

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

LEONARDO HENRIQUE MALLMANN

**INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: ESTUDO DA ADI 3450 SOB O ENFOQUE
DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA IMPARCIALIDADE DO
JUIZ**

CRICIÚMA

2017

LEONARDO HENRIQUE MALLMANN

**INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: ESTUDO DA ADI 3450, SOB O ENFOQUE
DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA IMPARCIALIDADE DO
JUIZ**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
para obtenção do grau de bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense – UNESC.

Orientadora: Prof. Msc. Anamara de Souza.

CRICIÚMA

2017

LEONARDO HENRIQUE MALLMANN

**INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: ESTUDO DA ADI 3450, SOB O ENFOQUE
DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA IMPARCIALIDADE DO
JUIZ**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de bacharel, no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma, 29 de junho de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Anamara de Souza - Mestre - (UNESC) - Orientadora

Prof. Leandro Alfredo da Rosa - Especialista - (UNESC)

Prof. João de Mello - Especialista - (UNESC)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela oportunidade concedida em minha vida, ao poder desfrutar da vida acadêmica possibilitando a realização de novos sonhos e conquistas.

A minha mãe Rudinara, por ser uma das pessoas mais importantes da minha vida, e ainda por ter sido uma fiel amiga nas horas em que pensei em desistir, a minha companheira Nathália, por ter estado ao meu lado ao longo desses 05 (cinco) anos, e aos meus filhos Davi e Amanda, que, além de serem as pessoas mais importantes em minha vida, serem a maior inspiração de minha luta para que um dia possa proporciona-los um futuro melhor.

Aproveito ainda a oportunidade para agradecer a minha orientadora Anamara de Souza, pela paciência nas horas difíceis e a todo corpo de professores da Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina pela dedicação nos ensinamentos e respeito para com os acadêmicos.

Por fim, agradeço a minha tia Francismara, maior incentivadora do meu começo na vida acadêmica, aos meus colegas, os quais convivi como uma família durante este período, e em especial a minha colega Siandra, pelas muitas ajudas ao longo de minha vida acadêmica.

RESUMO

A presente monografia de conclusão de curso trata da (in) constitucionalidade do *caput* do art. 3º da Lei nº 9.296/96, que possibilita ao magistrado de ofício, determinar as interceptações telefônicas na fase pré-processual para fins de obtenção de provas. A Ação de Inconstitucionalidade nº 3450, que tramita no Superior Tribunal Federal tem como principal objetivo declarar se o juiz pode ou não determinar as interceptações telefônicas na fase de inquérito e se, de fato, a interpretação desta lei infringe os princípios do devido processo legal e imparcialidade do juiz. Assim, tem-se a exposição dos fundamentos de ambas as partes, com entendimentos doutrinários acerca dos pedidos veiculados na inicial para que se tenha uma noção maior do resultado de seu julgado. Para se chegar a uma conclusão dos entendimentos, utilizou-se da pesquisa bibliográfica com base no estudo da ADI 3450, no método hipotético-dedutivo. Em princípio, parte-se de uma visão geral afirmada por vários doutrinadores, chegando-se a conclusão mais particular. O resultado enfatiza possibilidades. Das afirmações colhidas, tem-se o entendimento de que o sistema pré-processual pode ser tanto acusatório como inquisitivo, depende da visão que se tem sobre o assunto. Analisam-se se, realmente, são ofendidos os princípios constitucionais do devido processo legal e da imparcialidade do juiz, ou se o magistrado tem que buscar a verdade real dos fatos, não sendo mero espectador do direito.

Palavras-chave: Investigações Preliminares. Interceptações Telefônicas. Devido Processo Legal. Imparcialidade do Juiz. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This monograph of course conclusion deals with the (in) constitutionality of the caput of art. 3 of Law 9.296 / 96, which allows the magistrate to determine the telephone interceptions in the pre-procedural phase for the purpose of obtaining evidence. Unconstitutionality Action No. 3450, which is processed in the Federal Superior Court, has as main objective to declare whether or not the judge can determine telephone interceptions in the investigation phase and whether, in fact, the interpretation of this law violates the principles of due process of law and Impartiality of the court. Thus, we have the exposition of the fundamentals of both parties, with doctrinal understandings about the requests conveyed in the initial so that one has a greater notion of the result of his tried. To arrive at a conclusion of the understandings, the bibliographic research was based on the study of ADI 3450, in the hypothetical-deductive method. In principle, one starts from a general view affirmed by several doctrinaires, arriving at the conclusion more particular. The result emphasizes possibilities. From the statements made, one has the understanding that the pre-procedural system can be both accusatory and inquisitive, depends on the view one has on the subject. They analyze whether the constitutional principles of due process and the impartiality of the judge are actually offended, or whether the magistrate has to seek the real truth of the facts, and is not merely a spectator of the law.

Keywords: *Preliminary Investigations. Telephone Interceptions. Due Process Legal. Impartiality of the Judge. Direct Action of Unconstitutionality.*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O SISTEMA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL: HISTÓRICO, CONCEITUAÇÃO E PRINCIOLOGIA	9
2.1	APANhado HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS NO ÂMBITO DEMOCRÁTICO E PRINCIPAIS CONCEITUAÇÕES	9
2.1.1	Provas ilícitas	12
2.1.2	Direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem	15
2.2	PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS PROVAS	16
2.2.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	16
2.2.2	Princípio da presunção de inocência	17
2.2.3	Princípio do devido processo legal	18
2.2.4	Princípio do contraditório e da ampla defesa	19
2.2.5	Princípio da imparcialidade do juiz	20
2.2.6	Princípio do livre convencimento e da motivação das decisões	21
2.2.7	Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos	22
2.2.8	Princípio da verdade formal em comparação à verdade real	23
3	A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DETERMINADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL	26
3.1	INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	26
3.2	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	29
3.3	DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	31
3.4	INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, ESCUTAS TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS	32
3.5	INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS SOB A ÉGIDE DO DIREITO BRASILEIRO	34
3.6	REQUISITOS PARA A DETERMINAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	36
3.7	AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL PRODUZIDAS OU AUTORIZADAS PELO JUIZ PREVENTO DA CAUSA	37
4	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3450	39
4.1	ENFOQUE SOBRE OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ	39

4.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO CAPUT DO ART. 3º DA LEI Nº 9.296/96: ANÁLISE DA ADI 3450 E ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS RELACIONADOS AO TEMA	42
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso de Direito trata acerca da interceptação telefônica ser determinada de ofício pelo juiz, sendo medida cautelar incidental, quando a ação penal está em curso, ou preparatória na fase pré-processual, momento de investigação policial sobre autoria e delito.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pelo Procurador-Geral da República visando declarar a inconstitucionalidade do *caput* do art. 3º da Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, com base e fundamentos de que o referido dispositivo, na parte em que possibilita ao magistrado determinar de ofício as interceptações telefônicas, confronta os princípios de devido processo legal e da imparcialidade do juiz, afirmando que o juiz competente não pode produzir provas para, após, julgar.

De uma forma geral, as interceptações telefônicas são utilizadas em no ordenamento jurídico brasileiro desde que atendidos os requisitos legais para este procedimento, os quais estão previstos em lei específica.

Diante da inconstitucionalidade ou não do magistrado determinar de ofício as interceptações telefônicas na fase de inquérito, estão inseridos neste contexto a busca pela verdade real dos fatos e a inércia em sua posição quanto as provas a serem obtidas.

Na ADI 3450, são abordados os pedidos apresentados, fazendo uma análise dos fundamentos que a instruem, sempre relacionando as suas teses a conceitos doutrinários.

Assim, explana-se os conceitos relacionados ao tema, como também, os entendimentos doutrinários referentes ao caso em questão e sua importância com relação da liberdade do juiz frente a sociedade e se realmente o dispositivo questionado infringe os princípios elencados em nossa constituição.

Elabora-se o presente estudo através de pesquisa bibliográfica e análise do caso em concreto, divididos em três capítulos. No primeiro serão tratados os conceitos básicos e princípios. No segundo é feito um apanhado geral sobre a interceptação telefônica e suas peculiaridades, e por fim, no terceiro capítulo é realizado uma abordagem mais profunda dos princípios do devido processo legal e da imparcialidade do juiz e, ainda, uma análise das peças constantes na ADI 3450, decisões e fundamentos explanados com entendimentos doutrinários relacionados.

2 O SISTEMA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL: HISTÓRICO, CONCEITUAÇÃO E PRINCIPALIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu, categoricamente, o Estado Democrático de Direito, que tem como principal função assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, segurança, bem-estar, igualdade e justiça, baseadas em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. (BRASIL, 2017a).

Evidenciados tais preceitos, cabe lembrar, conforme Lyra Filho (2006, p. 104), que direito “não é, mas deve ser”. Destaca o autor que “Direito é o reino da libertação, cujos limites são determinados pela própria liberdade”.

Em concordância com a citação acima, compreende-se que a visão, conceituação e forma de aplicação do direito tem passado por inúmeras transformações ao longo da história.

Cumprido destacar que, as mudanças e modernizações conceituais aplicadas ao direito, vêm no sentido de adaptar-se às necessidades da sociedade, que estão em constante modificação e evolução.

Contudo, há que se atentar para o fato de que os direitos conquistados arduamente, especialmente no que tange ao devido processo legal e direitos e garantias individuais devem ser preservados, sob pena de vermos todo o ordenamento ruir.

Antes de adentrar com profundidade ao tema proposto, mostra-se necessário relembrar as mudanças pelas quais passou o direito para que pudesse encontrar uma forma equilibrada de existência, garantindo o mínimo de segurança jurídica àqueles que enfrentam uma demanda judicial, ou, até mesmo, se veem na posição de investigados pelo Estado.

2.1 APANHADO HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS NO ÂMBITO DEMOCRÁTICO E PRINCIPAIS CONCEITUAÇÕES

O Brasil está fundado sob a denominação de Estado Democrático de Direito, ou seja, conforme bem esclarece Capez (2010), não se trata apenas de proclamar igualdade entre todos, mas, impor metas e deveres que sejam pilares de uma sociedade justa, solidária e livre, garantindo o desenvolvimento da nação, com

vista a erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem comum e combatendo qualquer espécie de preconceito e discriminação, além de assegurar o pluralismo político, a liberdade de expressão, o resgate à cidadania e, especialmente, a afirmação do povo como fonte única do poder na luta pela dignidade humana.

Mostra-se de fundamental valia, para explicação, diferenciar Estado Democrático de Direito do que já foi, outrora, simplesmente Estado de Direito.

Neste sentido, observa-se:

Estado Democrático de Direito é muito mais do que simplesmente Estado de direito. Este último assegura a igualdade meramente formal entre homens, e tem como características: (a) a submissão de todos ao império da lei; (b) a divisão formal do exercício das funções derivadas do poder, entre órgãos executivos, legislativos e judiciários, como forma de evitar a concentração da força e combater o arbítrio; (c) o estabelecimento formal de garantias individuais; (d) o povo como origem formal de todo e qualquer poder; (e) a igualdade de todos perante a lei, na medida em que são submetidos às mesmas regras gerais, abstratas e impessoais; (f) a igualdade meramente formal, sem atuação efetiva e interventiva do Poder Público, no sentido de impedir distorções sociais de ordem material. (CAPEZ, 2010, p. 22-23).

Com o crescimento do liberalismo burguês a sociedade necessitava de normas que, embora bem menos flexíveis, pudessem trazer aos cidadãos um pouco de segurança contra os abusos do monarca. Desta forma, mesmo que furtadas de justiça real em completa aplicação, as normas inflexíveis da época acabaram por substituir o arbítrio do rei pelo do legislador. (CAPEZ, 2010, p. 23).

