da inobservância da lei ordinária e da Constituição de 1988, analisando inclusive a contradição entre esses julgamentos, o que tem gerado grande insegurança jurídica aos cidadãos.

Este capítulo tem também a finalidade de verificar se os preceitos constitucionais estão sendo rigorosamente observados pelos Tribunais em questão. Em cada julgado serão abordados os princípios constitucionais correlatos ao caso, bem como a legislação ordinária em questão.

A interceptação telefônica realizada fora dos parâmetros legais fere, dentre outros direitos e princípios constitucionais, o direito a intimidade, os princípios da legalidade, do Estado Democrático de Direito, devido processo legal, inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal e o princípio norteador de todos os atos do administrador que é a Dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, as autoridades públicas investidas no poder-dever de investigação e apuração de ilícitos penais estão obrigadas a seguirem as diretrizes traçadas pela norma, pois a ela estão submetidas, não sendo possível a investigação através de interceptação telefônica sem a estrita observância à Lei n. 9.296/96.

Ainda, como se não bastasse, a interceptação ilegal fere o princípio da dignidade da pessoa humana em seu aspecto subjetivo, pois afasta os direitos constitucionais conferidos ao cidadão, além de afrontar o princípio do devido processo legal.

Hodiernamente, considerando os princípios constitucionais traçados pela Magna Carta de 1988, surge uma problemática, ou seja, quando as autoridades públicas, durante a investigação criminal ou instrução processual penal utiliza nos autos provas colhidas com infringência a direitos fundamentais do cidadão.

No presente caso, necessário observar que os Direitos Fundamentais surgiram e foram incorporados ao texto constitucional como limite à atuação do poder do Estado, de forma que este deverá observar todas as normas legais durante a persecução penal,

respeitando irrestritamente os direitos consagrados constitucionalmente com a finalidade de garantia efetiva do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

No entanto, atualmente no cenário jurídico, demonstrado através das jurisprudências dos diversos Tribunais brasileiros e, até mesmo do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é que o Estado, através de suas autoridades públicas quando viola direitos fundamentais, como a Liberdade, a intimidade, inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, dentre outros, tem suscitado o princípio da proporcionalidade numa tentativa de validar a prova ilicitamente obtida, alegando que o interesse público é que está em jogo e que deve preponderar sobre os direitos individuais, numa tentativa de supressão desses direitos.

No entanto, a solução não é tão simples como se apresenta, pois em primeiro lugar, deve-se buscar o cerne da razão de existência dos Direitos Fundamentais, os quais surgiram, como já dito anteriormente, como limitação à atuação do Estado.

Num segundo momento, faz-se necessário um estudo sobre o que seria o princípio da proporcionalidade e segundo o que preceitua Pacheco (2007, p. 276):

o princípio da proporcionalidade é um estado ideal de coisas a ser atingido, no qual todas as intervenções em direitos fundamentais somente seriam feitas se, previamente, tivessem sido examinadas e satisfeitas sua idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, torna-se necessário verificar a necessidade de restrição do direito fundamental, se não existe outro meio de se atingir a finalidade almejada. Essa é a razão do princípio da proporcionalidade ser essencial no Estado Democrático de Direito e necessário à garantia dos direitos fundamentais, vedando o excesso e o arbítrio do Poder. Assim, o Estado, enquanto na função investigatória ou de julgamento, deve amparar seus atos no princípio do devido processo legal.

O princípio da proporcionalidade deve servir sempre de norte no processo legislativo e também nas decisões judiciais onde exista a colisão entre princípios e direitos fundamentais, com a indagação sobre qual seria a solução plausível para o caso, qual o bem de maior valor, considerando sempre o interesse público, mas sem dar aval às autoridades públicas para que descumpram as normas e suprimam direitos, pois não se pode esquecer que se vive em um Estado Democrático de Direito, onde o Estado está subordinado às normas, devendo respeitá-las.

Necessário ressaltar que o princípio do devido processo legal foi inserido em nosso texto constitucional como garantia de proteção aos direitos fundamentais, contra arbitrariedades do Estado.

No entanto, principalmente durante a investigação criminal, em alguns casos, observamos a total supressão de direitos fundamentais do cidadão, como a violação à intimidade, através de interceptações telefônicas realizadas em discordância com as normas legais (Lei n. 9296/96) e em total desrespeito às garantias constitucionais.

Porém, após a colheita da prova e quando são encontrados indícios da prática delituosa, as autoridades públicas tentam a qualquer custo validar a prova colhida, suscitando o princípio da proporcionalidade, dizendo que numa ponderação de bens deve prevalecer o interesse público em detrimento de direitos individuais do cidadão.

Ocorre que sequer consideram a hipótese de que a prova poderia ter sido colhida sem infringência aos direitos do cidadão, como no caso da interceptação telefônica, onde a autoridade policial poderia ter seguido rigorosamente os parâmetros legais (Lei n. 9296/96) e não o fez.

Dessa forma, tentam maquiar as ilegalidades cometidas pelos agentes públicos que são responsáveis pelas apurações de ilícitos penais, dando-lhes aval para que assim procedam em qualquer investigação criminal.

3.1 Prorrogações das Interceptações Telefônicas – Análise do HC 143.697-PR

O caso em apreço versa sobre diversas prorrogações da interceptação telefônica ocorridas durante a investigação criminal, sendo que por 16 (dezesesseis) vezes foi autorizada pelo MM. Juiz dilação do prazo de interceptação das linhas telefônicas, porém nas referidas decisões não houve motivação do ato decisório.

Dessa forma, o ponto crucial do Habeas Corpus refere-se à afirmação de ausência de fundamentação das decisões judiciais que prorrogaram a colheita da prova. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a ilicitude da prova, porém não determinou o seu desentranhamento. O referido Tribunal considerou desarrazoada a prorrogação da interceptação por quase um ano, sem que restasse demonstrada a real necessidade de tal prorrogação.

O Ministro Nélson Jobim em seu voto relatou que admite prorrogação da interceptação telefônica além de trinta dias, porém deve ser analisada, caso a caso, a necessidade da prorrogação. Relata ainda que foram dezesseis prorrogações sem a devida fundamentação, sendo que em algumas, o juiz limitou-se a mencionar os fundamentos expendidos na primeira decisão que autorizou a interceptação telefônica. Ressaltou ainda que a decisão judicial deve demonstrar a imprescindibilidade do prosseguimento na colheita da prova.

Ainda, segundo o Ministro Nélson Jobim, houve infringência ao princípio da motivação das decisões judiciais, pois em nenhum momento restou demonstrado nos autos a necessidade das prorrogações e, por esse motivo, deve a prova ser considerada inválida e desentranhada dos autos.

No entanto, não concedeu o trancamento da ação penal, pois segundo o Ministro, deverão ser analisadas as demais provas dos autos, se foram colhidas de maneira independente e tal exame não pode ser realizado em sede de Habeas Corpus.

O HC 143.697/PR foi concedido por unanimidade para determinar o desentranhamento dos autos da prova considerada ilícita:

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR, FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTO FALSO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ARTS. 334, 298, 299, 304 E 288, TODOS DO CPB). RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL A QUO, DE ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DAS PRORROGAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL VÁLIDA, SEM A DETERMINAÇÃO DE SUA EXCLUSÃO DO PROCESSO, SOB A JUSTIFICATIVA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA OBTIDA COM VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. ART. 5º, LVI DA CF. EXCLUSÃO DO PROCESSO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA DETERMINAR A EXCLUSÃO DO PROCESSO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DAS PRORROGAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.

1. É inadmissível, no Processo Penal, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos para embasar a persecução penal ou uma eventual condenação (art. 5º, LVI da CF).

2. Reconhecida a ilicitude da prova pelo próprio Tribunal a quo, ante a falta de fundamentação das decisões de prorrogação da medida de interceptação telefônica do acusado, a única solução possível é a sua total desconsideração pelo Juízo processante e o desentranhamento do processo das transcrições dessas interceptações consideradas ilegais, como consectário lógico e necessário de reconhecimento de ser ilícita a prova colhida ao abrigo de

decisões judiciais não fundamentadas, como assentou o egrégio TRF da 4ª Região.

3. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

4. Ordem concedida, para determinar a exclusão do processo das provas obtidas por meio das prorrogações das interceptações telefônicas.(HC 143697 / PR HABEAS CORPUS nº 2009/0148654-5; Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133); Quinta Turma; Data do Julgamento: 22.09.2009; DJe 13/10/2009).

No presente caso, o Habeas Corpus foi concedido em consagração à necessidade da motivação das decisões judiciais, insculpido no art. 93, IX da CF/88, vez que vigora em nosso país o princípio da persuasão racional do juiz, ou seja, o Magistrado é livre na apreciação das provas, porém sua decisão deve ser devidamente fundamentada nos elementos de convicção que o levaram a decidir daquela determinada forma.

Ainda, segundo o disposto no art. 93, IX da CF/88, este determina a sanção de nulidade para a decisão que não estiver devidamente motivada. Assim, se a decisão judicial que determinou a colheita da prova é nula, a prova colhida deverá ser considerada ilícita e de acordo com o art. 5º, LVI da CF/88 não poderá ser utilizada nos autos.

Em análise ao presente caso, verifica-se que o Ministro relatou que não restou comprovada a necessidade das prorrogações e a Lei n. 9296/96, em seu art. 5º, determina que a medida cautelar somente possa ser realizada se demonstrada a indispensabilidade do meio de prova. Dessa forma, resta claro que a prova foi colhida sem observância do procedimento previsto na legislação ordinária que regula os procedimentos para sua obtenção, sendo que a sanção pela inobservância deve ser a inadmissibilidade da prova nos autos do processo.

Nesse contexto, também necessário ressaltar que o art. 157 “caput” do Código de Processo Penal, consagra o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo e determina a sanção nos casos em que for declarada sua ilicitude, que é a de desentranhamento da prova dos autos do processo.

Por outro lado, conceitua o que seriam as provas ilícitas, ou seja, aquelas colhidas em inobservância das normas legais e constitucionais e é exatamente o que ocorrera no presente caso, ou seja, tanto a legislação ordinária, seja a Lei n. 9296/96 em seu art. 5º foi inobservada, quanto à própria Constituição, em seu art. 93, IX, que determina a motivação das decisões judiciais, sob pena de nulidade.

Vale mencionar ainda que o Estado de Direito determina a submissão das autoridades públicas às leis editadas no país, porém no presente caso, demonstrada está a inobservância das normas e a infringência a tal preceito constitucional.

Assim, pelo fato de que tanto a legislação ordinária como a Constituição foram inobservadas e ainda conforme o conceito de prova ilícita trazida pelo art. 157 “caput” do Código de Processo Penal, a referida prova deve ser considerada ilícita e desentranhada dos autos.

Nesse julgamento, os Ministros por unanimidade reconheceram a ilicitude da interceptação telefônica e determinaram o seu desentranhamento, mas infelizmente têm ocorrido muitas decisões em sentido contrário, validando a prova colhida ilicitamente.

Com relação à falta de fundamentação na decisão judicial que autorizou a interceptação telefônica, temos o julgamento do HC 1.0000.07453364-7/000 do TJMG, de relatoria do Desembargador Antônio Armando dos Anjos, ocorrido em 15/05/2007, onde apesar da defesa ter alegado inúmeras ilegalidades ocorridas durante a investigação criminal, dentre elas a decisão judicial desprovida de motivação, a qual somente fez referência aos fundamentos expostos no Parecer do Ministério Público, o Tribunal, através do voto de seu relator limitou-se a dizer que não existia nenhuma ilegalidade, é o que verificamos pela ementa do julgado:

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - INOCORRÊNCIA - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - Não há que se falar em irregularidade da interceptação telefônica, quando realizada em obediência a lei 9.296/96. Ademais, eventual irregularidade ocorrida não é capaz de macular a prisão preventiva, nem acarreta o trancamento da ação penal, pois este só se mostra viável quando prontamente desponta a inocência dos acusados, atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias que não se evidenciam no presente "writ". - Ordem denegada. (processo: 1.0000.07.453364-7/000(1); Numeração Única: 4533647-77.2007.8.13.0000; Relator: Des.(a) ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS; Data do Julgamento: 15/05/2007)

Dessa forma, a decisão acima referenciada mostra claramente a afronta aos direitos fundamentais do cidadão, que são considerados como garantia dos indivíduos a uma prestação negativa do Estado, ou seja, a não intromissão em sua vida privada.

A decisão, em análise, infringiu o disposto no art. 93, IX da Constituição Federal ao fazer menção tão somente aos fundamentos expostos no parecer ministerial, sem expor os motivos que a determinaram, conforme estabelece o princípio da persuasão racional.

Sabe-se que a penalidade pela inobservância do preceito insculpido no art. 93, IX da Constituição Federal é de nulidade e a conseqüente invalidade da prova que fora autorizada sem fundamento, devendo a mesma ser desentranhada dos autos.

Apesar da lógica trazida pela lei, a decisão do Tribunal foi bem diversa daquela esperada em um Estado de Direito, ou seja, o Desembargador limitou-se a relatar genericamente a inexistência de ilegalidade durante a colheita da prova, sem analisar separadamente cada ilegalidade demonstrada pela defesa, talvez pelo fato do fim almejado ter sido alcançado, numa clara demonstração da ausência de importância dos meios que foram empregados, esquecendo-se que na persecução penal o Estado está submetido às leis.

Durante a investigação criminal e na tramitação do processo existem inúmeros princípios e garantias constitucionais asseguradas ao cidadão que devem ser observados incondicionalmente. O Estado, como dito alhures, está subordinado às normas e os agentes e autoridades públicas devem ter seus atos pautados no princípio da legalidade.

Necessário ressaltar que durante o trâmite processual deve ser observado o princípio do devido processo legal, que no presente caso, consiste na inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Dessa forma, o Tribunal ao admitir a interceptação telefônica nos autos, mesmo que claramente ilegal, feriu os princípios da inadmissibilidade da prova ilícita no processo, bem como o princípio do devido processo legal.

A solução mais plausível no caso em apreço, uma vez violado o princípio da motivação das decisões judiciais por falta de fundamentação da decisão que autorizou a medida cautelar, bem como por não ter respeitado os procedimentos previstos na Lei n. 9296/96, seria a declaração de nulidade da prova com seu conseqüente desentranhamento dos autos.

O PLS 156/09, em seu art. 256, versa justamente sobre a questão da inadmissibilidade da prova colhida com infringência aos procedimentos traçados pelo novo Código de Processo Penal, vejamos:

Art. 263. As informações obtidas por meio da interceptação de comunicações telefônicas realizada sem a observância dos procedimentos definidos no presente Capítulo não poderão ser utilizadas em nenhuma investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza.

O projeto de lei traz tal alteração para tornar inaceitável a prova ilícita no processo, vez que por ocorrerem inúmeras ilegalidades durante a obtenção da prova e o legislador, ciente dessa prática ilícita, quis coibi-la inserindo tal disposição no Projeto do novo Código de Processo Penal.

Quanto ao acórdão proferido nos autos do processo nº 1.0024.07.799175-0/001 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, os desembargadores entenderam que não existe prazo

máximo para a prorrogação das interceptações telefônicas, mas que uma vez demonstrada a necessidade da medida e considerando o princípio da proporcionalidade poderá haver quantas prorrogações se mostrarem necessárias.

APELAÇÕES CRIMINAIS - TÓXICOS - TRAFICÂNCIA-ASSOCIAÇÃO - LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI N. 9.613/98)- MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO - POSSE NÃO AUTORIZADA (LEI N. 10.826/03, ART. 12) - RECEPÇÃO. PRELIMINARES: INÉPCIA DA INICIAL - IMPRESTABILIDADE DE PROVAS - CPP, ART. 204-TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA-INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - DEGRAVAÇÃO - PROVA ORIGINÁRIA - LITISPENDÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO APRECIÇÃO DE TODAS AS TESES DEFENSIVAS.

