

CENTRO UNIVERSITARIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO
JEAN CARLOS RIBEIRO ALVES

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

LAGES

2019

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Edson Rodrigues de Souza Magaldi

LAGES

2019

JEAN CARLOS RIBEIRO ALVES

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA A LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro
Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Edson Rodrigues de Souza Magaldi

Lages, SC ____/____/2019. Nota _____

Prof. Me. Orientador Edson Rodrigues de Souza Magaldi

Prof. Msc. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2019

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Jean Carlos Ribeiro Alves¹

Edson Rodrigues de Souza Magaldi²

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu texto, ainda que de forma omissa, sobre a inviolabilidade das comunicações telefônicas, exceto, quando decorrer de ordem judicial para fins de investigação criminal e instrução processual. Desta forma, fez-se necessário a criação de lei específica que delimitasse as possibilidades de implementação de interceptação telefônica, a qual se deu com a criação da lei 9.296/1996 que passou a regulamentar o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Atualmente as interceptações telefônicas se apresenta como ferramenta recorrente nas investigações criminais, por tal motivo, o tema se mostra relevante, tendo como papel primordial abordar os principais aspectos desta medida que afeta um direito primordial do cidadão. O presente trabalho procura abordar os vários aspectos que disciplinam a interceptação telefônica, assim como, sua conceituação, natureza jurídica e validade como meio de prova abordando os princípios constitucionais e legais necessários para tal fim, verificando as possibilidades de aplicação da interceptação telefônica, a inadmissibilidade ou admissibilidade do uso das provas obtidas por meio desta medida, o uso da prova emprestada e suas consequências jurídicas.

Palavras-chave: Interceptação Telefônica. Prova ilícita. Natureza Jurídica. Meios de Prova.

¹Bel. Adm. de Empresas - Uniplac, acadêmico graduando do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Prof. Mestre, em Direito, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

TELEPHONE INTERCEPTION IN THE LIGHT OF BRAZILIAN LAW

Jean Carlos Ribeiro Alves³

Edson Rodrigues de Souza Magaldi⁴

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 provides in its text, albeit by default, on the inviolability of telephone communications, except when it is a judicial order for purposes of criminal investigation and procedural instruction. Thus, it was necessary to create a specific law that delimited the possibility of implementing telephone interception, which occurred with the creation of law 9.296 / 1996, which now regulates subsection XII, final part, of article 5 of the Constitution Federal law of 1988. Telephone interceptions are now a recurring tool in criminal investigations, and the subject is therefore relevant, with the primary role of addressing the main aspects of this measure affecting a primary right of the citizen. The present work seeks to address the various aspects that discipline telephone interception, as well as its conceptualization, legal nature and validity as a means of proof addressing the constitutional and legal principles necessary for this purpose, verifying the possibilities of applying telephone interception, inadmissibility or admissibility of the use of evidence obtained through this measure, the use of the evidence and its legal consequences.

Keywords: Telephone interception. Illegal Proof. Legal Nature. Means of Proof.

³Bel. Adm. de Empresas – Uniplac, acadêmico graduando do Curso de Direito, 10^a fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

⁴Prof. Mestre, em Direito, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário UNIFACVEST, a coordenação do curso de Direito, o orientador do trabalho e demais membros da banca examinadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lages, 07 de junho de 2019