Observando-se a história, é possível constatar que antes do surgimento do que acima se denominou estado de direito, houve, na Grécia antiga, os chamados governos de assembleias, "que consiste na atribuição dos poderes deliberativos centrais da cidade-estado a um corpo formado por seus mais ilustres membros [...], ao qual incumbia a consideração e decisões sobre as questões principais da vida nacional[...]." (MELLO, 2000, p. 19).

É perceptível, ao longo da existência da civilização, a busca incessante pela garantia dos direitos fundamentais.

Farias (2000, p. 44) traz, em sua obra, a definição para tais direitos, bem como, discorre sobre sua importante função na sociedade:

Os direitos fundamentais, entendidos como a concreção histórica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, hodiernamente

cumprem uma função primordial: constituem paradigma de legitimação de regimes políticos. Vale dizer: quanto mais um Estado procura torná-los eficazes, mais legitimidade adquire perante a comunidade internacional. Ao revés, será considerado menos democrático e legítimo o regime político que desrespeita e propicia a agressão a esses direitos.

Ainda, sobre os direitos fundamentais, o artigo 5º da Constituição Federal, mais precisamente seus incisos X, XII, XLI, LV, LVI, LVII e seus parágrafos 1º e 2º, tratam dos direitos fundamentais e individuais discutidos com maior afinco no presente trabalho, determinam:

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:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

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;

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

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

[...]. (BRASIL, 2017a).

Cristalinamente a Constituição de 1988 pretende preservar tais direitos, do contrário, não estariam previstos no título dos direitos e garantias fundamentais, e neste sentido, leciona Capez (2010, p. 25):

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam, passando o tipo penal a ser uma categoria aberta, cujo conteúdo deve ser preenchido em consonância com os princípios derivados deste perfil político-constitucional. [...].

Resta claro na visão do autor, que não pode o processo penal, na figura de seus aplicadores, minimizarem a importância atribuída aos direitos e garantias fundamentais, mas sim, aplicar o devido processo legal com os olhos voltados para a constitucionalidade, caso contrário, ver-se-ia cair por terra a luta de séculos pela positivação e adequação de normas que causem seus devidos efeitos, porém, nos moldes da legalidade.

Mostra-se imprescindível, para o bom andamento do presente trabalho, a conceituação de alguns dos termos mais proeminentes. Não se pretende, contudo, esgotar cada um dos conceitos, mas, fazer-se uma abordagem de modo que a compreensão do todo se torne plausível.

2.1.1 Provas ilícitas

De acordo com Távora e Alencar (2014, p. 496), “prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio”.

Ainda, segundo os mesmos autores, a finalidade ou objetivo das provas se encontram na obtenção do convencimento daquele que irá analisar o processo, dizer o direito e, por fim, condenar ou absolver o réu.

Escrevem os referidos doutrinadores:

Busca-se o melhor resultado possível, a verdade viável dentro daquilo que foi produzido nos autos. Por isso a importância de processos com qualidade, pois só poderá haver condenação em face da certeza de culpabilidade, e esta não é obtida através de conjecturas ou suposições, e sim por intermédio de um escorço probatório sólido. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 496).

Barros (2010) reforça que nos processos em que a natureza for condenatória, para se chegar ao resultado pretendido, mostra-se prescindível comprovar a verdade dos fatos alegados.

Em sua teoria, a prova pode ser qualquer coisa, seja ela material ou não, desde que seja capaz de corroborar, de forma idônea, com a realidade dos fatos.

Ainda segundo o mesmo autor, “como os fatos alegados constituem propriamente o objeto da prova, em primeiro lugar deve-se provar a veracidade da afirmação positivada a respeito da existência do fato ilícito e de sua autoria, conforme descrito na peça acusatória” (BARROS, 2010, p. 149).

Em resumo, tem-se como conceito de prova, qualquer coisa, material ou não, idônea, que seja produzida dentro das normas legais, capaz de demonstrar a verdade dos fatos que objetive convencer o juiz da causa.

Uma vez definido o conceito e o objetivo principal das provas, parte-se para a análise do título, ou seja, o conceito e a visão jurídica das provas ilícitas.

Távora e Alencar (2014) esclarecem que o Código de Processo Penal não traz, em seus artigos, o rol exaustivo dos meios de provas admitidas no ordenamento.

Ocorre que, os meios de prova listados na legislação penal vigente, estão previstos entre os artigos 158 e 250 do CPP, sendo conhecidas por provas nominadas. Contudo, não sendo o rol dos referidos artigos taxativo, em razão da busca pela verdade real, existem as chamadas provas inominadas, ou seja, aquelas possíveis de serem utilizadas, porém, ainda não disciplinadas em lei. (TÁVORA; ALENCAR, 2014).

Para a utilização dos “meios probatórios não disciplinados em lei”, exige-se que sejam moralmente legítimos e não afrontem o próprio ordenamento. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 504).

Na busca de equilíbrio entre o exercício dos poderes/deveres do Estado e a garantia da tranquilidade do cidadão, com proteção de sua intimidade, imagem, privacidade e outros direitos pessoais, percebe-se o quão difícil se torna a tarefa de produzir, analisar e acatar o que o conjunto probatório tem como objetivo comprovar.

Távora e Alencar (2014), escrevem que o que se tem como princípio da liberdade probatória não pode ser tomado por absoluto, ou seja, as provas utilizadas devem observar certos limites.

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal tem o seguinte conteúdo:

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:

[,,]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...] (BRASIL, 2017a).

Nesse sentido, ensinam Távora e Alencar (2014, p. 506-507) sobre as provas ilícitas:

A prova é taxada de **proibida** ou **vedada** toda vez que sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual. Por afrontar a disciplina normativa, não seria admitida ao processo. Temos, assim, por classificação amplamente aceita, as provas vedadas, proibidas ou inadmissíveis, que é o gênero, do qual são espécies:

a) As provas ilícitas: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex.: confissão obtida mediante tortura (Lei nº 9.455/1997); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (art. 10 da Lei nº 9.296/1996).

b) As provas ilegítimas: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (art. 159, § 1º, CPP).

c) As provas irregulares: para Paulo Rangel, além da classificação acima, ainda teríamos as chamadas provas irregulares, que seriam aquelas permitidas pela legislação processual, mas na sua produção, as formalidades legais não são atendidas. [...]. Ex: busca e apreensão domiciliar, que, embora seja prova admitida, o mandado não atenda aos requisitos formais do art. 243 do CPP, quais sejam, mencionar os motivos e os fins da diligência, ser subscrito por escrivão e pela autoridade que o fez expedir etc. Desta maneira, seria uma prova irregular e, por sua vez, inválida. (grifo dos autores)

Ainda que mencionem a terceira classificação em sua obra, utilizada por Rangel, os autores discordam de sua utilidade, pois, segundos os mesmos, uma vez que violam normas processuais, seriam ilegítimas.

Esclarecem, ainda, que é possível que uma prova viole, ao mesmo tempo, normas de direito material e de direito processual, revelando-se, desta feita, ilícita e ilegítima.

Neste diapasão, escrevem:

Quanto aos efeitos referentes à ilicitude ou à ilegitimidade, em regra, teremos as seguintes consequências: **(1)** tratando-se de prova ilícita em sentido estrito, que feriu regra de direito material, a prova deve ser desentranhada dos autos (exclusão da prova), não podendo ser parâmetro para fundamentar decisões; **(2)** cuidando-se de prova ilegítima, que maculou regra processual, a consequência estará afetada ao plano do reconhecimento de nulidade absoluta, nulidade relativa ou mera irregularidade, conforme o caso. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 507) (grifo dos autores)

Destacam os autores que, independente das classificações doutrinárias, a Carta Magna não faz distinção entre provas ilícitas ou ilegítimas. A Lei nº 11.690/2008, que reformou o sistema probatório, também não trouxe, em seu texto, tal diferenciação (TÁVORA; ALENCAR, 2014).

Uma vez que o magistrado perceba o vício na prova, ou em sua confecção, deverá ouvir as partes e, após, determinar o desentranhamento destas

dos autos. Preclusa a decisão, a prova ilícita, ou assim confeccionada, será destruída, sendo facultado às partes acompanhar tal procedimento.

Távora e Alencar (2014) analisam que o legislador pretendia inserir no artigo 157, § 4º do CPP, a determinação de que o juiz que houver mantido contato com as provas ilícitas estaria impedido de proferir decisões no processo, devendo enviar os autos ao substituto legal. Contudo, em suas opiniões, tal procedimento deve ser tomado com cautela, vez que a presunção de contaminação com as provas poderia afastar o juiz natural da causa.

Destaca-se, por exemplo, o risco de uma das partes implantar as provas ilícitas intencionalmente com o intuito de afastar este ou aquele magistrado. Tais discussões fizeram com que o referido parágrafo fosse vetado pela Presidência da República, deixando espaço, no entanto, para que o próprio julgador, ao perceber “os maléficos efeitos da prova ilícita no seu convencimento, decline *ex officio*, declarando-se incompatibilizado para sentenciar”. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 509).

2.1.2 Direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem

Barros (2010) esclarece que existem direitos individuais que podem restringir a forma na produção ou as provas, propriamente ditas.

Tais direitos estão previstos na Constituição Federal de 1988, sendo os chamados direitos invioláveis, ou seja, trata-se do “atributo que protege, de qualquer violência, direitos personalíssimos ou preserva o estado das coisas relacionadas com esses direitos” (BARROS, 2010, p. 179).

Seguindo o contexto, destaca-se:

O elenco dos direitos abrigados sob o manto da inviolabilidade abrange, além de outros, a casa e a própria intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; e o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. (BARROS, 2010, p. 179).

Em contraposição com a busca pela verdade real, é admissível que os direitos acima elencados, ou seja, especialmente a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem, daqueles suspeitos de prática de crime, sejam mitigados não podendo os direitos individuais aqui estudados, serem considerados “intocáveis, sob

pena de reduzir ao pó toda a estrutura de persecução penal adotada pelo sistema investigativo brasileiro” (BARROS, 2010, p. 182).

Dessa forma, a admissão da quebra do sigilo, privacidade, intimidade, bem como dos demais direitos inseridos nos individuais, ocorrendo excepcionalmente, deve ser ordenada pelo juiz, e não por qualquer autoridade, como por exemplo, a autoridade administrativa policial (BARROS, 2010).

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS PROVAS

De acordo com Damásio de Jesus (2010), os princípios não são fontes imediatas do direito penal, mas, mediatas, podendo suprir, no Processo Penal, apenas as normas não incriminadoras.

Isto equivale a dizer que, não havendo norma penal incriminadora, a conduta praticada pelo agente deverá ser considerada atípica e, desta feita, não sendo passível de punição, não podendo, o magistrado, valer-se deste ou daquele princípio para imputar autoria alguma ao autor de ato não previsto em lei, mesmo que imoral ou antiético.

A ideia acima exposta pretende apenas esclarecer que, em regra, os princípios não podem se sobrepôr às leis. Observa-se, contudo, que tal opinião não tem o condão de retirar a importância dos princípios. Pelo contrário, são estes de extrema importância para assegurar a aplicação da lei e a fundamentação das decisões judiciais, desde que não contrariem texto legal expresso.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Capez (2010, p. 25) ensina que existem inúmeros princípios regradores do Estado Democrático de Direito e, dentre todos, verifica-se que a dignidade da pessoa humana “[...] trata-se de um braço genérico e abrangente, que deriva direta e imediatamente deste moderno perfil político [...]”, no qual a sociedade encontra-se.