O depoimento deve ser prestado oralmente, não sendo vedado à testemunha, no entanto, valer-se de breve consulta a apontamentos (CPP, art. 204 e parágrafo único). - 'Sendo de incontestável validade a escuta telefônica, apta a deflagrar um largo esquema associativo de aquisição e distribuição de um grande volume de drogas, não há que se falar em aplicação da teoria dos 'frutos da árvore envenenada', tendo a diligência grande importância para o livre convencimento do magistrado, tanto mais se a identificação dos acusados foi precedida de minucioso trabalho realizado pelo serviço de inteligência da polícia (federal), com a ciência ministerial' (TJMG).

Não há de se falar em litispendência quando as matérias constantes de dois processos criminais, endereçados a um dos réus (2º apelante), não guardam correspondência entre si. - 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 563)'.

Preliminares rejeitadas.

MÉRITO: TÓXICOS - LEI N. 11.343/06 -TRAFICÂNCIA ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO (ARTS. 33 E 40, INCISO V) - MENOR (ART. 40, INCISO VI) - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35) - LAVAGEM DE DINHEIRO - LEI N. 9.613/98 - ART. 1º, 'CAPUT' E INCISO I C/C ART. 1º, § 1º, INCISO II E ART. 1º, § 4º - LEI N. 10.826/03 - MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO - POSSE NÃO AUTORIZADA - RECEPÇÃO - CONFISSÃO - RETRATAÇÃO - DELAÇÃO - POLICIAL - PALAVRA - VALOR - LEI ANTITÓXICOS - ART. 33, § 4º - INAPLICABILIDADE - PERDIMENTO DE BENS - PENA - DOSIMETRIA - PENA-BASE - PENA PECUNIÁRIA - REGIME PRISIONAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Uma vez caracterizado o tráfico entre Estados da Federação, justifica-se a aplicação do aumento da pena à luz do art. 40, inciso V, da Lei Antitóxicos, em relação a quatro réus. - 'A Lei n. 11.343/06 não faz, em seu art. 3º, qualquer distinção entre a associação eventual ou duradoura, punindo-as com o mesmo vigor' (TJMG, Apelação Criminal n. 1.0024.07.446713-5/001).

A conduta de posse ilegal de munição de uso permitido está com sua tipicidade temporariamente suspensa, diante da nova redação dos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/03, trazida pela Lei n. 11.706/08. Conseqüente absolvição do réu lembrado a tal título, com as implicações daí decorrentes.

No crime de receptação dolosa (art. 180, caput, do CP), a mera negativa do agente quanto ao desconhecimento da origem ilícita do bem adquirido não se mostra hábil ao reconhecimento da forma culposa, mormente se o acervo probatório colhido, analisado em seu conjunto, indica justamente o contrário.

Recurso provido' (TJMG, Apelação Criminal n. 20000.00.452.103-7/000). Não há falar na causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na situação em que os que dela querem se beneficiar não preenchem os requisitos a tanto necessários. (Número do processo: 1.0024.07.799175-0/001(1)Numeração Única: 7991750-83.2007.8.13.0024; Relator: Des.(a) BEATRIZ PINHEIRO CAIRES; Data do Julgamento: 18/06/2009; data da Publicação: 21/08/2009)

A discussão no presente acórdão que é de interesse nesse trabalho, gira em torno das prorrogações da interceptação telefônica, quantas seriam possíveis diante da Lei n. 9296/96, pois em uma análise literal do art. 5º da referida lei, este trouxe a possibilidade de interceptação telefônica pelo período de 15 dias, prazo este que poderá ser prorrogado por igual período, ou seja, não falou em diversas prorrogações, mas em uma única prorrogação pelo mesmo prazo de 15 dias.

Todavia, a jurisprudência tem suscitado o princípio da proporcionalidade para considerar válida mais de uma prorrogação, ao contrário do que prevê a Lei n. 9296/96. Assim, necessário se faz uma análise de alguns princípios constitucionais, os quais servem de base de todo o nosso ordenamento jurídico para verificar sobre a real possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade com intuito de suprimir o princípio da legalidade.

De um lado, temos o interesse social pautado na segurança pública e de outro temos a garantia constitucional do devido processo legal, que, por sua vez, tem como base os princípios da legalidade e da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

Vale ressaltar que muitas vezes a interceptação telefônica é colhida com infringência à Lei n. 9296/96, em total inobservância dos procedimentos traçados pela norma, como no caso de várias prorrogações da interceptação telefônica sem motivação do ato decisório. No entanto, quando da descoberta de alguma prática delituosa, as autoridades tentam validar a prova obtida e, para tanto, suscitam o princípio da proporcionalidade.

Como já afirmado neste trabalho, o princípio da proporcionalidade advém do direito alemão, onde é utilizado na ponderação de direitos, quando estes estão em conflito. Contudo, esquece-se que na Alemanha não existe norma expressa proibindo a utilização de prova ilícita no processo, o que diverge do nosso ordenamento jurídico, pois a própria Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente tal vedação em seu art. 5º, LVI.

Nesse contexto, verifica-se que o princípio da proporcionalidade não poderá ser utilizado na ponderação de direitos, quando a prova obtida e a ser utilizada no processo for considerada ilícita e tal fato se dá por expressa vedação legal.

Outra questão é quando as autoridades públicas incumbidas da investigação de ilícitos penais descumprem as normas procedimentais durante a realização da interceptação telefônica. Nesse caso, após a colheita da prova e diante da existência de crime, tentam validar a prova suscitando o princípio da proporcionalidade, alegando que na ponderação de direitos, o interesse público deve preponderar sobre o interesse privado.

Contudo, a situação não é tão simples como se apresenta, pois deve-se considerar que essas autoridades poderiam ter obtido a prova de acordo com os procedimentos legais, mas não fizeram, não existindo assim ponderação de direitos, mas ilegalidades cometidas pelas autoridades e tal argumento não pode servir de escudo para a prática de ilícito por parte das autoridades responsáveis pela investigação.

Dessa forma, quando a interceptação colhida não estiver pautada nos procedimentos traçados pela Lei n. 9296/96, esta deverá ser declarada ilícita e inadmissível no processo, por força do disposto no art. 5º, LVI da Constituição Federal.

3.2. Encontro Fortuito de Provas de Crimes durante a Interceptação Telefônica

A Lei n. 9296/96 não trata da questão do encontro fortuito de prova de outro crime durante a colheita da prova, porém a doutrina e jurisprudências têm admitido a referida prova.

A grande questão refere-se quando durante uma investigação criminal através de uma interceptação telefônica descobre-se a prática de outros delitos. A prova fortuitamente encontrada poderá ou não ser utilizada durante a investigação?

Esse encontro fortuito, também denominado de Serendipidade tem sido admitido se os crimes descobertos forem conexos com o crime objeto de investigação, sendo ainda necessário que sejam de responsabilidade das pessoas investigadas durante a interceptação telefônica, ou seja, os mesmos investigados.

Dessa forma, se o crime não é conexo ou se as partes são distintas a prova não é válida, porém poderá servir como uma notícia crime para desenvolvimento de outra investigação criminal.

No direito alemão, diferentemente da jurisprudência brasileira, no encontro fortuito de provas durante a interceptação telefônica, o investigado pode ser processado pelo crime descoberto, não sendo necessária a conexão com o delito objeto de investigação, todavia, ainda segundo Gomes (2009, p. 474), no direito Italiano admite-se, censuravelmente, qualquer

encontro fortuito, desde que o fato descoberto tenha conexão com algum crime cuja prisão seja obrigatória.

No Brasil, a jurisprudência caminha no sentido de aceitação da prova, quando o crime for conexo, mesmo se punido com pena de detenção. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que se através de uma interceptação telefônica autorizada judicialmente descobriu-se a prática de um delito, deve-se verificar se existe conexão entre os crimes investigados através da interceptação telefônica e aquele crime fortuitamente descoberto. Assim, havendo conexão, poderá a prova ser admitida no processo.

Outra questão controversa e não discutida pela doutrina e pouco apreciada pela jurisprudência, é quando o encontro fortuito de provas se dá em relação a fato criminoso futuro. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o Estado não pode ficar inerte quando tem a ciência da prática de ato delituoso futuro, devendo, portanto, investigá-lo e apurá-lo, mesmo que o novo crime não tenha conexão com o crime no qual fora autorizada a interceptação telefônica.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DOS PACIENTES BASEADA EM MATERIAL COLHIDO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONEXÃO ENTRE O CRIME INICIALMENTE INVESTIGADO E AQUELE FORTUITAMENTE DESCOBERTO.

I - Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. (HC 69552 / PR; HABEAS CORPUS; 2006/0241993-5Relator(a): Ministro FELIX FISCHER (1109); Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento : 06/02/2007; Data da Publicação/Fonte; DJ 14/05/2007 p. 347) Habeas corpus denegado.

Questão também controvertida refere-se ao encontro de prova de crime conexo, porém punido com detenção, o que seria inadmissível diante da Lei n. 9296/06 por força do art. 2º, III, que somente autoriza a interceptação em crimes punidos com reclusão. Contudo, o Supremo Tribunal Federal considerou válida denúncia do Representante do Ministério Público em crime conexo punido com pena de detenção que fora descoberto fortuitamente através da interceptação telefônica

Nesse sentido, temos o julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento AI 626214/MG:

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. (Processo: AI 626214 MG; Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA; Julgamento: 21/09/2010; Órgão Julgador: Segunda Turma).

O presente recurso versa sobre a rejeição da denúncia pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que fora baseada em interceptação telefônica conduzida lícitamente, porém no decorrer da investigação descobriu-se a prática de delitos punidos com pena de detenção, crimes estes de prevaricação, advocacia administrativa e favorecimento pessoal praticados por um magistrado.

Na defesa, o magistrado alegou que a interceptação telefônica não poderia servir de prova em crimes punidos com detenção, por expressa vedação da Lei n. 9296/96 mais precisamente o art. 2º, III da referida norma, a qual dispõe que não será admitida a interceptação telefônica nas infrações penais punidas no máximo com pena de detenção.

Segundo a linha de entendimento da defesa do magistrado, a norma constitucional que restringiu o direito à intimidade deixou para que a legislação ordinária traçasse os parâmetros para a interceptação das linhas telefônicas, que no presente caso proibiu a referida prova em crimes punidos com detenção, mesmo que estes sejam conexos com os crimes objeto de investigação, vez que a Lei n. 9296/96 somente autoriza a interceptação telefônica de crime punido com reclusão.

Todavia, para resolver a questão aqui colocada, deve-se buscar a real intenção da norma que autorizou a prova apenas em crimes punidos com reclusão e tal fato se deu, uma vez que a interceptação telefônica por ser uma prova que restringe o direito fundamental à intimidade, somente poderia ser utilizada em casos mais graves, que realmente justificasse a medida. No entanto, vale mencionar que no presente caso a interceptação telefônica fora autorizada para investigar crime punido com reclusão, conforme determina a Lei n. 9296/96, sendo que os crimes punidos com detenção foram fortuitamente descobertos, tendo conexão com os crimes investigados, além de tratar-se das mesmas partes objeto de investigação.

Por outro lado, vale ainda ressaltar que o direito à intimidade, tutelado constitucionalmente, já havia sido afastado quando da interceptação telefônica para investigação de crime punido com reclusão.

Assim, a intenção do legislador ao vedar a realização da interceptação telefônica em crimes punidos com detenção foi de que a referida prova somente poderia ser utilizada em casos extremos, com a finalidade de tutela do direito à intimidade. Contudo, uma vez que este já fora afastado em virtude de investigação de crime punido com reclusão, não se justifica o argumento de que a referida prova não poderia ser utilizada em crimes punidos com detenção, sendo os crimes conexos e as mesmas partes objeto de investigação.

Vale ressaltar ainda que a descoberta de crimes praticados por outras pessoas que nada têm de ligação com o investigado ou ainda, de crimes que não sejam conexos com o crime objeto de investigação, não poderá ser utilizada nos autos.

Como já dito anteriormente, pode servir como notícia crime para instauração de outra investigação, mas jamais como meio de prova no mesmo processo, uma vez que o objeto da investigação já fora exposto tanto na representação da autoridade policial, quanto na decisão judicial para interceptação das linhas telefônicas, não podendo ultrapassar os limites elencados na referida decisão.

Considerando que a Lei n. 9296/06 não trazia qualquer previsão sobre o encontro fortuito de provas, o PLS 156/09 trouxe expressamente a previsão do procedimento a ser adotado pelo agente público, quando diante de uma investigação criminal por interceptação telefônica descobre-se a prática de outro delito que não era objeto da investigação.

O art. 262 do referido Projeto de Lei assim dispõe:

Art. 262. Na hipótese de a interceptação das comunicações telefônicas revelar indícios de crime diverso daquele para o qual a autorização foi dada e que não lhe seja conexo, o delegado de polícia deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis.

Em análise ao dispositivo em questão, resta claro que se o crime for conexo, será investigado e denunciado juntamente com o crime que fora objeto de investigação, porém se não for conexo, remeterá cópia ao Ministério Público para as providências cabíveis, quais sejam, requisição para instauração de inquérito policial, oferecimento da denúncia, pedido de diligências ou arquivamento.

Todavia, necessário mencionar que para maior agilidade das investigações, sendo o crime de ação penal pública incondicionada, desnecessário que fosse remetido ao Ministério Público, pois o próprio Delegado de Polícia em sua função investigativa tem o dever de apurar os crimes e por isso o projeto de lei deveria ter trazido a previsão de que o próprio Delegado de Polícia deveria instaurar Inquérito Policial para apuração do crime fortuitamente descoberto.

No entanto, vale mencionar que em alguns casos o PLS 156/09 mencionou não ser cabível a interceptação, que no presente caso não se justifica em infrações penais de menor potencial ofensivo, consideradas hoje aquelas onde a pena máxima não ultrapasse dois anos.

Inicialmente, vale mencionar o grande equívoco do legislador, pois não tratou de infrações penais de menor potencial ofensivo, mas crimes de menor potencial ofensivo. As infrações penais de menor potencial ofensivo são consideradas como contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 anos, mas o legislador falou tão somente nos “crimes de menor potencial ofensivo” não falando em infrações, não abrangeu as contravenções penais, porém considerando que as Contravenções Penais são consideradas como delito anão e diante do princípio da intervenção mínima, devem estar abrangidas na referida restrição.

A discussão encontra-se na questão de quando o encontro fortuito se der em casos de crimes de menor potencial ofensivo, se será possível a utilização da prova. Analisando a intenção do legislador e considerando a restrição traçada pela norma, somente poderá ser admitida a prova em crimes de menor potencial ofensivo se estes ocorrerem tão somente pelo telefone, pois se ocorrer por outros meios, a prova não poderá ser autorizada, sendo tal posição adotada pelo PLS 156/09.

3.3 Motivação da Decisão Judicial que autoriza a Interceptação Telefônica

O paciente César Herman Rodrigues, através de seu procurador Aluísio Ludgren Corrêa, impetrou Habeas Corpus junto ao Supremo Tribunal Federal, tendo em vista as

inúmeras ilegalidades ocorridas durante a interceptação telefônica e dentre estas questiona a decisão judicial que teria sido genérica, sem demonstração de qualquer indício plausível que justificasse a medida cautelar.

Questiona ainda que o Magistrado, nas decisões de prorrogação, apenas se reportou aos fundamentos expostos pelo Delegado de Polícia, não tendo expendido seus próprios fundamentos. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, apesar de averiguar que realmente o Magistrado somente fez menção aos fundamentos do requerimento pela prorrogação da interceptação das linhas telefônicas, considerou a prova válida, o que afronta o princípio da motivação das decisões judiciais, insculpido no art. 93, IX da CF/88, bem como no art. 5º da Lei n. 9.296/96, além de afrontar o princípio do Estado de Direito que determina a submissão de todos às leis editadas.