JEAN CARLOS RIBEIRO ALVES

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS	09
2.1. Conceito de crime.....	11
2.2. Teoria do crime.....	11
2.3. Sistema Penal Brasileiro.....	16
2.4. A diferença entre escuta ambiental, interceptação telefônica e gravação telefônica.....	17
2.5. Requisitos para a decretação da interceptação telefônica.....	19
3. DAS PROVAS NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	23
3.1. Princípios das provas.....	24
3.1.1. Princípio da proporcionalidade.....	24
3.1.2. Da admissibilidade ou não da provas ilícitas e ilegítimas.....	26
3.1.3. Teoria da admissibilidade.....	26
3.1.4. Teoria da inadmissibilidade.....	27
3.1.5. Teoria da proporcionalidade.....	27
3.1.6. Principais diferenças entre prova ilícita e prova ilegítima.....	28
3.1.7. Prova ilegítima.....	29
3.1.8. Prova ilícita.....	29
3.2. Da prova emprestada.....	31
3.2.1. Teoria da descoberta inevitável.....	31
3.2.2. Teoria dos frutos da árvore envenenada.....	32
4. DISPOSITIVOS LEGAIS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	36
4.1. Disposições da Lei lei 9.296/96 – Lei de interceptação de comunicações telefônicas.....	36
4.2. Da interceptação das comunicações por meio de aplicativos de mensagens.....	44
4.3. Interceptação de comunicação vs extração de dados.....	47
4.4. Dos dispositivos legais da interceptação de comunicação vs extração de dados.....	49
4.4.1. Da lei nº 9.296/96.....	49
4.4.2. Da lei nº 9.472/97.....	50
4.4.3. Da lei nº 12.965/14.....	50
5. CONCLUSÃO.....	51
6. REFERÊNCIAS	55

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre um tema que está em alta nos dias atuais. Hoje existe cada vez mais dependência dos meios eletrônicos, não somente como ferramenta de comunicação ou transferência de dados, mas também, como instrumento de relacionamento interpessoal. Esta dependência tornou a investigação por meios eletrônicos uma ferramenta de grande valia para as instituições policiais. Dentre estas ferramentas destaca-se a interceptação telefônica como um dos principais instrumentos a favor da persecução penal estatal.

Com exceção da constituição brasileira de 1937, as demais constituições brasileiras, em consonância com as demais constituições democráticas do mundo, preservaram de formar absoluta a garantia da privacidade do indivíduo. Por sua vez, no artigo 5º, inciso XII da carta magna de 1988 excepcionou, permitindo “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, a interceptação telefônica.

Por se tratar de um tema que afeta um direito primordial do cidadão, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu texto, ainda que de forma omissa, matéria sobre a inviolabilidade das comunicações telefônicas, excetuando, quando decorrer de ordem judicial para fins de investigação criminal e instrução processual. Possuindo a carta magna uma eficácia limitada, restou necessário a criação de lei específica que delimitasse as possibilidades de implementação de interceptação telefônica, a qual se deu com a criação da lei 9.296/1996 que passou a regulamentar o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal.

Da lacuna deixada pela Constituição Federal de 1988, a qual em seu artigo 5º traz a possibilidade de que tal medida seja utilizada (interceptação telefônica) surge o problema, uma vez que não fazia referência alguma sobre a forma que esta possibilidade seria aplicada, fato que culminou com a inutilização de várias provas produzidas, antes da lei 9.296/96, provas que foram declaradas como ilícitas tiveram de ser desentranhadas dos autos, perdendo totalmente sua eficácia.

Para tanto, será abordado no primeiro capítulo as considerações sobre o crime, seus conceitos e teorias, assim como os requisitos para a decretação da interceptação telefônica, suas características e a sua relação com o processo penal brasileiro.

No capítulo 2 inicia tratando acerca da prova no processo penal brasileiro, englobando conceito, objeto e meios de prova e sua classificação. Este tópico revela a importância do ponto de vista processual, pois é conhecendo as características da prova e suas principais diferenças que se poderá, ao final ser emitido um juízo quanto a legalidade ou ilegalidade, a admissibilidade ou a inadmissibilidade na coleta de provas durante a interceptação telefônica.

Por fim, o trabalho enfatizará em seu capítulo 3 as disposições das Lei de Interceptação telefônica, sua regulamentação e sua aplicabilidade encerrando com as considerações finais, nas quais serão apresentados os pontos destacados sobre a admissibilidade das interceptações telefônicas à luz do direito brasileiro.

Neste contexto, tem o presente trabalho como objetivo geral, efetuar uma análise de forma dedutiva com pesquisa bibliográfica, obtidas através de consultas a textos de acervos públicos e privados, bem como meios eletrônicos os requisitos legais, a forma e os prazos que serão utilizados durante a interceptação telefônica, bem como a legitimidade para decretação e representação da mesma, tendo como base a própria constituição e a lei 9296/96, com observância da adequação da interceptação telefônica frente aos direitos fundamentais e o ordenamento jurídico brasileiro; procurando abordar sua conceituação, legitimidade, natureza jurídica e validade como meio de prova, elencando os princípios constitucionais e legais necessários.