Está previsto no art. 1º, inciso I, da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]. (BRASIL, 2017a).

Extrai-se, do texto constitucional, que a dignidade da pessoa humana está entre os principais fundamentos, ou seja, princípio basilar do Estado Democrático de Direito a que estamos sujeitos. Assim, deve ser levado, tal princípio, em alto grau de consideração quando da decisão pelo magistrado, especialmente quando tal decisão for colocar em risco a liberdade do acusado, bem como, não poderá, o magistrado, por vedação constitucional, impor pena de morte ou tortura ao condenado, devendo a punição ser mantida nos limites e parâmetros previstos em lei que defina o ato típico e sua cominação legal.

2.2.2 Princípio da presunção de inocência

Para Távora e Alencar (2014), o princípio da presunção de inocência, embora já tivesse aplicação implícita invocada anteriormente, foi introduzido de forma expressa em no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988:

O artigo 5º, inciso LVII da CF/88 determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2017a).

Percebe-se, assim, que a menos que todas as provas comprovem a autoria do agente, e até que este tenha se valido de todos os meios possíveis de recurso, não poderá ser considerado culpado de qualquer crime. Ou seja, presume-se inocente até que se prove o contrário, “cabendo à acusação o ônus probatório” de qualquer alegação (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 61).

Nesse sentido, vale ressaltar:

Pela presunção de inocência, as medidas cautelares durante a persecução estão a exigir redobrado cuidado. Quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico, busca e apreensão domiciliar, ou a própria exposição da figura do indiciado ou réu na imprensa através da apresentação da imagem ou de informações conseguidas no esforço investigatório podem causar prejuízos irreversíveis à sua figura. Atenta a estas premissas, a recente alteração introduzida pela Lei nº 12.403/2011, que instituiu novas medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal, estabelece que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 61).

Os autores deixam claro que, do princípio em análise, partem duas regras fundamentais: a primeira é a regra probatória ou de juízo, onde quem acusa deve

prova a culpa do agente, e não este tem a obrigação de comprovar sua inocência; a segunda, é a de tratamento, onde ninguém poderá ser considerado culpado antes de sentença transitada em julgado, sendo vedado qualquer juízo antecipatório de condenação ou culpabilidade.

2.2.3 Princípio do devido processo legal

No que concerne a compreensão do devido processo legal, entende Tourinho Filho (2007, p. 26), que o referido princípio, também denominado *due process of law*, sempre foi observado. Porém, atualmente “ele foi erigido à categoria de dogma constitucional”.

Dispõe o artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 2017a).

Ainda, segundo Tourinho Filho (2007, p. 26), o devido processo legal está intrinsecamente ligado aos direitos e garantias fundamentais e individuais previstos na Constituição Brasileira, tais como a “a presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, [...], ampla defesa, contraditório, [...]” entre outros.

Fernandes (2007, p. 35) enfatiza que:

É o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperada, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu). Nenhuma dessas atividades deve ser o centro, impondo-se sobre as outras. O excessivo realce à predominância da jurisdição sobre as partes é reflexo do valor dado ao intervencionismo estatal na sociedade e na vida dos indivíduos. Prestigiar a ação é ressaltar a atividade do autor em detrimento da atuação do Estado e da defesa. Colocar a defesa como a razão do processo é, também, valorizar uma das partes da relação jurídica processual em prejuízo da outra. O processo é o ponto de convergência e de irradiação. É nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito. É mediante o processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce a sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa.

A citação acima transcrita traz a compreensão de que, em se falando do devido processo legal, em um Estado Democrático de Direito, devem as partes estar em igualdade de condições no que tange aos procedimentos processuais, para que possa, o juiz, dizer o direito de forma justa e com o mínimo de intervenção possível, pautado no princípio do livre convencimento, dentro das regras materiais e processuais previstas.

2.2.4 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa encontram guarida na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 2017a).

Nas palavras de Tourinho Filho (2007, p. 21) o contraditório traduz-se da seguinte maneira:

Aliás, em todo processo de tipo acusatório, como o nosso, vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, goza de direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido”.

Assim, a ideia que se tem por objetivo traduzir é a de que “a parte deve ser ouvida”, podendo se pronunciar sobre qualquer ato produzido pela parte contrária nos autos. Devem, portanto, estarem as partes em igualdade de condições processuais, apenas com o Órgão Jurisdicional em situação um pouco acima desta, afinal, após análise de toda persecução processual, dará à cada um conforme o seu direito (TOURINHO FILHO, 2007, p. 21).

De acordo com Távora e Alencar (2014), a ampla defesa é garantia assegurada ao acusado, ao contrário do que acontece no contraditório, que é assegurado às duas partes no processo.

Os autores discorrem ainda sobre a divisão da defesa, nos seguintes termos:

A defesa pode ser subdividida em: (1) defesa técnica (defesa processual ou específica), efetuada por profissional habilitado; e (2) autodefesa (defesa material ou genérica), realizada pelo próprio imputado. A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 65).

Nesse sentido, a fim de reforçar a importância do referido princípio dentro do processo, vale ressaltar a súmula 523 do STF, a qual traz a garantia da defesa ao acusado: “Súmula 523: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (BRASIL, 2017b).

Távora e Alencar (2014, p. 65) destacam que a Súmula acima se refere ao direito de defesa técnica, e que sua ausência acarreta a nulidade absoluta, porém, apenas se houver prejuízo para o réu. Assim, não se deve confundir a “plenitude da defesa”, usada no tribunal do júri, com a ampla defesa. Esta última permite a utilização apenas de argumentos técnicos, enquanto a primeira, admite também argumentos de cunho sentimental, social, etc., com o intuito de convencer o júri.

Fernandes (2007, p. 291) escreve que “defesa e contraditório estão intimamente relacionados e ambos são manifestações da garantia genérica do devido processo legal”. Há que se atentar para o fato, porém, de que os referidos institutos não são derivações um do outro, ainda que ligadas entre si dentro do devido processo legal.

2.2.5 Princípio da imparcialidade do juiz

Seria comprovado comportamento antidemocrático, antijurídico e eivado de ilegalidade caso o juiz de determinada causa se deixasse influenciar por qualquer sentimento, comportamento e fundamentação pessoal, que beneficiasse uma das partes em detrimento da outra.

Não se pode admitir, no entendimento de Tourinho Filho (2007), um juiz parcial. Por isto, o princípio da imparcialidade do juiz é que poderá realmente abranger, deferir e garantir que a justiça seja feita dentro da legalidade prevista no ordenamento jurídico.

Para que se tenha a certeza de um juiz realmente imparcial é preciso atentar para o seguinte:

[...] a imparcialidade exige, antes de mais nada, independência. Nenhum juiz poderia ser efetivamente imparcial se não estivesse livre de coações, de influências constrangedora, enfim, de ameaças que pudessem fazê-lo temer a perda do cargo. Daí as garantias conferidas à Magistratura pela Lei Maior: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Por outro lado, se houver motivo que, eventualmente, possa afetar-lhe a imparcialidade, qualquer das partes pode excepcionar-lhe o impedimento, incompatibilidade ou suspeição, nos termos dos arts. 252, 254 e 112, todos do CPP, se ele próprio não se antecipou, abstendo-se de atuar no feito. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 18).

Resta claro, portanto, que os benefícios dos quais goza o magistrado, com previsão constitucional, são para assegurar a imparcialidade em suas decisões, sendo possível por reivindicação das partes, ou ao próprio juiz de ofício, alegar impedimento, incompatibilidade ou suspeição.

2.2.6 Princípio do livre convencimento e da motivação das decisões

Colacionado ao princípio em estudo, está o da motivação das decisões, previsto constitucionalmente, e que determina a possibilidade de o magistrado julgar livremente, desde que o faça de forma motivada. “A fundamentação, no processo penal, deve se apoiar nos elementos produzidos perante o contraditório judicial [...]”. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 70).

Portanto, poderá o magistrado decidir de acordo com seu melhor entendimento, ou seja, por seu livre convencimento em razão das provas apresentadas, mas não poderá, no entanto, fugir à obrigação de motivar, ou fundamentar, tal decisão.

A Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, traz expressamente a obrigatoriedade em relação à motivação das decisões judiciais:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 2017a)

Sobre a previsão constitucional expressa no texto do artigo acima, escreve Fernandes (2007) que a motivação deverá, obrigatoriamente, ser coerente, completa e clara, inclusive, sob pena de nulidade absoluta do ato, que neste caso seriam as decisões.

Também esclarece o autor, que a motivação não poderá ser implícita, ou seja, carente de compreensão, devendo “[...] o juiz, no exercício de sua função jurisdicional, quando produz o principal ato de sua atividade, fazendo atuar a vontade da lei ao caso concreto, deve primar pela clareza e precisão”. (FERNANDES, 2007, p. 143).

2.2.7 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

Necessário se mostra, a priori, a transcrição do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 2017a).

Tourinho Filho (2007), esclarece que anteriormente a entrada em vigor da CF/88, havia a possibilidade de apresentar ao processo judicial provas obtidas em desrespeito às normas de direito material, ainda que o artigo 233 do CPP trouxesse certo obstáculo para tanto. Importa informar que, o referido artigo se dirigia apenas à interceptação de cartas particulares, de forma criminosa.

No entanto, desde que a Carta Magna passou a vigorar, “[...] toda e qualquer prova obtida ilicitamente, seja em afronta à Constituição, seja em desrespeito ao direito material ou processual, não será admitida em juízo”. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 27).

No primeiro caso, ou seja, quando as provas obtidas por meio ilícito forem apresentadas pela acusação, devem ser excluídas do processo e, respectivamente, destruídas, seguindo as normas previstas. Se, ao contrário, quem apresentar as provas ilícitas, ou ilicitamente obtidas, for o réu, entende o autor que “[...] seria um não-senso sua inadmissibilidade. É que entre a liberdade e o direito de terceiro sacrificado deve pesar o bem maior, no caso a liberdade” (TOURINHO FILHO, 2007, p. 27).

Frisa-se, ainda, que a inadmissibilidade tratada no princípio em destaque não se restringe às provas obtidas de forma ilícita, mas, também, àquelas denominadas “ilícitas por derivação”. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 27).

Quanto ao conceito de prova ilícita, define Tourinho Filho (2007, p. 28):

[...]. Diz-se a prova ilícita por derivação quando, embora recolhida legalmente, a autoridade, para descobri-la, fez emprego de meios ilícitos. Os americanos usam da expressão *fruits of the poisonous tree* (fruto da árvore envenenada). [...] mediante escuta telefônica (prova ilícita), obtém-se informação do lugar em que se encontra o entorpecente, que, a seguir, é apreendido com todas as formalidades legais.... Assim, a obtenção ilícita daquela informação se projeta sobre aquela diligência de busca e apreensão, aparentemente legal, mareando-a, nela transfundindo o estigma da ilicitude penal.

Na mesma linha de raciocínio, Távora e Alencar (2014, p. 509) escrevem:

A produção de prova ilícita pode ser de extrema prejudicialidade ao processo. Os efeitos da ilicitude podem transcender a prova viciada, contaminando todo o material dela decorrente. Em um juízo de causa e efeito, tudo que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos. A teoria dos frutos da árvore envenenada também é conhecida como teoria da ilicitude derivada ou, ainda, teoria da mácula (*taint doctrine*). (grifo dos autores).