De acordo com a referida decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES. LICITUDE. ORDEM DENEGADA. Segundo informou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, as questionadas prorrogações de interceptações telefônicas foram, todas, necessárias para o deslinde dos fatos. Ademais, as decisões que, como no presente caso, autorizam a prorrogação de interceptação telefônica sem acrescentar novos motivos evidenciam que essa prorrogação foi autorizada com base na mesma fundamentação exposta na primeira decisão que deferiu o monitoramento. Como o impetrante não questiona a fundamentação da decisão que deferiu o monitoramento telefônico, não há como prosperar o seu inconformismo quanto às decisões que se limitaram a prorrogar as interceptações. De qualquer forma, as decisões questionadas reportam-se aos respectivos pedidos de prorrogação das interceptações telefônicas, os quais acabam por compor a fundamentação de tais decisões, naquilo que se costuma chamar de fundamentação per relationem (HC 84.869, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19.08.2005, p. 46).Ordemdenegada.) (HC 92020 / DF - DISTRITO FEDERAL; Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA; Julgamento: 21/09/2010; Órgão Julgador: Segunda Turma; DJe-213 DIVULG 05-11-2010 PUBLIC 08-11-2010)

Insta salientar que a observância ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, torna efetivo o princípio do Estado Democrático de Direito, pois garante ao cidadão a imparcialidade do magistrado, além de dar condições, através das motivações expostas na decisão de impetrar recurso perante a instância superior.

Vale ressaltar ainda que o legislador constituinte trouxe expressamente a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, a qual encontra-se inserida no art. 93, IX da CF/88, sendo que no mesmo dispositivo trouxe também previsão de sanção pela inobservância do dispositivo, que é a de nulidade da decisão judicial.

No presente julgado do Supremo Tribunal Federal, verificamos o que hoje tem sido constante, a inobservância das normas pelo Poder Judiciário que vem chancelada pelas jurisprudências dos Tribunais Superiores, os quais deveriam zelar pelo cumprimento das leis ordinárias e da Carta Constitucional.

Após as pesquisas realizadas, verifica-se que a Polícia representa pela interceptação da linha telefônica, muitas vezes, apenas embasada em denúncias anônimas e o Magistrado determina a interceptação da referida linha, decisão esta que em inúmeras vezes carece de fundamentação. Após realizada a interceptação, se a investigação aponta alguma prova da prática de ilícito penal, mesmo tendo ocorrido à revelia da lei, tentam chancelar a ilegalidade, alegando que a decisão foi fundamentada nos motivos expostos no pedido de interceptação ou ainda levantando que as razões encontram-se no parecer do Representante do Ministério Público e que tal serve como fundamento válido da decisão.

Por outro lado, se não encontram nenhum indício da prática de ilícito penal, arquivam o procedimento e o investigado sequer toma conhecimento que foi objeto de investigação e que nessa investigação teve seu direito fundamental a intimidade suprimido sem motivos plausíveis para tanto.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita, demonstra claramente a situação acima exposta:

TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL QUE AUTORIZOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. 1. Alegação improcedente. Se a condenação derivou de apreensão de grande quantidade de substância entorpecente em poder do paciente e de seus comparsas, é irrelevante a prévia existência de interceptação telefônica, regular ou não. Mesmo porque não se sabe se a apreensão decorreu da investigação policial ou da interceptação telefônica. Se a autoridade policial fundamentou o pedido de interceptação e o juiz o deferiu, subentende-se que ele endossou os fundamentos da solicitante. 2. RHC improvido. (RHC 83859 / SP - SÃO PAULO; RECURSO EM HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. ELLEN GRACIE; Julgamento: 13/04/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: 30-04-2004)

Tal decisão se mostra em total descompasso com os princípios e garantias fundamentais, sendo que o Supremo Tribunal Federal, que deveria ser o guardião da Constituição, numa decisão absurda, alega não ser importante que a prévia interceptação telefônica seja regular.

A ilegalidade deve ser apreciada de plano, mesmo que existam outras provas apontando pela prática do ilícito penal. Assim, o Tribunal, ao tomar conhecimento de

ilegalidades cometidas durante colheita de provas, deve manifestar-se sobre a ilegalidade, até mesmo para verificar o alcance daquela prova dentro dos autos, se poderá ser admitida ou não. Assim, caso comprovada a ilegalidade, deve o Magistrado declarar nula a prova, determinando o seu desentranhamento dos autos do processo.

3.4 Intercepção Telefônica Autorizada com base em Denúncias Anônimas

Discussão de grande relevância concerne na autorização para intercepção das linhas telefônicas baseando-se o Magistrado somente em denúncias anônimas relatadas pela autoridade policial. A questão gira em torno da idoneidade e a possibilidade de uma denúncia anônima embasar uma medida cautelar restritiva de direito fundamental.

Para se chegar a uma conclusão, vale analisar o recente caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, na Operação da Polícia Federal denominada Castelo de Areia, sendo que o referido Tribunal considerou que a intercepção telefônica teria ocorrido com fundamento apenas em denúncias anônimas, sem nenhum procedimento que justificasse a necessidade da medida, ou que demonstrasse pelo menos a existência de indícios da prática do delito, o que levou a referida instância a anular o recebimento da denúncia.

HABEAS CORPUS . “OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA”. DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS. As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal. A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa. A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, a CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social. Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, in casu, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual. Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7.(HABEAS CORPUS

Nº 137.349 - SP (2009/0101038-5); RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA; IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTROS; IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO; PACIENTE : KURT PAUL PICKEL).

O art. 2º da Lei n. 9296/96 versa que não será admitida a interceptação telefônica se não houver indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal. A denúncia anônima não pode ser considerada como indícios suficientes, pois qualquer pessoa pode acionar a polícia por telefone e fazer denúncia infundada contra outro cidadão.

No presente acórdão, o Superior Tribunal de Justiça anulou a interceptação telefônica da operação castelo de areia ao fundamento de incongruência de motivação do ato judicial que deferiu a medida cautelar, alegando ainda que o princípio da proporcionalidade como garantia da segurança social, no presente caso é inoportuno prevalecendo, portanto, o direito fundamental do cidadão.

Vale mencionar que o Magistrado que decretou a quebra do sigilo telefônico não observou as restrições traçadas pela legislação ordinária, a qual não permite a colheita da prova se não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, conforme determina o art. 2º, I da Lei n. 9296/96.

Como se não bastasse, a própria Constituição em seu art. 5º, IV, veda o anonimato ao dispor o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em caso de investigação criminal culminada com uma denúncia anônima, conforme se depreende do julgamento do HC 84827/TO, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, senão vejamos:

ANONIMATO - NOTÍCIA DE PRÁTICA CRIMINOSA - PERSECUÇÃO CRIMINAL - IMPROPRIEDADE. Não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente. (Processo:HC 84827 TO ; Relator(a): MARCO AURÉLIO; Julgamento: 06/08/2007)

Todo cidadão tem o direito de manifestação do pensamento, porém deve identificar-se para tanto, pois poderá responder por seus atos e manifestações, o que é impossível no anonimato.

A denúncia anônima pode ser tida como suficiente para instaurar uma investigação criminal, pois a polícia deve investigar qualquer suspeita de crime, porém não será suficiente para embasar uma decisão que determina a interceptação telefônica, uma vez que, conforme já relatado anteriormente, para que esta prova ocorra necessária a presença de indícios suficientes de autoria, o que não é possível baseado somente em denúncia anônima.

Para ser possível a interceptação telefônica, deve-se além de ter uma denúncia anônima, também haver investigações preliminares da polícia onde demonstre a existência de indícios de autoria ou participação no crime objeto de investigação. Dessa forma, a prova será considerada válida, porém o que tem ocorrido é que o próprio Magistrado na decisão que autoriza a interceptação telefônica tem usado como fundamento a denúncia anônima para autorizar a medida extrema, o que por si só não é suficiente, pois trata a medida de restrição a direito fundamental, sendo imposição legal a demonstração de que a referida prova é imprescindível para as investigações.

3.5 A Interceptação Telefônica como Prova Emprestada e as Decisões do STJ e STF

Grande discussão em torno da Lei n. 9.296/96 consiste na admissibilidade da interceptação telefônica como prova em processo administrativo e Cível, uma vez que a norma constitucional autorizou a quebra do sigilo telefônico apenas para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Necessário se faz a interpretação da norma Constitucional com intuito de buscar a real intenção do legislador constituinte ao prever que a interceptação telefônica somente poderia ser utilizada para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Inicialmente, a justificativa está na questão do direito à intimidade ser um direito fundamental e sua restrição somente se justificar em último caso. Assim, o legislador constituinte utilizando-se do princípio da proporcionalidade, ainda na fase legislativa, numa ponderação de valores, determinou a restrição do direito à intimidade, porém por outro lado, permitiu que a prova fosse obtida somente para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Insta salientar que a autorização da prova emprestada, colhida dentro do processo penal e utilizada em processo cível, como a ação Civil Pública, ou ainda em processo administrativo para apuração de infração disciplinar do servidor, tem sido admitida largamente pela jurisprudência.