Já como objetivo específico, avaliar o comportamento do instituto da prova frente a lei 9.926/1996, os requisitos para o uso dessa medida (interceptação telefônica) e seus respectivos prazos de duração.

A presente monografia está elaborada de forma a discorrer sobre a interceptação telefônica no Brasil, seus conceitos gerais dispostos na lei 9.296/1996, segundo a definição de diversos autores, permitindo verificar os requisitos indispensáveis para a sua propositura, do colhimento dos elementos a serem tratados como prova em processo penal e por fim abordando os métodos para sua implementação enquanto ferramenta de investigação criminal.

2. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal em vigor desde 1988, por meio no artigo 5º, em seu inciso X garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. No que tange ao tema ora apresentado, o inciso XII passa a ter uma garantia constitucional mais abrangente, o qual defende a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, telegráficas, de dados e da correspondência, abrindo exceção expressa apenas quanto à primeira. Conforme Angelozzi (2009 p. 256), a Carta Magna, conhecida como Constituição Cidadã, “preocupou-se de modo especial com a área social e os direitos do cidadão”, embora a parte final do inciso XII do artigo 5º ainda delegue à outra lei a regulamentação sobre a forma pela qual o procedimento de exceção da garantia acontecerá.

A partir do advento da Segunda Guerra Mundial, onde os direitos individuais restavam abandonados, assim como em muitos outros países, o direito brasileiro sofreu alterações por influência deste fato histórico, e durante seu processo de amadurecimento passou a regulamentar de maneira específica os direitos e garantias da vida privada do cidadão, em consonância com documentos e tratados internacionais assinados em meados do século XX.

A primeira aparição das interceptações telefônicas em caráter constitucional surgiu com o advento da Constituição de 1967, em seu artigo 150, §9º, tendo sua redação inteiramente mantida pela Emenda Constitucional 01, de 17 de outubro de 1969. A redação do artigo 150, além de acrescentar as comunicações telefônicas ao rol expressamente protegido, fez surgir a expressão telegráfica sobre o mesmo manto constitucional, *in verbis*:

Art. 150 – A constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residente no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
§9 – São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

Contudo, a primeira norma infraconstitucional contendo as hipóteses fáticas de interceptação telefônica no direito brasileiro, fora apresentada através da lei ordinária 4.117 de agosto de 1962, denominada de Código Brasileiro de Telecomunicações, prevendo em seu artigo 57, II, e, que o juiz competente poderia, mediante requisição ou intimação, tomar conhecimento do conteúdo das telecomunicações, sem prejuízo do crime previsto no artigo 56 do mesmo título, conforme se verifica a letra da lei:

Art. 56 – Pratica crime de violação de telecomunicações quem, transgredindo lei ou regulamento, exiba autógrafo ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro. [...]

Art. 57 – Não constitui violação de telecomunicação [...]

II – O conhecimento dado: [...]

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação desde [...]

Conforme supracitado, anteriormente a constituição de 1988 era proibido qualquer violação na vida privada das pessoas, tendo sua inviolabilidade da correspondência e das comunicações telefônicas asseguradas, disposto no artigo 153 da emenda constitucional Nº1 de 1969, porém havia também uma grande lacuna quanto ao tema de que trata o presente trabalho, ou seja, a interceptação telefônica.

Com o advento da nova Constituição Federal de 1988 que dispõe no seu artigo 5º, inciso XII que " 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", abriu uma exceção para que possa ser feita a interceptação telefônica nos casos previstos na lei.