Desse modo, antes da entrada em vigor da Lei 11.690/2008, não havia previsão expressa no ordenamento, proibindo a utilização das provas ilícitas por derivação. Entendem que a Constituição, em seu artigo 5º, inciso LVI, determina a vedação apenas em relação a admissibilidade das provas ilícitas, sem incluir aí, aquelas derivadas destas (TÁVORA; ALENCAR, 2014).

A Lei nº 11.690/2008 alterou o texto do artigo 157 do CPP, determinando sua nova redação o que segue:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
 § 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. (BRASIL, 2017c).

Compreendem Távora e Alencar (2014, p. 510), que o magistrado deverá, no caso concreto, analisar e determinar o nível de contaminação das provas obtidas por ilicitude derivada, observando “[...], a extensão do dano, que está ligado ao grau de vínculo existente entre a prova antecedente e a consequente. Afastado o nexo, afastada estará a ilicitude.”

Para finalizar o presente tópico, Távora e Alencar (2014, p. 514), entendem que “[...] a ausência de dolo por parte do agente não ilide a contaminação, posto que é imprescindível não só a boa-fé subjetiva, mas, também a objetiva, [...]”. Ou seja, havendo ou não o dolo, a contaminação da prova deve ser analisada pelo magistrado no caso concreto e no contexto em que se encontrar.

2.2.8 Princípio da verdade formal em comparação à verdade real

Conforme Barros (2010, p. 26), “verdade, do latim, *veritate*, tem o sentido de exatidão, realidade, conformidade com o real. [...]”. Para o estudo jurídico a verdade necessita ser avaliada sob o seguinte prisma:

Vislumbrando a definição de verdade que mais se aproxima do enfoque jurídico, é possível deparar-se com aquela que, analisando-a do ponto de vista da atividade jurisdicional, classifique-a em “verdade de fato” e “verdade de direito”. A primeira consolida-se quando o juízo de valor que o julgador forma acerca de certo caso, ou acontecimento, está inteiramente conforme as provas existentes a seu respeito. A segunda (verdade de direito) se verifica ao tempo da aplicação da lei ao caso concreto, isto é, quando o juiz declara a regra que dá o verdadeiro sentido ao fato, em conformidade com o pensamento que apreende do legislador. (BARROS, 2010, p. 28-29).

Existem, segundo o autor, inúmeros sentidos empregados à palavra verdade, porém, em sua visão, a que deve ser levada em conta, no processo penal, é a denominada verdade processual que, apesar de também sofrer juízo de valor, “[...] é naturalmente assimilada com esteio nas provas produzidas no curso do procedimento” (BARROS, 2010, p. 29).

Depreende-se da obra utilizada como base no presente subtítulo, que a verdade é una e indivisível. Há que se levar em consideração, no entanto, que a maior ou menor relevância atestada à verdade em cada situação, se dá em razão das formas de tratamento para a mesma, que sejam previstas em leis processuais, entendimentos jurisprudenciais e doutrinários.

Necessário ponderar que o direito assegurado e perseguido no processo (verdade real) não pode ser confundido com o direito subjetivo da parte, assim como, da mesma forma, não se pode crer que a verdade formal, que convence o juiz por meio das provas, seja a absoluta verdade dos fatos. Se, dizer o direito é descortinar a verdade, conclui-se que ambos são complementares um do outro.

Neste sentido, entende Barros (2010, p. 33):

Assim sendo, pode-se dizer que a verdade é um elemento fundamental que o direito persegue e visa atingir. Todavia, nem sempre o intento é alcançado com sucesso. Ao contrário. O atual estágio de sofisticação das organizações criminosas, o crescimento incontrollável da criminalidade violenta e o temor que esta espalha entre as vítimas e testemunhas – males que não encontram no poder público a mesma medida reacionária -, prejudicam a revelação da verdade. Ou seja, desvendar a verdade tornou-se uma operação de difícil concretização nos processos criminais.

Desse modo, o princípio da verdade formal propriamente dito, é construção doutrinária e permite ao juiz ser mais flexível e “[...] condescendente na apuração dos fatos, sem que tenha de submeter-se ao rigor da exigência de diligenciar *ex officio* com o objetivo de descobrir a verdade, tal qual sucede no caso de aplicação do princípio da verdade material” (BARROS, 2010, p. 39).

Esta opção de política criminal, na qual se escolhe, em regra, a aplicação do princípio da verdade formal, em detrimento da verdade real, tem como finalidade a brevidade do processo, que poderá exaurir a reprodução jurídica do fato por meio das provas trazidas aos autos pelas partes.

Não significa que a ampla aplicação do princípio da verdade formal, com menor ênfase à verdade real, seja a melhor forma de aplicar o direito, nem de valorar as provas trazidas ao processo. No entanto, sendo a verdade algo não absoluto, buscar a verdade real de todos os fatos que formam o processo poderia ensejar que este jamais tivesse fim, visto se tratar de conceito, a certo ponto, subjetivo.

3 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DETERMINADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

No capítulo em destaque, trata-se em primeiro momento, das investigações preliminares, com enfoque na participação do juiz quando determina ou realiza atos no sentido de produção das provas que serão por ele analisadas.

Após a análise dos atos praticados pelo juiz natural da causa na fase pré-processual, dar-se-á atenção para a questão específica das interceptações e escutas telefônicas, bem como, das demais gravações clandestinas, onde se pretende esclarecer a possibilidade do juiz intervir na produção das provas que serão futuramente sopesadas e as consequências de referida intervenção.

3.1 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

De acordo com Lopes Junior (2006), “O sujeito passivo não deve mais ser considerado um mero objeto da investigação, pois, em um Estado de Direito como o nosso, existe toda uma série de garantias e princípios de valorização do indivíduo [...]”. Em outras palavras, o que o autor citado pretende é destacar a importância da fase pré-processual, ou seja, a chamada investigação preliminar para a melhor adequação das penas previstas no ordenamento jurídico a cada caso concreto.

Valendo-se, ainda, dos ensinamentos de Lopes Junior (2006), cabe informar que o sistema penal adotado no Brasil ainda é o acusatório e, desta feita, a fase de investigação preliminar é uma das formas de garantir intimidade, dentre outras garantias constitucionais, ao investigado no inquérito em andamento.

Escreve o autor:

O CPP de 1941 denomina a investigação preliminar do inquérito policial em clara alusão ao órgão encarregado da atividade. O inquérito policial é realizado pela polícia judiciária, que será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria (art. 4). (LOPES JUNIOR, 2006, p. 146).

Pretende-se esclarecer, portanto, que a fase de investigação preliminar tem o cunho de filtrar os fatos típicos, ilícitos e culpáveis capazes de serem realmente comprovados e penalizáveis, sem que abarrote o judiciário com causas que se justifiquem em si mesmas (LOPES JUNIOR, 2006).

Constatam-se, portanto, os seguintes ensinamentos:

Em suma, o inquérito policial tem como finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processou o não-processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias no seu curso. Não resta dúvida de que **a natureza jurídica** do inquérito policial vem determinada pelo sujeito e a natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado como um **procedimento administrativo pré-processual**. (LOPES JUNIOR, 2006, p. 155) (grifos do autor).

Mostra-se necessário destacar, ainda, que conforme Lopes Junior (2006, p. 156), o Estado atribui a investigação preliminar a outros órgãos diversos, como, por exemplo, o crime praticado por um militar que será investigado através de inquérito da polícia militar, assim como um membro do poder legislativo será objeto de investigação através das chamadas Comissões Parlamentares de Inquérito e, ainda, outras entidades que têm o poder de investigação administrativa preliminar. Porém, apesar de serem três os modelos de investigação preliminar o Brasil o mais comum é modelo da investigação policial.

Contudo, a tentativa de instaurar na legislação brasileira o sistema dos juizados de instrução permanece latente, o que faz com que a doutrina pátria se mantenha em constante discussão sobre o assunto (LOPES JUNIOR, 2006, p. 156).

Reafirmando a posição supra, Saad (2004, p. 155), relembra que de tempos em tempos o inquérito policial é alvo de crítica, com defesa acirrada de sua substituição pela criação dos juizados de instrução por inúmeros administradores do direito. É preciso destacar que, ainda que o processo penal brasileiro esteja alicerçado em fundamentos e procedimentos inquisitivos, não se deve confundir tais procedimentos com o processo penal inquisitório de autoridade eclesiástica de outrora.

Este modelo a que a autora se refere permitia que simples denúncia fosse feita à autoridade – que neste caso se tratava do juiz – e esta então passasse a investigar, inclusive de forma secreta, os atos denunciados.

As partes não participavam desta primeira fase investigatória, sendo que lhes era permitido conhecer os fatos imputados apenas após encerrada a investigação. Em outras palavras, não era permitido ao acusado participar nem conhecer nenhum dos atos da fase investigativa, sendo-lhe lícita apenas a tentativa de defesa pública e oral, em julgamento. (SAAD, 2004, p. 155).

Chouke (1995, p. 110-113) relembra que até o advento de nossa Carta Magna, em 1988, a posição predominante era a de que o contraditório não poderia ser admitido na fase preliminar. Isto equivale a dizer que embora a muito se pretendesse afirmar que o processo penal inquisitório tinha deixado de existir, o acusado em investigação prévia continuava à mercê do Estado, sem a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa.

Prevê o artigo 5º, inciso LV, da CF/88:

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:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 2017a).

Assim, percebe-se que após a promulgação da Constituição da República Brasileira de 1988, o contraditório e a ampla defesa deixaram de ser discricionariedade das autoridades nas fases preliminares e tornaram-se direitos obrigatórios, sendo dever do Estado assegurar-lhes o exercício de tais garantias, sob pena de nulidade dos atos processuais.

Importa apontar que, embora a Constituição Federal determine o direito irrefutável ao contraditório e a ampla defesa, inclusive aos acusados na fase investigatória, faticamente não ocorre desta forma (CHOUKE, 1995).

Destaca-se:

No entanto, a garantia ainda não aparece caracterizada. [...], o contraditório (quer pleno, parcial ou “mitigado”, para empregar alguns adjetivos encontrados na doutrina) ainda não está lá. Porque, para sua caracterização, é necessário que o suspeito tenha *ciência* dos atos de investigação e possa exercer sua *participação*. (CHOUKE, 1995, p. 116) (grifo do autor).

Na visão do autor, o contraditório, embora previsto legalmente na fase pré-processual, não está completamente inserido como garantia na fase de investigação, vez que, seu principal objetivo é o de participar de forma ininterrupta de todos os atos, tomando ciência dos mesmos, e podendo utilizar-se deles para convencer aquele que “detém a persecução penal em suas mãos” (CHOUKE, 1995, p. 117).

Desse modo, por óbvio que atualmente o patrono do investigado, ou acusado, pode participar de alguns dos atos junto ao titular da investigação, como por exemplo, perícias, depoimentos de testemunhas, dentre outras. Contudo, o contraditório não é exercido de forma integral quando da investigação, ou seja, o investigado não possui ciência de todos os procedimentos, o que lhe impossibilita influenciar o titular da fase pré-processual, sendo esta influência o principal objetivo do mesmo (CHOUKE, 1995)..

3.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

De acordo com Zilli (2003), existe uma classificação tradicional para o chamado sistema processual penal, sendo que esta classificação traz, automaticamente a existência de três tipos distintos, quais sejam, o acusatório, o inquisitório e o misto. Para análise do primeiro sistema, o acusatório, há necessidade, conforme o doutrinador, de se estabelecer uma separação equilibrada entre os poderes, onde deveriam conviver harmonicamente três figuras.