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO POLICIAL. SUPERVISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PEDIDO VEICULADO PELO CONSELHO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: COMPARTILHAMENTO DAS INFORMAÇÕES. FINALIDADE: APURAÇÕES DE CUNHO DISCIPLINAR. PRESENÇA DE DADOS OBTIDOS MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, JUDICIALMENTE AUTORIZADA. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE (INCISO XII DO ART. 5º E § 2º DO ART. 55 DA CF/88). PRECEDENTES. 1. A medida pleiteada pelo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados se mostra adequada, necessária e proporcional ao cumprimento dos objetivos do parágrafo 2º do artigo 55 da Constituição Federal de 1988. 2. Possibilidade de compartilhamento dos dados obtidos mediante interceptação telefônica, judicialmente autorizada, para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar. Precedente específico: Segunda Questão de Ordem no Inquérito 2.424 (Ministro Cezar Peluso). 3. Questão de Ordem que se resolve no sentido do deferimento da remessa de cópia integral dos autos ao Sr. Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, a quem incumbirá a responsabilidade pela manutenção da cláusula do sigilo de que se revestem as informações fornecidas. (Inq 2725 QO / SP - SÃO PAULO ; QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO; Relator(a): Min. CARLOS BRITTO; Julgamento: 25/06/2008; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; INDIC.(A/S): PAULO PEREIRA DA SILVA; ADV.(A/S): PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO)

O fundamento para que a prova colhida em processo penal possa ser utilizada em processo Administrativo para apuração de infração disciplinar ou em processo cível onde as partes sejam as mesmas, baseiam-se no princípio da proporcionalidade, ou seja, havendo adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, poderá a prova, colhida em processo criminal ser emprestada em processo cível.

O princípio da proporcionalidade, considerando a Teoria de Alexy sobre a colisão entre direitos fundamentais, leva em conta o peso de cada princípio para verificar qual deverá preponderar.

Vale ainda mencionar que o princípio da proporcionalidade foi utilizado pelo legislador constituinte originário na restrição do direito fundamental à intimidade. Assim, o legislador achando necessário para a investigação criminal e a instrução processual penal restringiu o direito à intimidade, autorizando a interceptação telefônica. Todavia,

considerando o direito fundamental ressaltou que a prova somente poderia ser obtida em processos criminais, não se justificando em qualquer processo, mas tão somente naqueles casos onde a colheita da prova fosse imprescindível à segurança da coletividade.

Todavia, também deve ser analisado que o direito à intimidade, tutelado constitucionalmente, quando da interceptação telefônica ocorrida no processo criminal já fora restringindo e por esse motivo a prova pode ser emprestada a processo cível ou administrativo onde as partes sejam as mesmas, contudo preservando-se o sigilo das gravações telefônicas.

Alguns autores, como Ada Pellegrini Grinover, sustentam a possibilidade da prova emprestada de acordo com os argumentos acima expendidos, ou seja, uma vez já afastado o direito à intimidade com a interceptação telefônica realizada em processo criminal, não há mais o que se preservar, podendo a prova ser utilizada em processos de outras naturezas, que não o criminal, desde que as partes sejam as mesmas das investigações que culminaram o processo penal.

Segundo lições de Grinover (2006, p. 219):

As opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte da prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.

O fundamento trazido pela autora é de que o direito à intimidade já havia sido restringido e, portanto, não seria razoável negar a utilização da prova em outro processo com as mesmas partes.

Todavia, outros autores, dentre eles Vicente Greco Filho, sustentam numa interpretação literal de nossa Constituição Federal, que a interceptação telefônica somente foi autorizada para fins de investigação criminal e instrução processual penal e, portanto, a utilização da interceptação telefônica em processos de outras naturezas, seria considerada ilícita, vez que inadmissível por expressa previsão constitucional.

Nesse contexto, Gomes (2009, p. 438) assume a posição de que não se admite a interceptação telefônica como prova emprestada em processo cível ou administrativo e complementa:

Estando em jogo liberdades constitucionais (direito ao sigilo das comunicações frente a outros direitos ou interesses), procurou o constituinte, desde logo, demarcar o âmbito de prevalência de outro interesse (criminal), em detrimento daquele. Mesmo assim, não é qualquer crime que admite a interceptação. Essa escolha, fundada na proporcionalidade, não pode ser desviada na praxe forense. Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser “emprestada” (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado.

Apesar da jurisprudência aceitar largamente a interceptação como prova emprestada, a doutrina encontra-se dividida quanto à sua aceitação no processo e segundo Cernicchiaro (1996, p. 3) a prova colhida conforme o procedimento mencionado só pode ser utilizada na hipótese mencionada no requerimento de autorização judicial. Ou seja, imprestável para outro inquérito, ou outro processo.

O pensamento do referido autor baseia-se no entendimento daqueles que alegam que a interceptação telefônica somente poderá ser utilizada em processos criminais, sendo inadmissível em processos de outras naturezas. Segundo o mesmo autor, não cabe aqui alegação do princípio da proporcionalidade para utilização da prova emprestada em processo cível ou administrativo.

Diante dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes, necessário mencionar que a Constituição tutela o direito à intimidade e ao prever que a interceptação telefônica somente poderia ser obtida para fins de investigação criminal e instrução processual penal, queria resguardar a intimidade do cidadão. Contudo, quanto à prova emprestada, cabe salientar que o direito à intimidade já fora restringido, ou seja, a tutela da intimidade daquele cidadão que está sob investigação já fora afastado quando autorizada judicialmente a interceptação telefônica, sendo que resta agora apenas a questão quanto à utilização da prova emprestada em processo cível e administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça chamado a se manifestar em caso de interceptação telefônica como prova emprestada, decidiu que a prova poderia sim ser utilizada, mas que considerando o sigilo da prova, necessária seria a autorização do juiz responsável pela preservação do sigilo.

Nesse sentido, foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça, datada de 3/6/2008 da Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

A interceptação telefônica como meio de prova necessita de expressa autorização do juízo criminal. Sua remessa e utilização em processo disciplinar devem ser autorizadas pelo juízo responsável pela preservação do sigilo de tal prova. Ademais, necessário que se respeitem, ainda, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Caso não observados esses requisitos serão nulos a sindicância e o processo administrativo disciplinar lastreado exclusivamente nas fitas degravadas das interceptações telefônicas. Precedentes citados do STF: RMS 24.956-DF, DJ 10/11/2005; do STJ: MS 9.212-DF, DJ 1º/6/2005, e MS 12.468-DF, DJ 14/11/2007. RMS 16.429-SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Data do Julgamento: 3/6/2008).

Com relação à interceptação telefônica como prova emprestada, verificamos a grande divergência doutrinária e jurisprudencial. Alguns admitem a interceptação telefônica como prova emprestada quando as partes forem as mesmas e fundamentam essa possibilidade na questão que o direito à intimidade já foi restringido e, portanto, a prova poderá ser utilizada para outros fins, vez que a Constituição tutela é o direito à intimidade, onde já não existe mais quando já fora colhida a prova em processo criminal, não havendo, portanto, infringência a tal direito.

Outros alegam ser inadmissível, ou seja, a prova somente poderia ser colhida e utilizada para fins de investigação criminal e instrução processual penal, pois o próprio legislador constituinte originário, quando restringiu o direito à intimidade, prevendo a possibilidade de interceptação telefônica, utilizou o princípio da proporcionalidade e na ponderação de valores admitiu a utilização da prova. Esse juízo de proporcionalidade e razoabilidade já fora analisado pelo legislador, não cabendo aqui pelo aplicador do Direito tentar alargar os casos de utilização da prova, uma vez que se trata de direito fundamental, considerado inclusive como cláusula pétrea.