Porém, a carta Magna foi omissa, quanto à forma, os meios, prazos, circunstâncias e métodos que a interceptação telefônica seria realizada, causando enorme discussão no âmbito jurídico, culminando inclusive com diversas nulidades processuais, no que diz respeito a algumas das interceptações realizadas, antes da criação e vigência da lei 9296-96, a qual será estudada no presente trabalho, levando em consideração a legislação pátria e o posicionamento dos tribunais brasileiros, em especial Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido dispõe Raimundo Amorim de Castro (2009, p.125-126):

A Corte Suprema brasileira, na sua função institucional de guardião da Constituição, posicionou-se no sentido garantista e cumpridora da vontade do legislador constituinte, assim mesmo, procurou avançar, buscou dar plausibilidade aos casos concretos. Após sete anos de controvérsias, em julho de 1996, entrou em vigor a Lei 9.296/96, onde regulamentou as restrições à intimidade, imposta pelo legislador constituinte, constante no art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal.

Fez-se necessário então que o legislador disciplina-se a forma, os meios, os prazos e os critérios que seriam utilizados na interceptação telefônica, fatores esses que estão presentes na lei 9296/96 que serão trazidos a baila.

2.1. Conceito de crime

O Crime traz em seu conceito material que o injusto criminal é a violação de um bem jurídico penalmente protegido, e alguns destes bens jurídicos tutelados estão positivados em títulos no Código Penal, como por exemplo: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio, dos crimes contra os costumes, dos crimes contra a administração pública, entre outras.

Em seu conceito formal, traz como formulação, uma contradição entre a lei penal e o fato praticado pelo agente, no entanto, este tópico não exaure o conceito de crime e como afirma Mirabete, este conceito alcança somente um dos aspectos do fenômeno criminal.

Sob este aspecto, Giuseppe Maggiore (1951, pag. 189), traz o seguinte conceito “Crime é qualquer ação punível. Já para Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrin, (2007, pag. 81), “Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui pena.” Sob o aspecto formal, para Fernando Capez (2004, pag. 106), o conceito analítico de crime resultada mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo.

2.2. Teoria do crime

Alicerce do Direito Penal, a teoria do crime merece atenção sobre sua origem, suas características, elementos e Teorias. Desta forma, anteriormente à análise do conceito analítico de crime, far-se-á a abordagem das principais correntes de concepção de crime e suas divergências doutrinárias.

Três são as principais correntes, sendo elas a corrente da concepção bipartida (tipicidade, ilicitude), esta adotada pelos doutrinadores Damásio de Jesus, Fernando Capez, Celso Delmanto, Renê Ariel Dotti, Julio Fabbrini Mirabete entre outros. Para os que adotam esta concepção a culpabilidade é um mero pressuposto de aplicação da pena, logo, não fazendo parte do conceito analítico de crime, sendo então apenas um pressuposto de aplicação da pena. Por esta concepção o conceito analítico de crime se torna incompleto, ao cogitar que a culpabilidade não faz parte deste.

A corrente da concepção tripartida, que é majoritária, (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), adotada pelos doutrinadores Rogério Greco, Hans Welzel, Luis Regis Prado, Cezar Bitencourt, Francisco de Assis Toledo, Edgard Magalhães Noronha, Heleno Fragoso, Frederico Marques, Paulo José da Costa Júnior, Aníbal Bruno, Néelson Hungria, Guilherme Nucci, Fernando Galvão, Juarez Tavares, entre outros. Esta concepção do crime aparenta ser a mais coerente, não tendo somente a tipicidade e ilicitude como pressupostos da pena, mas também a culpabilidade.

No mesmo diapasão, preleciona Assis Toledo (1982, pag.80), com a seguinte definição:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fatocrime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

Na concepção Tetrapartite, corrente adotada pelos doutrinadores Basileu Garcia, Claus Roxin, entre outros, o crime é um fato típico, ilícito, culpável e punível. O professor Claus Roxin da Universidade de Munich, traz a seguinte definição:

Considerando que a política criminal deve definir o âmbito da incriminação, bem como os postulados da dogmática jurídicopenal, Roxin sustenta que a responsabilidade do autor do fato punível também deve ser elemento do conceito analítico do delito.

Francesco Carnelut chegou a vislumbrar uma concepção pentapartite, adotando em seu estudo qualitativo do delito conceitos sistemáticos peculiares ao negócio jurídico, sendo os caracteres: “da capacidade, da legitimação, da causa, da vontade e da forma”; não percebendo as diferenças ontológicas entre o delito e o negócio jurídico.