Dessa forma, a primeira delas é a figura do acusador que, imbuído de poder postulatório, persegue o possível autor ou partícipe de determinada infração no intuito de ver aplicada a este a cominação legal pelo suposto ato ilegal. A segunda é a figura do imputado, ou seja, aquele a quem se imputa determinada conduta típica e que exerce o direito de defesa no sentido de resistir processualmente aos fatos alegados pela acusação. Como terceira figura nesta tríade tem-se o juiz, que deve agir de forma imparcial e caracteriza-se pelo poder decisório (ZILLI, 2003).

Existem outras características importantes para que se possa determinar quando se está diante de um sistema acusatório.

Com base nos ensinamentos de Zilli (2003), mostra-se mister destacar que neste sistema o juiz posiciona-se como árbitro imparcial entre acusador e acusado, sendo a jurisdição penal exercida por tribunais populares. A investigação tem como figura central uma pessoa física, desvinculada de órgãos oficiais de investigação. O acusado situa-se em pé de igualdade com o acusador, possuindo o status de sujeito de direitos. Os procedimentos, em sua maioria, deverão ser desenvolvidos por meio de debate público, oral e com direito ao contraditório. A valoração da prova segue o critério do livre convencimento. E por fim, a sentença

resulta de votação, podendo ser vencedora a vontade da maioria ou da unanimidade.

O segundo sistema listado na classificação do autor em destaque é o sistema inquisitório, que se caracteriza pela centralização “[...] dos poderes processuais penais nas mãos de um único órgão. Perseguir, acusar e decidir são atividades exercidas por uma pessoa que normalmente é referida por inquisidor” (ZILLI, 2003, p. 39).

Continuando seu raciocínio, o autor descreve que este sistema esteve historicamente ligado a regimes absolutistas e sua principal intenção é a busca da verdade histórica, sem fiscalização dos meios utilizados para tanto, tendo como principais características as seguintes: em regra o monarca é o responsável pela jurisdição penal; aquele que investiga e acusa é o mesmo órgão, que além de tudo possui a responsabilidade de julgador; o acusado não é tratado como sujeito de direitos mas sim como objeto da investigação; a persecução se dá de forma secreta, escrita e descontínua, ao contrário do primeiro sistema, que tem a continuidade como característica; a valoração das provas atende a critérios rígidos pelo sistema de provas legais; e, por fim, os recursos são exclusividade do monarca (ZILLI, 2003).

Por fim, o terceiro sistema, o misto, também possui outras denominações podendo ser chamado de sistema inquisitório reformado ou, ainda, sistema napoleônico, sendo que grande parte dos ordenamentos processuais penais, após a era de conquistas napoleônicas, adotou este tipo de sistema, que mesclava aspectos dos outros dois sistemas tratados anteriormente (ZILLI, 2003).

Contudo, Zilli (2003) ensina que, embora existam diferenças entre cada ordenamento pátrio, tem como principais características: o tribunal exercendo a jurisdição, até mesmo com aceitação da participação popular em alguns casos; a investigação é exercida normalmente por um órgão público; o acusado é considerado inocente durante o processo, até que se prove o contrário, ou seja, é sujeito de direitos; geralmente inicial por investigação de competência do Ministério Público ou do Juiz de instrução que coletam os elementos da acusação, com prosseguimento por meio de procedimento que julga a viabilidade da acusação, para só então, chegar-se ao procedimento principal, que termina com sentença absolutória ou condenatória; podem fazer parte do tribunal juízes leigos e profissionais, ou, ainda, apenas por profissionais, que julgam baseados no livre convencimento; e, por fim, as decisões são recorríveis.

Nascimento (2008) explica que o sistema processual penal brasileiro após a promulgação da Constituição de 1988 passou a ser considerado como acusatório, com as funções de acusação e julgamento sendo realizadas por órgãos distintos. Contudo, de acordo com o autor, parte da doutrina discorda desta visão de sistema acusatório puro que estaria implícita na Carta Magna, tais como Nucci, Feitoza, Prado, entre outros.

Observe-se a citação a seguir:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o **misto**. Registremos desde logo que há **dois enfoques: o constitucional e o processual**. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir). (NUCCI, 2007, *apud* NASCIMENTO, 2008, p. 1) (grifos do autor).

Ainda de acordo com Nascimento (2008), existe no Brasil um sistema recheado de hibridismo, uma vez que os juízes, promotores, advogados e delegados se valem tanto da Constituição, que determina a existência do sistema acusatório, quanto do Código de Processo Penal, que assimila a existência do sistema misto, para militância em favor do direito.

Assim, assumir que o sistema acusatório seria o vigente no ordenamento jurídico, é esquecer-se de “[...] que o juiz brasileiro produz prova de ofício, **decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado [...]**”, dentre tantas outras medidas tomadas durante o processo e até mesmo a persecução penal (NUCCI, 2007 *apud* NASCIMENTO, 2008, p. 1) (grifos do autor).

3.3 DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Segundo Castro (2007) a modernização como um todo trouxe o avanço inclusive e, especialmente, das comunicações. Inventaram-se aparelhos sofisticados que culminam por adentrar a privacidade sem que cada um se de conta realmente dos efeitos disto. Assim, um dos principais aparelhos que demonstram a fragilidade da população, em termos de violação de privacidade, é o telefone, que cada vez

mais tem sofrido nas mãos da indústria do grampo, que oferece serviços de espionagem para todos os tipos de investigação, desde particular até públicas.

Necessário destacar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII, destacou atenção ao sigilo das formas de comunicação, inclusive e especialmente às telecomunicações:

[...]

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.

É cediço, portanto, que o indivíduo tem direito a inviolabilidade de suas correspondências e de suas comunicações, observando-se, no entanto, a exceção no corpo do texto do inciso acima transcrito, ou seja, quando por autorização judicial, e na forma da lei, houver fundamentação para a quebra do sigilo, para fins de investigação criminal ou instrução processual.

Percebe-se que esta exceção, que está expressa de forma abrangente, acaba por justificar praticamente todas as escutas telefônicas, interceptações e/ou gravações clandestinas, que se tratará no próximo tópico, que entenderem por bem os magistrados quando da persecução penal.

3.4 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, ESCUTAS TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS

Castro (2007, p. 127) ensina que a doutrina tem feito distinção entre escuta e interceptação telefônica, sendo que a primeira poderia ocorrer com o conhecimento de uma das partes envolvidas na ligação, enquanto a segunda, seria aquela “[...] em que a captação do diálogo ocorre necessariamente com a intervenção de um terceiro”. O que leva a crer que, no caso das escutas, uma das partes seria a responsável pela gravação em si, enquanto nas interceptações, com ou sem conhecimento de um dos interlocutores, esta gravação seria executada por um terceiro que não participa da interlocução.

Assim, a simples gravação de conversa por um dos interlocutores não é considerada prova ilícita. Este entendimento já se encontra fortalecido nos Tribunais Superiores. O resultado da escuta seria, portanto, “[...] enquadrado como fonte e

não, meio de prova”. Por outro lado, a interceptação é considerada como prova ilícita, independentemente de seu conteúdo (CASTRO, 2007, p. 127).

Avolio (2010, p. 117) explica que a interceptação se traduz no ato de interceptar, o que juridicamente equivale dizer que “[...] as interceptações, *lato sensu*, podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las [...] quer para delas apenas tomar conhecimento”.

A interceptação telefônica se divide em seis espécies diferentes, sendo a primeira, a interceptação telefônica *stricto sensu*, ou seja, em sentido estrito, que é aquela captada por um terceiro que não participa da interlocução; a segunda, é a escuta telefônica, onde o chamado grampo é conhecido por um dos interlocutores; a terceira, é a gravação de conversa entre presentes, também denominada interceptação ambiental; a quarta é quando um dos presentes tem conhecimento da gravação, ou seja, a chamada escuta ambiental; a quinta seria a gravação da própria conversa; e a sexta e última, denomina-se gravação clandestina ambiental, quando gravada de forma direta e pessoal a conversa entre presentes (AVOLIO, 2010).

Frisa-se que, a seguir, o estudo envolve as interceptações telefônicas, as escutas e as gravações clandestinas onde serão analisadas de forma mais abrangente.

Conforme Avolio (2010), o principal objetivo da interceptação em sentido estrito, onde quem faz a interceptação é um terceiro estranho à conversa - como explica o autor supra, é que a intenção do terceiro estranho a interlocução interceptada, seria a de tomar conhecimento do conteúdo da conversa ou das circunstâncias que de outra forma não haveria como delas saber. Desta forma, se a conversa for gravada por uma das partes que dela participam não se está diante de interceptação, mas sim de escuta.

Compreende-se, portanto, que escutas são formas de interceptação *lato sensu*, que possuem o conhecimento e execução por parte de um ou de todos dos componentes da interlocução.

Já, em relação às gravações clandestinas, estas são executadas por apenas uma das partes da conversação, seja ela telefônica ou ambiental. Neste caso, um dos interlocutores desconhece totalmente o fato da gravação, o que não é ilegal, mas, apenas, sua divulgação, também na forma de utilização para incriminação, é indevida e proibida.

3.5 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS SOB A ÉGIDE DO DIREITO BRASILEIRO

O direito processual penal brasileiro tem considerado como prova inadmissível a gravação clandestina, ou seja, aquela onde apenas um dos interlocutores sabe de sua execução e tenta utilizar-se para acusação (AVOLIO, 2010).

De acordo com Avolio (2010), o ordenamento jurídico brasileiro é formado por grande número de exceções, a doutrina e os Tribunais têm considerado lícita a gravação clandestina que servir como prova de defesa, como por exemplo, em um caso de extorsão, onde a gravação pode provar a inocência do extorquido, mas não pode, por outro lado, provar a culpa daquele que pratica ou tenta praticar a extorsão.

Leciona Castro (2007, p. 131) que “Em decorrência do princípio da proporcionalidade, a doutrina tem considerado reconhecido unanimemente (sic) a conduta da pessoa que grava sua conversa telefônica com terceiro para demonstrar sua própria inocência [...]”. Essa excludente de ilicitude denomina a gravação clandestina como prova ilícita *pro reo*, ou seja, é permitida apenas se beneficiar na defesa, mas nunca para servir de prova pela acusação.

Anteriormente, a Constituição de 1988 o regulamento que impedia a violação das comunicações do indivíduo era o Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei nº 4.117/62, que traz em seu artigo 57 a seguinte redação:

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

- I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;
- II - O conhecimento dado:
 - a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;
 - b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;
 - c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;
 - d) aos fiscais do Governo (sic) junto aos concessionários ou permissionários;
 - e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste (sic).

Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública. (BRASIL, 2017d).

Observe-se que não existia tratamento específico ou especificação para um tipo de interceptação, apenas se normatizava de forma geral a violação de telecomunicação, que, há época, ocorria de forma distinta das atuais.

Com a promulgação da Carta Magna, passou-se a discutir se a mesma havia recepcionado ou não o artigo acima transcrito e se, a falta de recepção de referido dispositivo das escutas telefônicas instituídas sem lei específicas. (CASTRO, 2007).

Seguindo no raciocínio de Castro (2007), inúmeras discussões surgiram em razão da falta de lei que estabelecesse os critérios autorizadores da exceção de inviolabilidade do sigilo das correspondências e comunicações telefônicas prevista no inciso XII do artigo 5º da CF/88, tendo o Supremo Tribunal Federal se posicionado no sentido de não recepção do artigo 57 da Lei nº 4.117/62 pela Carta Constitucional, o que reconhecia como ilegais as interceptações realizadas.

A outra corrente doutrinária que viria a surgir seria a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e alguns Tribunais Estaduais que, no intuito de serem menos rigorosos, entendiam, de acordo com cada caso concreto, que o artigo 57 da Lei nº 4.117/62 havia sido recepcionado implicitamente pela CF/88, tornando lícitas as interceptações (CASTRO, 2007).