Por outro lado, tem-se outra corrente que entende que a prova poderá sim ser utilizada, porém por tratar-se de segredo de justiça, deverá haver autorização do juiz competente pela colheita da prova.

Vale mencionar aqui que o PLS 156/09, nas disposições gerais sobre a prova trouxe a possibilidade da prova emprestada no processo penal desde que sejam as mesmas partes, colhidas sobre o crivo do contraditório, é o que preceitua o art. 169 do referido projeto:

Art. 169. Admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada.

Dessa forma, em apenas um caso será permitida a prova emprestada, ou seja, quando esta for produzida em um processo criminal e emprestada a outro processo, pois sabemos que

a interceptação telefônica somente poderá ser produzida durante uma investigação criminal ou instrução processual penal, não podendo ser prova originariamente produzida em processos de outras naturezas.

3.6 Interceptação Telefônica realizada à revelia dos Procedimentos traçados na Lei n. 9296/96

O art. 1º da Lei n. 9296/96 determina que a interceptação telefônica deverá observar os parâmetros traçados na referida lei, todavia não estabelece sanção pela inobservância da norma.

Todavia, não se pode esquecer que existem princípios constitucionais que devem ser respeitados como o da legalidade, que determina às autoridades públicas a estrita observância às normas editadas, bem como o princípio do devido processo legal, tido como garantia do cidadão que possui contra ele um processo, onde determina a observância de todos os preceitos constitucionais e processuais penais na condução do processo.

Vale ainda mencionar que o próprio texto Constitucional faz expressa previsão à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, conforme se verifica do art. 5º, LV da CR/88.

A ilicitude da prova se verifica quando da inobservância do direito material ou ainda quando da inserção dessa prova no processo, ou seja, infringindo norma de direito processual. Não se pode esquecer que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o art. 1º da Constituição Federal de 1988, ou seja, o Estado de Direito baseia-se no governo das leis, sendo que todos estão subordinados às normas editadas no país, inclusive o poder público.

Apesar do art. 1º da Lei n. 9296/96 não fazer menção expressa à sanção de nulidade pela inobservância dos procedimentos legais durante a investigação criminal, tal sanção decorre da análise dos princípios constitucionais e processuais penais, sendo a prova colhida em desacordo com os procedimentos legais, nula e inadmissível no processo.

O PLS 156/09 que trará profundas reformas no Código de Processo Penal, inclusive com a inserção da interceptação telefônica como prova típica comina expressamente sanção para a prova colhida com inobservância dos procedimentos legais, é o que dispõe o art. 263 do referido projeto:

Art. 263. As informações obtidas por meio da interceptação de comunicações telefônicas realizada sem a observância dos procedimentos definidos no presente Capítulo não poderão ser utilizadas em nenhuma investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza.

No entanto, verificamos que os Tribunais têm admitido provas colhidas em desacordo com os procedimentos legais, o que fere diversos preceitos constitucionais como o princípio da legalidade e da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, é o que verificamos do acórdão do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. SÚMULA 21/STJ. PEDIDO DE DESAFORAMENTO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCIDENTE JULGADO PROCEDENTE. CONSTRANGIMENTO SUPERADO. PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE DOIS ANOS SEM DATA DESIGNADA PARA O JULGAMENTO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. NECESSIDADE DE ACELERAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO DE 30 DIAS. POSSIBILIDADE. TESE DEFALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA O CÁRCERE. ENVOLVIMENTO DOS RÉUS COMPOLICIAIS CIVIS E MILITARES, RISCO À SEGURANÇA DAS TESTEMUNHAS E INDICATIVOS DE REITERAÇÃO DE CONDUTAS DELITUOSAS. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO.

1. Pronunciado o réu, resta superada a alegação de excesso de prazo, porquanto relativa a período anterior à pronúncia. Inteligência da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça.
2. Eventual excesso de prazo, decorrente do pedido de desaforamento ajuizado pelo Ministério Público, encontra-se superado após acolhido o incidente para deslocar o julgamento plenário para uma das Varas do Júri da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, para onde o feito já foi remetido.
3. Todavia, em se considerando que ainda não há data prevista para o julgamento do Paciente pelo Conselho de Sentença, que se encontra preso há mais de dois anos, é necessário seja acelerado o julgamento pelo Tribunal do Júri, já que superado o óbice que impedia o prosseguimento do processo.
4. A interceptação das comunicações telefônicas perdurou pelo tempo necessário para a elucidação da trama criminosa, sendo as decisões que prorrogaram o monitoramento devidamente motivadas na necessidade de amealhar indícios imprescindíveis da participação de cada um dos envolvidos nos crimes apurados, sem qualquer constrangimento ilegal.
5. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte e do Superior Tribunal Federal: "[persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação." (RHC 85.575/SP, 2.ª Turma, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 16/03/2007). Pelas mesmas razões, também não se verifica constrangimento ilegal na fixação de prazo de 30 dias, desde que em decisão fundamentada.

6. Mostra-se válida a fundamentação do decreto prisional, com expressa menção à situação concreta, na medida em que, além da repercussão do crime na comunidade local, há notícias de envolvimento dos réus com policiais civis e militares, de risco à segurança das testemunhas, e indicativos de reiteração de condutas delituosas, o que pode, por certo, comprometer, de um lado, a ordem pública e, de outro lado, a instrução criminal.

7. Ordem parcialmente concedida, apenas para determinar que seja o Paciente submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri com a urgência que o caso requer. (HC 161188 / RJ; HABEAS CORPUS; 2010/0018795-4Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) ; Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA; Data do Julgamento 08/11/2011)

No acórdão em questão verifica-se que a interceptação telefônica fora autorizada pelo período de 30 (trinta) dias ininterruptos, o que contraria o art. 5º da Lei n. 9296/96 que determina que o prazo de interceptação telefônica será de 15 dias prorrogável por igual período, demonstrando claramente a inobservância das normas procedimentais pelos operadores do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo fez-se necessária a análise de diversos princípios constitucionais, os quais devem ser considerados como alicerce de todo o ordenamento jurídico, devendo portanto ser observados por todos os operadores do direito.

Ao analisar a Constituição, está demonstrado que esta estabelece um sistema de normas garantidoras das liberdades individuais, prevendo os direitos e garantias fundamentais com o poder de fazer refletir sobre todo o ordenamento jurídico seus preceitos em nome da supremacia constitucional e em razão do Estado Democrático de Direito. Ainda, com relação a esta análise, a observância dos direitos fundamentais durante a investigação criminal não é apenas garantia do investigado, mas do cidadão o qual estará resguardado pela efetividade desses direitos consagrados constitucionalmente.

Verificou-se que quanto à interceptação telefônica, esta é um meio de prova legalmente regulamentado e instrumento valioso na persecução penal, mas deve ser analisada e utilizada à luz de todo texto constitucional e em estrita observância aos procedimentos traçados pela Lei n. 9.296/96 e de acordo com a resolução 59 do CNJ, não podendo justificar-se pela ineficiência dos órgãos investigativos do Estado, devendo ser autorizada como exceção e não como regra. A utilização indevida da prova, em desalinho com as normas traçadas pela legislação ordinária é atentatório a ordem constitucional e ao Estado Democrático de Direito.

Todavia, no que se refere à jurisprudência, esta em alguns casos vem chancelando as ilegalidades cometidas durante a interceptação telefônica, vez que ao encontrarem provas da prática de ilícito penal sejam elas colhidas em conformidade com a lei ou não, tem excluído os princípios basilares do direito em detrimento dos direitos fundamentais, numa clara demonstração de que os fins justificam os meios. Percebeu-se que diante da análise de julgados recentes, não existe um consenso sobre a decretação de validade ou não de uma prova colhida com inobservância do procedimento traçado pela Lei n. 9296/96. Não se pode olvidar que Supremo Tribunal Federal considerou nulas as interceptações ocorridas após a Constituição de 1988 e antes do advento da Lei n. 9296/96 pela falta de norma regulamentadora do procedimento para a interceptação telefônica e com muito mais fundamentos deve considerar nula a interceptação telefônica realizada à revelia da Lei n. 9296/96.