Utiliza-se no Brasil duas teorias, que são elas a teoria bipartida e a teoria tripartida do crime, ou seja, na teoria bipartida são necessários que o fato seja típico e antijurídico (ilícito), sustentando que o dolo não pertencia ao tipo, essa teoria clássica era defendida Ernest Von Beling e fora concebida por Franz Von Liszt, era fortemente influenciada pelo positivismo jurídico e sustentavam que o dolo e a culpa eram sediados na culpabilidade, já na teoria tripartida para que haja sua efetivação são necessárias três requisitos, os quais serão brevemente estudados para que possamos chegar a uma compreensão de como é realizada a

persecução penal, a formação do conjunto probatório, para que o julgador tenha suficiente conjunto onde aplicará a legislação vigente, com a respectiva resposta estatal frente ao ilícito praticado, vale ressaltar que essa teoria é a principal adotada no direito penal brasileiro, e seus principais adeptos são: Celso Delmanto, Júlio Fabrini Mirabete, Fernando Capez, Damásio de Jesus, dentre outros.

Importante enfatizar ainda que existem correntes minoritárias, as quais nunca foram utilizadas no Brasil, dentre elas estão a teoria tetra partida e a teoria penta partida. Partindo agora que no Brasil adota-se a teoria tripartida, pode-se destacar os principais elementos formadores do crime para o sistema penal, passa-se a expor tal teoria segundo ensina o mestre Capez (2011):

A teoria naturalista ou causal, mais conhecida como teoria clássica, concebida por Franz Von Liszt, a qual teve em Ernest Von Beling um dos seus maiores defensores, dominou todo o século XIX, fortemente influenciada pelo positivismo jurídico. Para ela, o fato típico resultava de mera comparação entre a conduta objetivamente realizada e a descrição legal do crime, sem analisa qualquer aspecto de ordem interna, subjetiva. Sustentava que o dolo e a culpa se sediavam na culpabilidade e não pertenciam ao tipo. Para os seus defensores, crime só pode ser fato típico, ilícito (antijurídico) e culpável, uma vez que, sendo o dolo e a culpa imprescindíveis para sua existência e estando ambos na culpabilidade, por óbvio esta última se tornava necessário para integrar o conceito de infração penal. Todo penalista clássico, portanto, forçosamente precisava adotar a concepção tripartida, pois do contrário teria de admitir que o dolo e culpa não pertenciam ao crime, o que seria juridicamente impossível de sustentar.

a) Fato típico: O legislador entendeu necessário haver uma norma, onde pudesse ser encontrada a tipificação correta do fato em questão, a tipicidade divide-se em tipicidade material e formal, sendo que muitas vezes não se faz necessário a presença dos dois para que o fato seja considerado típico. Já em outras ocasiões, afastando-se uma das duas o fato torna-se atípico. Presentes no fato para que este seja típico estão, a conduta, seja ela com dolo ou culpa, o resultado, o nexos causal e a própria tipicidade.

Um exemplo de tipicidade formal a ser analisado, seria os crimes de mera conduta, como por exemplo, os crimes contra a honra, formação de quadrilha, etc. Já, um exemplo de crime em que a doutrina exige que estejam presentes as duas pode-se citar o furto, pois como trata o artigo 155, caput do código penal, além da conduta subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel, temos também a necessidade de que tal conduta atinja de forma relevante o patrimônio do terceiro lesado.

b) antijurídico: Temos também de destacar que, outro elementar do crime adotada no Brasil, a qual se faz necessária sua presença é a antijuridicidade, que precisa estar presente em uma lei, trazer a conduta uma sanção a ser aplicada por parte do Estado, no seu direito jus puniendi, e a forma legal como esta deverá ser aplicada, pois, caso assim não o fosse tal norma seria ineficaz, a antijuridicidade possui também suas excludentes, as quais serão abordadas em momento oportuno.

c) culpável: A culpabilidade é o terceiro, porém não menos importante requisito necessário a existência do crime, pois muitas vezes mesmo estando presentes a tipicidade, a antijuridicidade, temos que ter a presença da culpabilidade. Alguns fatores que podem ensejar a não incidência de culpabilidade são a inimputabilidade e segundo uma corrente minoritária da doutrina a inexigibilidade de conduta diversa, pois faz-se necessário que o agente tenha além de capacidade uma potencial consciência da ilicitude.