Por fim, Castro (2007) diz que com o advento da Lei nº 9.296/96, as discussões sobre a possibilidade ou não das interceptações e sua forma de adequação, se amenizaram, uma vez que a referida lei veio justamente atender à determinação exposta na exceção prevista no inciso XII do Artigo 5º da Constituição, qual seja, a existência de lei que disciplinasse a permissão de violação das correspondências e comunicações telefônicas.

Frisa-se, no entanto, mesmo que a lei acima indicada tenha disciplinado a quebra do sigilo e, de certa forma, permitido a existência das interceptações no ordenamento jurídico, estas continuam coexistindo como forma de desvio de poder, sendo que o principal motivo de existirem, ou seja, um processo mais eficaz e garantístico, se perde em meio às retaliações políticas e econômicas, além de serem instrumentos de “[...] violação dos direitos fundamentais do cidadão” (AVOLIO, 2010, p. 201).

3.6 REQUISITOS PARA A DETERMINAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Três questões importantes estão expressas na Constituição de 1988, sobre o tema em destaque, que serão abordadas na sequência.

Assim, quando abordada a inadmissibilidade das provas ilícitas, no inciso LVI do artigo 5º; a segunda, contrapondo a anterior, encontra-se a exceção do inciso XII do mesmo artigo constitucional, que permite a violação do sigilo das comunicações telefônicas, desde que cumpridos alguns requisitos expressos na própria Carta Magna. O primeiro requisito torna indispensável a ordem judicial, ou seja, para que seja considerada como prova lícita, é necessário que antes da interceptação esta tenha sido autorizada e determinada por meio de decisão do magistrado. O segundo requisito está ligado intimamente à obrigatoriedade de lei específica que discipline a forma como será executada a interceptação. O terceiro requisito previsto de forma expressa na Constituição requer que a interceptação telefônica tenha como objetivo único e exclusivo investigação criminal e/ou instrução processual (AVOLIO, 2010).

Além das exigências previstas de forma expressa na CF/88, a Lei nº 9.296/96, que disciplina as interceptações telefônicas, prevê os procedimentos para que as interceptações telefônicas sejam feitas de forma legal e, assim, possam instruir o processo e/ou a persecução penal como provas válidas. (CASTRO, 2007).

Segundo Castro (2007, p. 144), para a determinação da interceptação telefônica, admite-se “[...] a iniciativa de ofício ou requerimento da autoridade policial ou Ministério Público”. Reitera-se que, tanto por determinação *ex officio*, quanto a requerimento do Delegado ou Ministério Público, deverá estar “[...] descrita com clareza a situação objeto da investigação, incluindo-se a identificação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”.

O pedido de interceptação poderá ser escrito ou verbal, desde que reduzido a termo. Deve ficar especificada a sua necessidade e os possíveis pressupostos de ilicitude, além dos meios que serão empregados. Ademais, a decisão judicial que determinar ou acatar a solicitação, deve ser fundamentada e indicar a forma de execução, sob pena de nulidade, sendo ainda, determinada pelo prazo de quinze dias, com possibilidade de ser deferida renovação, desde que

comprovada a necessidade indispensável do referido meio de prova. (CASTRO, 2007, p. 144).

Ainda, conforme Castro (2007), a autoridade policial é que deverá conduzir a interceptação telefônica, cientificando o Ministério Público para que a acompanhe, se assim desejar. Ao final do procedimento as gravações e relatórios deverão ser enviados ao juiz que determinou ou autorizou a interceptação, juntamente com o auto circunstanciado, do qual constará o resumo dos procedimentos. Além disso, tudo deverá correr sob sigilo absoluto, podendo haver a inutilização das partes da interceptação que não forem úteis, porém, as partes interessadas, quando tomarem conhecimento da interceptação, poderão entrar com recurso em relação à inutilização.

3.7 AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL PRODUZIDAS OU AUTORIZADAS PELO JUIZ PREVENTO DA CAUSA

É lícito ao juiz determinar a produção de provas que julgar necessárias, tanto no curso do processo, quanto ainda na fase pré-processual, conforme determinação expressa do artigo 156 do Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 2017c).

Na visão de Zilli (2003), ainda que a legislação em vigor determine que o ônus *probandi* seja daquele que alega determinado fato, o artigo supra mostra-se como o dispositivo legal necessário à fundamentação das diligências e/ou produções de provas determinadas e/ou autorizadas pelo juiz, tanto na fase processual, quanto pré-processual, ou seja, pode, o magistrado, agir de ofício nas questões citadas, como as interceptações telefônicas, por exemplo, se comprovada a necessidade da medida. Ainda, deve o juiz natural da causa ser imparcial, sua interferência, como no caso da determinação ou autorização das interceptações, deverá ocorrer apenas de forma suplementar ou complementar, ficando o mais equidistante das partes o quanto for possível.

Nesse sentido, destaca-se:

Vale dizer: toda e qualquer iniciativa instrutória pressupõe o atendimento dos requisitos relativos a um juiz natural, independente e imparcial, tendo espaço somente quando o relevante estado de dúvida for, a princípio, superável por força de uma diligência viável e pertinente em atenção, pois, à regra do *in dubio pro reo* como decorrência do princípio da presunção de inocência. [...]. (ZILLI, 2003, p. 182).

É possível perceber, portanto, que só deverá o juiz intervir na persecução penal ou no processo, quando da produção das provas, se sua presença for indispensável, não podendo tais provas ou diligências serem produzidas ou consideradas lícitas sem sua autorização (ZILLI, 2003).

Na visão de Castro (2007), uma vez que a Constituição determina expressamente que não serão admitidas na persecução penal ou no processo, provas obtidas por meio ilícitos, seria questionável a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei n. 9.296/96, que traz como possibilidade a determinação de ofício, pelo magistrado, das interceptações telefônicas.

Assim, deve o conteúdo das provas passar obrigatoriamente por um sistema de persuasão racional, de modo que é obrigatória a análise da confiabilidade das interceptações telefônicas, especialmente em relação à sua idoneidade técnica, devendo, inclusive, passar por perícia especializada para se comprovar sua autenticidade, integridade, e identificação dos interlocutores, no caso de dúvidas sobre quaisquer destes itens (CASTRO, 2007).

Por fim, tem-se o entendimento de Raboneze (2000), quando este destaca que as interceptações telefônicas são, e jamais deixarão de ser, provas ilícitas. O que ocorre, com a permissão de sua utilização, é a mitigação do mandamento da inviolabilidade das comunicações telefônicas, em razão de bens jurídicos vistos como mais relevantes que a intimidade e a privacidade. É preciso, na visão do autor, observar o princípio da proporcionalidade quando da mitigação dos direitos constitucionais do indivíduo que são alvos das interceptações telefônicas.

4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3450

O capítulo em destaque destina-se a apresentar e analisar as questões que ensejaram o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3450, proposta pelo Procurador Geral da República, no ano de 2005.

Primeiramente, serão apresentados conceitos referente aos princípios do devido processo legal e da imparcialidade do juiz, além da análise das peças constantes da ADI 3450 com apresentação de argumentos doutrinários sobre o tema.

4.1 ENFOQUE SOBRE OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Cabe ressaltar que o presente capítulo tem como objetivo, explanar, conforme pensamentos doutrinários, o entendimento que se dá referente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3450 proposta pelo Procurador Geral da República, que visa declarar a inconstitucionalidade do *caput* do art. 3º da Lei nº 9.296/96, sem redução do texto principal, porém de sua interpretação, que concede ao magistrado o poder para determinar de ofício as interceptações telefônicas na fase pré-processual.

Ainda, antes de adentrar-se mais afundo ao princípio em questão, vejamos o texto abaixo:

Os princípios gerais do direito são regras contidas no ordenamento jurídico. Informam o direito positivo, inspiram suas disposições e vivificam sua unidade. São elementos demonstrativos do sentido para onde estão voltadas as normas de direito. Constituem as bases e a estrutura da construção jurídica. Algumas vezes estão contidos expressamente na ordem normativa (exemplo é o princípio da ampla defesa na constituição federal) e são percebidos pelas suas repetições qualitativas nos dispositivos legais. Outras vezes, estão contidos na lei de maneira implícita. (MEDEIROS, 1995, p. 168).

Com base no pensamento exposto do doutrinador supracitado, os princípios são a base do direito positivado, sendo que todas as leis criadas não podem ir de encontro as suas premissas, garantindo as pessoas direitos básicos e fundamentais, estando eles elencados em nossa carta magna ou mesmo implicitamente elaborados através das leis.

Como já bem colocado no primeiro capítulo, o princípio do devido processo legal foi inserido como dogma constitucional previsto em nossa carta magna em seu art. 5º, LIV, CF, conforme segue:

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:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 2017a).

Ainda, conforme pensamento de Medeiros (1995, p. 204) “[...] o juiz não possui a faculdade de dar ao processo a conformação que bem entender. Não é ele quem decide qual procedimento a ser adotado para o julgamento do acusado”.

Neste trecho, a colocação do autor fica em dúvida quanto a sua posição, porém, ao deleitarmos mais em sua escrita fica claro o pensamento do autor. “A forma do ato processual – empregada aqui a expressão “forma”, em seu sentido amplo, para abranger o tempo, o lugar e o modo do ato é prevista e regulamentada em lei” (MEDEIROS, 1995, p. 204).

Em seu pensamento o doutrinador evidencia sua posição no sentido de que o magistrado não teria esta prerrogativa, ou seja, determinar de ofício as interceptações telefônicas, sendo que este ato acarretaria em nulidade processual.

Cabe frisar, porém, conforme pensamento de Capez (2014, p. 392-395) antes de mais nada, que as interceptações telefônicas são medidas cautelares podendo ser preparatórias ou incidentais. Neste pensamento fica demonstrado que podem ser determinadas na fase processual como também antes de se iniciar tal procedimento, observados claro, alguns requisitos dentre os quais, a finalidade de instruir investigação policial ou processo penal e o principal deles para o entendimento de nosso tema, a ordem de juiz competente para julgamento da ação principal.

Ainda, de acordo com o entendimento do doutrinador supracitado, sob a ordem de juiz tanto na fase processual quanto na de investigação policial, entende-se claramente este procedimento não ofender o princípio do devido processo legal, não gerando assim posteriormente, qualquer nulidade processual.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3450, argui o requerente que o caput do art. 3º da Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, viola os preceitos constantes no

art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que faz menção explícita ao princípio do devido processo legal, entendimento este que não foi compartilhado pelo advogado geral da união nem pelo consultor geral da união, que foram enfáticos ao afirmarem que a interpretação da norma, quando compatível com a lei maior, não pode ser objeto de inconstitucionalidade. (BRASIL, 2017f)

Para Capez (2014, p. 224), em trecho de sua obra, conforme segue: “Assim, sua maior virtude é a imparcialidade”. O juiz não é sujeito na relação processual, mais sim atua em nome do Estado, e tem a prerrogativa de pacificar a situação referente ao direito material penal, dizendo qual direito substancial aplicável a cada caso.

Conforme entendimento de Capez (2014, p. 60), o juiz fica em um plano acima das partes envolvidas, devendo ele ser totalmente imparcial em suas decisões, devendo se ater apenas as provas colhidas e juntadas no processo, sendo que para uma decisão mais justa e acertada sua imparcialidade é imprescindível.