Comprovou-se que as decisões judiciais são diversas, ora desconsiderando a prova tida como ilícita, ora considerando-a como válida, o que gera grande insegurança jurídica aos cidadãos, retrocedendo-se ao Estado totalitário, que significa a volta de regimes ditatoriais muito severos e violadores dos direitos humanos.

Verifica-se que a base de um Estado Democrático de Direito não concebe a admissibilidade de prova ilícita no processo, pois os direitos fundamentais e os princípios constitucionais regem o ordenamento jurídico como um todo e não podem deixar de ser observados.

Esclareceu-se que não se pode deixar de cumprir a missão de promover o combate à criminalidade crescente e organizada pelos órgãos de segurança pública, porém durante a investigação criminal deve haver harmonia com os princípios constitucionais e às leis ordinárias que primam pela busca da concretização da democracia no país tão comprometida em décadas passadas.

O equilíbrio e a paz social, estabelecidos através da segurança pública, não devem ser alcançados a qualquer custo, os fins não podem justificar os meios, a condenação do delinqüente deve obedecer a ritos e procedimentos legais, uma vez que a obtenção e inserção da prova no processo devem ser feitos de forma transparente, justa e em estrita observância dos princípios da legalidade e do devido processo legal.

Finalmente, insta considerar que em análise à Lei n. 9.296/96 conclui-se que apesar de atender a uma exigência constitucional na regulamentação do art. 5º, XII da CF/88, a lei não abrangeu todas as possíveis situações envolvidas durante o procedimento de interceptação telefônica, sendo uma das falhas a falta de previsão de um estrito controle durante a realização da interceptação, a qual apesar de necessária deveria ser tida como exceção por afastar um direito fundamental do cidadão.

Pela análise realizada, sugere-se que a lei seja modificada no sentido de regulamentar de forma restrita os casos passíveis de serem investigados através da interceptação telefônica, não como foi regulamentado pela Lei n. 9296/96, pois esta o fez de forma genérica, como se a interceptação telefônica fosse a regra, o que trouxe a possibilidade da obtenção da prova em todos os crimes punidos com reclusão, enquanto deveria limitar-se apenas aos crimes de maior potencial ofensivo como fez a lei de prisão temporária.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. Rui Barbosa e as questões constitucionais essenciais do Poder Judiciário na República. **In:** Jurispoiesis, Rio de Janeiro, Universidade Estácio de Sá, ano 1, nº 1, 1999.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas, Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BERNARDI, Renato. **A inviolabilidade do Sigilo de Dados**. São Paulo: Fiuza Editores. 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 20 fev. 2011.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Comercial. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1800-1850/D737.htm> Acesso em: 25 abril 2011.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 18 fev. 2011.

_____. 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. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm. Acesso em: 19 abril 2011.

_____. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm> Acesso em: 16 fev. 2011.

_____. PLS - Projeto de Lei do Senado, Nº 156 de 2009. Reforma do Código de Processo Penal. Autor: Senador José Sarney. Senado Federal. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645> Acesso em: 18 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 143697/PR. Impetrante: Jacinto Néelson de Miranda Coutinho. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; Quinta Turma. Julgamento: 22/09/2009. Publicação: **Diário da Justiça**: 13/10/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 49179/RS. Impetrante: Marcelo Rostro. Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Ministra Laurita Vaz. 5ª Turma. Julgamento 04/09/2006. **Diário da Justiça**: 30.10.2006 p. 341. Disponível em <http://stj.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 69552/PR. Impetrante: Marcos Cezar kaimen. Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Ministro Felix Fischer. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 06/02/2007. Publicação. **Diário da Justiça**: 14/05/2007 p. 347. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 94546/RJ. Impetrante: Hélio Domingos Frasso Corrêa Filho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura (1131); Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento: 18/11/2010. **Diário da Justiça**: 07/02/2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 76686/PR. Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Ministro Nilson Naves. Sexta Turma. Julgamento: 09/09/2008. **Diário da Justiça**: 10/11/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.128087/SP. Impetrante: Celso Sanchez Vilardi e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Ministro Jorge Mussi – Quinta Turma. Data do Julgamento: 27/10/2009. **Diário da Justiça:** 14/12/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 137349/SP. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Sexta turma. Julgado em 05/04/2011 – **Diário da Justiça:** 30/05/2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 dez. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 161188/RJ. Impetrante: André Luiz Silva Gomes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Laurita Vaz – Quinta turma. Julgado em 08/11/2011. **Diário da Justiça:** 23/11/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 16429/SC. Recorrente: Roberto Assis Soares. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 02/06/2006. **Diário da Justiça:** 23/06/2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/780971 /recurso -ordinário-em-mandado-de-segurança>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14. DOU de 1º/7/2009, p. 1. Disponível:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf>. Acesso em: 16 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 92020/DF. Paciente: César Herman Rodrigues. Impetrante: Aluísio Ludgren Corrêa Regis. Coator: Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 21/09/2010. **Diário da Justiça:** 08/11/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 83859/SP. Requerente: Heitor Borges da Silva Filho. Requerido: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 13/04/2004. **Diário da Justiça:** 30/04/2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 01 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164-0-SP. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Plenário. Decisão 30/10/95, **Diário da Justiça:** 1 de 17/11/95, p.39.206. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno – ADIN n. 1.488-9/DF. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL. Relator: Ministro Néri da Silveira. **Diário da**

Justiça, Seção I, 26 de novembro de 1999, p. 63. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 81154/SP. Paciente: Joivaldo Troyse Borges da Silva e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Maurício Corrêa. Julgamento: 02/10/2001 **Diário da Justiça**. Seção 1. 19/12/2001. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 21 maio 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1570/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. **Diário da Justiça** 22/10/2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ vol. 192-03 p. 838. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq-QO n. 2725/SP. Partes: Ministério Público Federal, Paulo Pereira da Silva, Pierpaolo Cruz Bottini e outros. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento: 25/06/2008. **Diário da Justiça** 182 de 25/09/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 626214/MG. Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado: Wanderley Salgado de Paiva. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 21/09/2010. Publicação 08/10/2010 **Diário da Justiça** vol. 02418-09. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4112/DF. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84827/TO. Paciente: José Liberato Costa Pova. Coator: Relator da Notícia Crime 359 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em 07/08/2007. **Diário da Justiça**: 22/11/2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 jul. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Câmaras Criminais Isoladas / 2ª Câmara Criminal. Processo n. 1.0518.08.158605-0/001(1). Apelante: Eduardo Henrique da Silva e outros. Relator: Desembargador Renato Martins Jacob; Data do Julgamento: 17/02/2011; **Diário da Justiça**: 04/03/2011, Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 14 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus n. 1.0000.07.453364-7/000(1); Paciente: Luciano Lúcio da Costa e outros. Relator: Desembargador Antônio Armando dos Anjos; Data do Julgamento: 15/05/2007. **Diário da Justiça**: 21/08/2007. Disponível: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais Processo n. 1.0024.07.799175-0/001(1). Apelante: Lúcia Dias Fernandes de Paiva e outros. Relatora: Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires; Julgamento: 18/06/2009. **Diário da Justiça**: 21/08/2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 21 jun. 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 59**. Disponível em www.cnj.jus.br. Acesso em: 16 jan. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. reformulada e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n.57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

CARNELUTTI, Francesco Carnelutti. **As misérias no Processo penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 1 ed. Campinas: Russel Editores, 2008.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9.296/96. Interceptação telefônica. **In**: Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, n. 47, p 03, out. 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FURLANETO NETO, Mário. **Pornografia infantil na internet: elementos diplomáticos como subsídio à caracterização do delito**. 2003. 144 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação). Faculdade de Filosofia e Ciências – Universidade Estadual Paulista, Marília, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Legislação Criminal Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**: Considerações sobre a lei 9296, de 24 de julho de 1996). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: RT, 2006.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. introdução à problemática científica do direito/ Hans Kelsen; trad. J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3 ed. rev. da trad.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

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

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **As provas no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PACHECO, Denílson Feitoza. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Lúmen Júris. 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RABINOVICH BERKMAN, Ricardo David. **Um viaje por la historia del derecho**. 1 ed. Buenos Aires: Quorum, 2007.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na Investigação Criminal**, 2ª. Edição, São Paulo, Ed. Edipro, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 Ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.