Pode-se afirmar que segundo a teoria adotada no Brasil, estando ausentes uma das elementares do crime, o fato torna-se atípico, ou seja, deixará de ser crime, também vale a pena lembrar que o legislador, ao vislumbrar situações fáticas criou algumas normas que seriam aplicadas quando da prática de algum dos tipos penais, normas estas que tornariam o fato atípico. Uma destas normas é o instituto da legítima defesa, artigo 25 do código penal in verbis: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Da mesma forma o artigo 23 do mesmo código elenca as excludentes de ilicitude, quer sejam o estado de necessidade, a própria legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

Na sociedade contemporânea, temos um crescimento gigantesco na criminalidade, com exacerbado comportamento violento por parte do próprio ser humano, fazendo-se necessário ao Estado criar um aparato hábil no combate a tal prática. Como o direito caminha lado a lado com a sociedade, frequentemente assim como ela sofre mudanças, para que haja um convívio pacífico e harmonioso na sociedade. É latente que no mundo globalizado todas as distâncias foram encurtadas, estando as informações ao alcance de um click, ou de um controle remoto, “a todo o instante presencia-se a prática da violência ou se é informado a respeito dela, através dos, mas mídia que transformaram o mundo numa pequena comunidade.” (CERQUEIRA, 2002, p.198).

Neste sentido assim leciona Cerqueira (2002, p.14):

Conclui-se, mais adiante, que o surgimento de uma criminalidade altamente tecnológica e transnacional, acrescido à produção de leis penais incompatíveis com os princípios protetores dos direitos individuais consagrados na constituição e produzidas como armas para o “combate” a essa nova criminalidade, acentuam a crise em que se encontra mergulhado o Direito Penal, redundando no seu descrédito.

Pode-se observar que o autor ao proferir estas palavras em sua obra, refere-se aos meios tecnológicos que atualmente estão a nossa disposição, ou seja, as fronteiras foram reduzidas, as notícias e fatos estão a um passo de nossas mãos, principalmente com a grande quantidade de redes sociais e o advento da internet.

Há quem diga que a violência seria uma grave causadora de crise no Direito Penal, pois, dele se espera a resolução e mediação dos conflitos o que já não vem ocorrendo e a expectativa é de que seja utilizado para a preservação da segurança, garantindo a todos sua integridade física e preservação de seu patrimônio, assim leciona Ferrajoli (1998, p.851): “O Direito Penal foi instituído com a finalidade apenas de defesa de direitos individuais frente a abusos cometidos pelo príncipe ou por outros indivíduos, uma vez que nascera do paradigma da razão, ou seja, ele não se confunde com a moral.”

Para tanto como instrumento utilizado para o fim de amenizar a criminalidade e possibilitar um melhor convívio social, o Direito Penal necessita, de ferramentas que possam lhe auxiliar em tal tarefa, porém como temos a figura do garantismo penal e uma constituição também garantista, torna-se necessário que o legislador crie normas que possam permitir a persecução penal e efetiva aplicabilidade. Sobre o controle da criminalidade assim se posiciona Cerqueira (2002, p.14):

[...] Torna-se possível verificar que o imprescindível controle da nova criminalidade será bem-sucedido se exercido não através do Direito Penal, mas também com o implemento de medidas sócio econômicas de largo espectro. Da mesma forma, o sucesso destas iniciativas será atingido quando houver compreensão de que o crime é um fenômeno social natural, não sendo viável pretender-se sua completa extirpação.

Outro fato a destacar é que, a nova criminalidade age de forma organizada, com estruturas complexas, divisão de tarefas e com uma rígida hierarquia, de forma que afronta a figura do Estado, onde muitas vezes age de forma ineficaz, não conseguindo alcançar o objetivo de paz e segurança desejados pela sociedade, quando se fala de crime organizado, deve-se diferenciar do crime de massa, ou seja, aquele que é mais visto por todos, pois o

crime organizado ou nova criminalidade como já mencionado age de forma mais velada, assim o distingue Cezar Roberto Bitencourt (2000, p. 123).