Para Cunha, Taques e Gomes (2009), além do pensamento supracitado, o juiz imparcial só existe se há uma independência frente aos demais poderes, podendo desta maneira o magistrado agir com total imparcialidade diante dos casos que a ele se apresentem, possibilitando na dúvida sobre sua imparcialidade, ser arguida exceção de suspeição de ofício ou a requerimento de qualquer uma das partes.

Ainda no mesmo sentido, Silva (2009) escreve:

A interceptação telefônica só pode ser executada pela polícia civil, federal ou estadual, seja a seu próprio pedido, na investigação criminal, ou a requerimento do representante do ministério público, na mesma hipótese e na instrução processual penal, ou por determinação do juiz, de ofício.

O entendimento do autor é no sentido de que o juiz, ao determinar de ofício as interceptações telefônicas, atua em sua legitimidade, não interferindo em nada nas ações executadas pelas polícias civis, federais e estaduais, uma vez que não é ele quem irá colher a prova e sim apenas quem determinou o cumprimento de um meio de prova, amparado por lei e atendendo aos requisitos específicos, para que se busque a verdade real sobre os fatos, fato este que inclusive, pode servir para a defesa do acusado em questão, desfazendo desse modo a imagem de que o juiz auxilia a acusação, por que se assim o fosse, estaria indo de encontro ao princípio da imparcialidade e conseqüentemente do devido processo legal.

4.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO CAPUT DO ART. 3º DA LEI Nº 9.296/96: ANÁLISE DA ADI 3450 E ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS RELACIONADOS AO TEMA

Em março de 2005 o Procurador Geral da República, dotado da competência que lhe é originária, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei Federal n. 9.296 de 24 de julho de 1996, com o intuito de excluir a interpretação do *caput* do referido artigo, que estaria permitindo ao juiz, de ofício, determinar a interceptação das comunicações telefônicas ainda na fase pré-processual. (BRASIL, 2017f).

Leia-se o teor do caput artigo 3º da Lei n. 9.296/96:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
I - da autoridade policial, na investigação criminal;
II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. (BRASIL, 2017e).

O texto do dispositivo trouxe à tona discussão a respeito não de sua expressão literal, mas discute, em última instância, a interpretação que possibilita ao magistrado determinar, de ofício, a interceptação de comunicações telefônicas para fins de persecução penal na fase pré-processual.

O respeitável Procurador Geral da República, em sua peça inicial, utilizou como paradigma a decisão parcialmente procedente da ADI 1570, cujo dispositivo questionado era o artigo 3º da Lei n. 9.034/95, que “[...] atribuía ao magistrado a realização pessoal de diligência” (BRASIL, 2017f).

Na ADI 1570 houve decisão do STF considerando inconstitucional o referido dispositivo, por acreditar que tal procedimento maculava a imparcialidade do juiz e mitigava as funções e atribuições do Ministério Público e das Polícias Federal e Civil. (BRASIL, 2017f).

Interessa trazer à baila a discussão a respeito da igualdade entre as partes no processo penal legalmente previsto em no ordenamento jurídico brasileiro. Todas as discussões acerca da persecução penal, tanto na fase de investigação, quanto na fase processual, giram em torno dos poderes e competências do magistrado, do promotor e das polícias judiciárias. Existe, no entanto, a necessidade de se destacar que, embora no ordenamento jurídico brasileiro esteja pautado na

ampla defesa e no contraditório, com vistas na presunção de inocência, não é admitido ao acusado participar das investigações e produção de provas da mesma maneira que o representante do Ministério Público, e, segundo a lei em discussão, também do juiz natural.

Ocorre que, a Lei n. 9.296/96, objeto da ADI ora estudada, discute a possibilidade do juiz participar ativamente da produção de provas, inclusive na fase de inquérito policial. Não se vê, porém, muita discussão a respeito de a defesa vir a ter direito de participação na produção e colheita de provas, e, da mesma forma, pouca participação tem a acusação, embora ainda possua mais atividade disciplinada e prevista que a defesa.

Fernandes (2007, p. 267) escreve:

Diante do avanço do Ministério Público para a investigação, cresce a preocupação com o seu reflexo sobre o investigado e sua defesa. Ainda que, ao se atribuir ao Ministério Público a supervisão da investigação, também se determine, como ocorre na Itália, Espanha e Portugal, que ele colha elementos de prova favoráveis ao investigado, na prática a instituição tem uma vocação para amealhar elementos que sustentem a sua acusação, descurando-se da busca de informações que auxiliem a defesa. Dirige a investigação de acordo com os propósitos da acusação, e não da defesa.

Explica o autor que, embora nos países europeus existam crescentes interesses em possibilitar à defesa a produção e acompanhamentos das provas, ainda se tem a falta de credibilidade quando da produção de provas por parte desta.

Há que se lembrar, então, que no ordenamento jurídico brasileiro não prevê a possibilidade de produção de provas, tampouco consegue a defesa, na prática, ter acesso a todas as provas produzidas na fase pré-processual. Aliás, em sentido contrário, raramente o acusado toma ciência de todos os elementos da persecução na fase de investigação, vindo a ter acesso a estes, em regra, apenas após a denúncia do Ministério Público.

Retornando à discussão em torno da ADI 3450, percebe-se que mais uma vez a defesa perde espaço e possibilidade de estar em pé de igualdade dentro da persecução penal. Discute-se na referida ADI a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício, mais uma vez esquecendo-se de discutir sobre as desigualdades em relação à defesa.

Contudo, não é sobre a falta de igualdade entre as partes do processo que o presente trabalho se destina, mas a compreender a discussão sobre a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.296/96.

Tendo o procurador Geral da República instruído sua peça inicial com base na alegada inconstitucionalidade, e assim, valendo-se da decisão da ADI 1570 como paradigma, requereu a manifestação do Advogado Geral da União, o retorno dos autos para sua manifestação, e ao final, a procedência do pedido com reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação que permite ao juiz determinar de ofício as interceptações telefônicas na fase pré-processual.

Ainda, em abril de 2005, o Ministro Cezar Peluso, relator da Ação de Inconstitucionalidade, requereu ao Congresso Nacional informações a respeito do dispositivo legal em discussão, como se pode verificar na folha 16 (dezesesseis) da ADI em anexo.

Antes que o Congresso Nacional pudesse atender o requerimento do relator, sobreveio a manifestação do Advogado Geral da União, que anexou informações elaboradas pelo consultor da União, ainda no mês de abril de 2005.

Em suas alegações sustenta o advogado geral da União, inicialmente, que a ADI 3450 não pode prosperar, vez que o Requerente não propôs “afastamento do texto desarmônico [...]”, mas, tão somente a declaração de inconstitucionalidade de sua interpretação. (BRASIL, 2017f, p.19).

Alega, ainda, que a ADI 1570, utilizada como paradigma, declarou inconstitucional apenas o fato de o juiz fazer diligências pessoalmente, e que não poderia, portanto, servir de fundamento par ao pedido do Procurador Geral.

Ademais, insurge-se contra o pedido de inconstitucionalidade do dispositivo, alegando que o ordenamento jurídico como um todo permite ao juiz da causa fazer parte da investigação criminal de forma ativa, determinando diligências e medidas cautelares, sem permanecer estanque, no sentido de mero espectador.

Juntando ainda às informações da Advocacia Geral da União nº AGU/LM-10/2005, como se pode observar nas folhas 21 a 30 do anexo, aduz que não existe mitigação dos poderes atribuídos ao Ministério Público e às Polícias Judiciárias, e menos ainda, violação da imparcialidade, do devido processo legal e da ampla defesa.

Sustenta ainda, o respeitável Consultor da União no parágrafo 17 e 18 de sua manifestação:

17. Como se observa, o fato de a ordem de interceptação de comunicação telefônica ser dada de ofício não altera a forma de sua execução, que continua a cargo da polícia, com o acompanhamento do Ministério Público. Logo, **não ocorre a situação prevista no art. 3º da Lei 9.034/95, haja vista que o juiz não colhe pessoalmente a prova nem emite qualquer juízo de valor sobre ela.** Por conseguinte, não há falar em comprometimento da sua imparcialidade.

18. Ademais, a participação da polícia e do Ministério Público na colheita da prova afasta a alegação de que o dispositivo legal impugnado estaria subtraindo, desses órgãos, funções de investigação que lhe são próprias, outorgadas pela Constituição Federal. Consequentemente, não há que falar em violação ao disposto nos artigos 5º, inciso LIV, 129, inciso I e VIII, e §2º, e 144, §1º, incisos I e IV, e §4º da Constituição Federal. (BRASIL, 2017f, p. 29-30) (grifos do autor).

Destoando da manifestação acima exposta, Avena (2006) entende que o juiz só deverá intervir, requerendo produção de provas quando aquelas trazidas pelas partes não forem suficientes na elucidação dos fatos, com vistas na busca pela verdade real. Além disso, embora o Código de Processo Penal, em seu artigo 502, determine que o magistrado possa ordenar diligências no sentido de esclarecimento dos fatos, sanando assim possíveis nulidades, deve, o juiz, ser cauteloso na utilização do poder investigativo, sob pena de estar substituindo as partes na acusação ou defesa, comprometendo, assim sua imparcialidade.

Extrai-se da explanação, que não deverá o magistrado, determinar de ofício provas na fase pré-processual, uma vez que tal procedimento poderia interferir em relação ao devido processo legal e a imparcialidade do juiz. Desta forma, finaliza sua ideia:

[...] E, exatamente por isso, é que reza o artigo citado que o juiz pode determinar provas de ofício apenas depois de iniciada a instrução criminal, vale dizer, quando algumas das provas requeridas pelas partes já estejam sendo ou já tenham sido realizadas (AVENA, 2006, p. 144).

Conforme explanado, para o autor, com base no princípio da imparcialidade e do livre convencimento motivado, é necessário que o juiz se abstenha de produzir as provas que irá julgar.

Em épocas remotas, as provas que sustentariam as decisões do magistrado eram valoradas numericamente, ou seja, dava-se a cada tipo de prova um peso em número, sendo que este peso da prova era determinado pela própria lei. A confissão possui o maior valor numérico, e assim, maior valoração em

comparação às outras. Era chamada de “a rainha das provas” (BONFIM, 2007, p. 54).

Conforme o posicionamento do autor, encontra-se expresso na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, não existe hierarquia entre as provas produzidas e colhidas no processo, estando o magistrado livre para motivar seu convencimento, desde que fundamente equilibrada e obrigatoriamente sua decisão por utilizar-se desta ou daquela prova como razão de decidir.

Refere-se, ainda, que conforme a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, o juiz deve manter-se advertido de que não poderá valer-se de mero capricho de opinião ou arbítrio na apreciação das provas, mas, deve estar livre de preconceitos legais na aferição das mesmas.

Reforçando a ideia de que as provas devem ser produzidas pelas partes, sem a influência ou determinação de ofício do juiz, verifica-se o texto abaixo:

É condição absoluta de validade dos autos judiciais, sendo, pois, pressuposto de sua eficácia, devendo ser deduzida em necessária relação com as questões fático-jurídicas ofertadas pela acusação e defesa, não se podendo, por isso, simplesmente repetir expressões ou termos legais, postos em relação, de forma abstrata, com os fatos dos autos. (BONFIM, 2007, p. 56) (grifos do autor).

Em relação ao contraditório e a ampla defesa, a recente reforma do Código de Processo Penal trouxe algumas limitações no que concerne ao livre convencimento do magistrado quando da valoração das provas, não podendo ele basear e fundamentar sua decisão unicamente em elementos colhidos no inquérito policial (CAPEZ, 2014).