A criminalidade organizada é o centro das preocupações de todos os seguimentos da sociedade. Na verdade, a criminalidade organizada é o tema predileto da mídia, dos meios políticos, jurídicos, religiosos e governamentais e, por conseguinte, é objeto de debate da política interna. No entanto, no cotidiano, na realidade diária do cidadão, não é a criminalidade organizada o fator mais preocupante, mas sim a criminalidade massificada. É esta criminalidade de massa que perturba, assusta e ameaça a população.

Afirma ainda mais adiante que, a criminalidade organizada apresenta um potencial gigantesco de ameaça e consequências imprevisíveis e incontroláveis, o que gera também perigo real. Porém na realidade ainda há uma enorme dificuldade em se definir o que é o crime organizado, fato este apontado por muitos autores.

2.3. Sistema Penal Brasileiro

O sistema penal brasileiro adota o sistema inquisitório, apesar da imensa discussão acerca desta classificação do sistema processual penal brasileiro. No sistema inquisitório, na fase policial, ou seja, por meio de inquérito policial, o investigado está restrito as perguntas que lhe são formuladas, não sendo necessário o acompanhamento de uma defesa técnica e nem garantido a ampla defesa e o contraditório, abarcados por nossa Carta Magna em seu artigo 5º inciso LV., afrontando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, motivo pelo qual tais provas não deveriam sequer ser apreciadas, sistema este que coloca em risco a produção de provas.

O sistema inquisitório, nos dizeres de Capez (2008, p. 46):

Sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da perseguição, motivo pelo qual práticas como a tortura eram freqüentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão.

Se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que o sistema é acusatório, pois no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório nos artigos 129, I; 5º, LIV e LV e artigo 1º, III. Porém, o processo penal é regido por Código Específico, desde 1941, elaborado em total predominância no sistema inquisitivo.

Pode-se destacar que, este modelo de persecução penal é arcaico, pois é herança da idade média, onde a inquisição era utilizada de forma a não garantir os direitos fundamentais da pessoa humana, e as provas eram obtidas com total desprezo ao ser humano, o qual era na maioria das vezes submetido a torturas, de forma que viesse a confessar crimes que nem havia cometido, porém como já destacado o direito caminha junto com a sociedade, e acompanha sua evolução, de forma a conseguir chegar o mais perto possível de aplicação da Justiça.

Não obstante a garantia já destacada, a Constituição da República Federativa do Brasil, CRFB/1988, traz ainda a garantia a seguir:

[...] 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.

Observa-se no texto legal citado que o legislador quando da criação da carta magna foi taxativo, quando se referiu no que tange aos direitos e garantias fundamentais, e já prevendo que a sociedade está em constante mudança, deixou margem para que novas leis fossem elaboradas com intuito de acompanhar estas mudanças, atendendo as demandas necessárias para a aplicação das normas vigentes, em especial queremos aqui tratar da interceptação telefônica, e quais circunstâncias permitiriam a quebra de uma das garantias constitucionais a do sigilo, privacidade e intimidade da pessoas humana. Não obstante, temos que diferenciar interceptação telefônica, da escuta ambiental e gravação ambiental.

Destaca-se aqui neste trabalho estas garantias, devido ao fato que serão fundamentais para o desenvolvimento das questões que serão abordadas nos capítulos posteriores, pois em suma, como já mencionado na introdução do presente trabalho, o tema a ser tratado é a interceptação telefônica, seus aspectos legais, formais e condições necessárias a sua autorização e operacionalização, abordando os princípios constitucionais e legais necessários para tal fim.

2.4. A diferença entre escuta ambiental, interceptação telefônica e gravação telefônica

Partindo para o real intuito deste trabalho, há de se esclarecer que não existe tão somente a interceptação telefônica. Outros métodos se fazem presentes no cenário probatório brasileiro sendo necessário distingui-las.