A afirmação do autor acima reafirma a necessidade do juiz fundamentar sua decisão exclusivamente em provas colhidas na fase processual. No entanto, são as exceções que trazem apreensão a defesa, pois, conforme ensina o autor, exige-se que o magistrado fundamente suas decisões em provas que tenham passado pelo contraditório judicial, “[...] ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (CAPEZ, 2014, p. 61).

Ainda, em harmonia com o posicionamento supramencionado, sobre o fato de o Juiz não poder formar sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas fora do contraditório judicial, ou seja, antes do início da ação penal, excetuando as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, reforçam a ideia dos

autores anteriormente citados de que, seria impossível prever ou evitar que o juiz da causa sentenciasse seus processos motivados psicologicamente pelas provas as quais deu impulso (BARROS, 2010).

O que mais impressiona, é que hoje, nos aproximamos mais de estarmos destoando dos grandes ideais acadêmicos e doutrinários, onde o inquérito é inquisitivo e o processo penal também está sendo apenas maquiado com algumas características do sistema acusatório. Assim sendo: “Não existe, não há condições para existir juiz criminal imparcial no sistema do inquérito. A necessidade de investigar é incompatível com o estado psicológico da imparcialidade” (MEDEIROS, 1995, p. 30).

Salientam ainda, aqueles que pugnam pela improcedência da ADI 3450, que as interceptações telefônicas também estão previstas no Código de Processo Penal em seus artigos 13, inciso II, e 242, conforme seguem:

Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;

II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. (BRASIL, 2017c).

Em seu parecer, explana José Leogevildo Oliveira Moraes, Consultor da União, que estes dispositivos jamais foram postos em dúvidas quanto a sua constitucionalidade, já que não é o juiz propriamente quem vai colher a prova, e sim apenas o determina de ofício para que a autoridade policial o faça. Neste sentido, ele afirma implicitamente que não há usurpação dos poderes legítimos das autoridades policiais nem tão pouco do representante do Ministério Público, visto que todos os atos realizados na instrução, a ele será dado vistas, conforme fls. 29/30 da ADI 3450.

E sua manifestação às fls,121/128 da ADI 3450, o Advogado Geral da União, enfatiza que a inconstitucionalidade procedente referente a ADI 1570, em nada se compara com a da presente demanda, pois o fato a que levou a sua inconstitucionalidade e de que o juiz não poderia ser o coletor de provas, inclusive com previsão de relatório analisado por ele próprio. Tal situação sim, é considerada um risco a garantia da imparcialidade do juiz e do devido processo legal.

Conforme afirma o Advogado Geral da União, a procedência da ADI 1570 se deu pela previsão no texto original, de um juiz investigador e inquisidor em face da personalidade pela busca real, o que não é o caso desta, que se quer busca modificação do texto original e sim, apenas a sua interpretação.

Relata ainda que a interpretação a norma é inevitável, mais que uma futura procedência em relação a sua inconstitucionalidade seria um equívoco.

Em sua manifestação o Advogado Geral da União (STF, 2016), após breve relatório dos fatos e atos praticados até aquele momento, entrou no mérito da ação em questão. Enfatiza que, apesar de previsão, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas estarem asseguradas em nossa carta magna, há possibilidade, em caráter excepcional, do abrandamento dessa garantia para fins de investigação criminal e ou instrução processual, em busca da verdade real dos fatos, não deixando o juiz com como mero espectador e julgador dos fatos apresentados.

Assim, ele cita o dispositivo constitucional que possibilita a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, de forma excepcional, na forma da lei, conforme versa:

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:

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996) (BRASIL, 2017a).

Observando o disposto constitucional supracitado, conforme o Advogado Geral da União menciona, tal preceito somente pode ser autorizado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma da lei.

Neste sentido, Barros ensina (2002, p. 230) “Saliente-se que só o juiz pode determinar a quebra do sigilo telefônico, de ofício ou a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público”.

Ainda, em sua manifestação, o Advogado Geral da União sustenta que o pedido do autor deve ser improcedente e que o disposto no caput do art. 3º da Lei 9.296, em nada compromete a imparcialidade do juiz nem tão pouco violação ao Princípio do Devido Processo Legal, por que o fato de o juiz determinar de ofício a

interceptação telefônica, não tira dos cuidados das polícias civis e federais a produção dos elementos probatórios. (BRASIL, 2017f)

Neste sentido:

Assim, após o deferimento da medida, que será conduzida pela autoridade policial, esta deverá proceder a transcrição daquilo que foi obtido na gravação e encaminhar ao juiz juntamente com um auto circunstanciado que conterà o resumo das provas obtidas. Tais peças não poderão ser juntadas nos autos do inquérito policial até a elaboração do relatório final. O mesmo ocorre se a medida for realizada na fase judicial, pois sua transcrição ficará em autos apartados visando preservar o segredo de justiça. (DAURA, 2007, p. 144).

No entendimento do advogado Geral da União, em sua manifestação claramente afirma não haver disparidade entre os poderes no caso em comento, pautando-se de que o juiz apenas determina que as provas sejam colhidas na forma da lei, quando autorizadas por ela. Enfatiza, ainda, o fato de o juiz ser mero espectador da produção de provas e sendo assim, não adotar medidas que lhe pareçam pertinentes a elucidação dos fatos, este não está buscando a verdade real dos fatos, deixando de identificar e punir os verdadeiros criminosos de cada caso concreto (BRASIL, 2017f).

Desta maneira, o Advogado Geral da União cita os arts. 156, I, II e 240, alíneas “e”, “f” e “h”, combinado com o art. 242, todos do Código de Processo Penal, este os quais tem a seguinte redação, conforme seguem:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

[...]

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;

[...]

h) colher qualquer elemento de convicção.

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. (BRASIL, 2017c)

Deste modo, conclui a sua manifestação pela improcedência do pedido formulado pelo Procurador Geral da República, com base nos fundamentos expostos, solicitando para que seja declarada a constitucionalidade do art. 3^a da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996.

Por outro lado, Rangel (2000) escreve em seu artigo:

Assim, devemos ressaltar que o Juiz não deve conceder de ofício a medida cautelar preparatória, pois esta deverá ser requerida pelo Ministério Público (*dominus litis*) ou mediante representação da autoridade policial, pois pelo sistema acusatório, adotado entre nós, o Juiz foi afastado da persecução penal. Porém, nada obsta, que a medida cautelar incidental (adotada no curso do processo) possa ser deferida pelo Juiz de ofício em nome do princípio da verdade real e de acordo com o sistema do livre convencimento. Pois, se sustentarmos tese contrária, o Juiz também não mais poderia decretar medida cautelar pessoal de ofício (prisão preventiva) ou medida cautela real (busca e apreensão). Assim, fazemos distinção: no curso do inquérito policial não pode (e não deve) o Juiz decretar a medida de ofício, porém no curso do processo nada obsta que o faça em nome dos postulados acima mencionados.

Assim, nota-se a existência de duas correntes sobre o assunto estudado: os que defendem a procedência da inconstitucionalidade do *caput* do art. 3^o da Lei nº 9.296/96, com base nos argumentos de que se o juiz, no procedimento preparatório, determinar de ofício as interceptações telefônicas, estaria infringindo o princípio da imparcialidade, devendo apenas deferir a medida a requerimento do representante do Ministério Público ou das polícias judiciárias, sem interferir no devido processo legal. E, por outro lado, os que pugnam pela improcedência do pedido requerido pelo Procurador Geral da República, fundamentando seu posicionamento de que o juiz não estaria infringindo tais princípios, e sim apenas não se atendo a figura de mero espectador e julgador das provas colhidas no processo penal. Ainda, afirmam que o pedido do requerente não guarda semelhanças com a propositura da ADI 1570, que foi declarada parcialmente inconstitucional quando se refere que o julgador não pode ir pessoalmente colher as provas que vai julgar.

Esta discussão está no Supremo Tribunal Federal, porém até o presente momento a ADI 3450 encontra-se no gabinete do relator para que explique seu voto e encaminhe para votação dos demais ministros para que seja ou não declarado procedente o pedido de inconstitucionalidade do *caput* do art. 3^o da Lei nº 9.296/96 feito pelo Procurador Geral da República.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão do curso trata da ADI 3450 a qual tramita no Supremo Tribunal Federal, e que tem por objetivo declarar inconstitucional o *caput* do art. 3º da Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, que possibilita, segundo sua interpretação, que o magistrado determine de ofício as interceptações telefônicas ainda na fase pré-processual.

Após serem abordados conceitos básicos e de grande relevância para o tema em questão, concluiu-se que os princípios são a base de no ordenamento jurídico brasileiro, não devendo, quando elencados explicitamente ou ainda implicitamente na nossa Carta Magna, serem confrontados por leis infraconstitucionais.

Percebe-se, que os princípios do devido processo legal e da imparcialidade do juiz são de suma importância para que sejam respeitados os direitos fundamentais do ser humano, e quem ninguém seja condenado sem o devido procedimento legal, com total imparcialidade do julgador.

Porém, esta imparcialidade, não pode ser confundida com inércia, que neste caso caberia aos magistrados somente julgar com base nas provas apresentadas, impedindo-o de buscar a verdade real dos fatos.

Aliás, em nada fere tais princípios o fato do juiz determinar de ofício a busca de novas provas quando autorizadas e atendidos seus requisitos legais.

As interceptações telefônicas são autorizadas mediante lei específica e, sendo assim, analisando os documentos da inicial proposta pelo Procurador Geral da República, o qual busca a inconstitucionalidade interpretação legal da lei em questão, não há solidez em seus argumentos no fato de propor esta ação por analogia a ADI 1570, a qual afastou a hipótese do magistrado ir pessoalmente colher as provas, porque, neste caso, não é o magistrado quem vai colher a prova e, sim, determina para que a autoridade policial o faça.

Não haveria lógica o magistrado autorizar quando solicitada pelas polícias judiciárias ou pelo representante do Ministério Público, e este não for legitimado para determinar de ofício, quando atendidos os requisitos legais para tal procedimento.

Portanto, em nada infringi os princípios do devido processo legal e da imparcialidade do juiz, nem as atribuições das polícias judiciárias e do representante do Ministério Público, o fato de o juiz determinar de ofício as interceptações

telefônicas quando atendidos seus requisitos legais ainda que o juiz que busque a prova seja o mesmo juiz que as julgue. O juiz tem que buscar a verdade real dos fatos e tais fatos só podem ser provados através de medidas cautelares incidentais ou, como neste caso, preparatórias.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal para concursos públicos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROS, Marcos Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>

Acesso em: 4 abr. 2017a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Súmula 523**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 18 mai. 2017b.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017c.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017c.

_____. Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. **Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 18 mai. 2017d.

_____. Lei 9.296 de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 26. mai. 2017e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 3450 - Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2282869>>. Acesso em 20 mai. 2017f.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120**. 14. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007.

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CUNHA, Rogerio Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Limites constitucionais da investigação. In: MISAKA, Marcelo Yukio. **Os poderes instrutórios do juiz na investigação preliminar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DAURA, Anderson Souza. **Inquérito Policial: competência e nulidades de atos da polícia judiciária**. 2. ed. Curitiba. Juruá. 2007.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Pena - Composição e Arte, 2000.

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

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 31. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Da ação penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

MELLO, Rodrigo Pereira de. **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Pena - Composição e Arte, 2000.

NASCIMENTO, Arthur Gustavo de Azevedo do. Processual penal: processo penal brasileiro: sistema acusatório ou inquisitivo garantista? **Revista Âmbito Jurídico**, 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2690>. Acesso em: 23. set. 2016.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei nº 9.296/96 (Interceptações Telefônicas). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/195>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Bahia: JusPODVM, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.