Desta forma, ressalta-se a importância na distinção dos conceitos de interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica, e de que há uma relevância jurídica diferente entre cada um desses tipos de captação de conversa por telefone ou entre presentes. Insta mencionar neste ponto que a diferenciação destes métodos e terminologias, se mostra importante para o exame da legalidade das provas e para a correta interpretação do texto legal.

a) Interceptação telefônica: Esta ocorrerá estrito senso quando a violação do seu sigilo for realizada por um terceiro, sem o conhecimento de qualquer um dos comunicadores. Esta quando feita ao arrepio da lei 9.296/96 não tem valor jurídico algum, sendo importantíssimo a sua distinção porque conforme o artigo 10 da lei supracitada quem assim o fizer incorrerá em ilícito penal, pois, a proteção do sigilo telefônico e da intimidade pessoal, está protegida por nossa Carta Magna em seu artigo 5º XII, e pela própria lei 9296/96.

b) Escuta telefônica: captação de comunicação telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores, e, desconhecimento do outro. Um dos comunicadores tem ciência da interferência alheia;

c) Gravação telefônica: A gravação telefônica é realizada por um dos interlocutores, porém sem o conhecimento do outro, mas estando também protegida legalmente, pois, da mesma forma fere o princípio da inviolabilidade da intimidade e privacidade, nesta modalidade não há um interceptador, pois se trata de uma autogravação.

d) Escuta ambiental: É aquela realizada quando a conversa não é telefônica e a captação é feita por um terceiro, porém com o conhecimento de uma das partes.

e) Interceptação ambiental: captação de uma comunicação no próprio ambiente, por um terceiro, sem a ciência dos comunicadores.

Poderia ainda ser aventado aqui outras modalidades, como a interceptação ambiental, onde a conversa ambiente é interceptada por um terceiro e também ocorre violação do direito a intimidade e a gravação ambiental, a qual é realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento prévio do outro.

Já devidamente vencido a conceituação de cada uma das modalidades supra elencadas, entraremos agora no foco principal desse trabalho, quer seja a interceptação telefônica, nos moldes da legislação vigente, com sua aplicabilidade ou não no processo penal.

A distinção dos conceitos de interceptação telefônica, escuta telefônica, gravação telefônica, escuta ambiental e interceptação ambiental são de extrema relevância jurídica uma vez que não há, pois, nenhuma menção a interceptação ambiental no inciso XII. Apenas em 2001 o legislador se atentou para essa forma de investigação, acrescentando o inciso IV do art. 2º da Lei 9.034/95.

Assim, veja-se que é de fácil percepção lógica e sistemática, que, obviamente, a interceptação ambiental não encontra guarida no inciso XII do art. 5º da Carta Magna, sendo protegido o direito à intimidade contra a utilização indevida da interceptação ambiental, mais especificamente, pelo inciso X do art. 5º e pelo art. 2º, IV, da Lei de Crime Organizado, além de, por analogia, ser invocado descumprimento de alguma norma da Lei 9.296, quando couber.

A interceptação ambiental é ato investigatório previsto no inciso IV do artigo do 2º da Lei 9.034/95 - acrescentado pela Lei 10.217/01 - que dispõe, in verbis:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:
IV – A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.
Parágrafo único – O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática.

2.5. Requisitos para a decretação da interceptação telefônica

Ao adentrar nos requisitos necessários para a decretação da interceptação telefônica, deve-se observar que nossa Carta Magna, juntamente com a previsão de inviolabilidade de domicílio e da intimidade, assegura também o direito à privacidade, o que diz respeito aos chamados direitos da personalidade, que são também chamados de direitos pessoais, levando-se em consideração que para que haja a quebra de tal direito, um bem maior tutelado deve estar presente quando tal medida seja necessária, consequência pela qual foi editada a lei 9.296/96. Entretanto, segundo Capez (2018, p.535), “para que seja deferida a medida de interceptação telefônica, não se exige prova plena da prática da infração penal, apenas indícios”

A Lei 9.296/1996 não é taxativa ao apresentar o rol de possibilidades nas quais poderá ser apresentada, porém, a lei apresenta hipóteses nas quais não será aceita. O art. 1º, além de prever os casos de interceptação telefônica de qualquer natureza, inova em seu parágrafo

único, adicionando os termos telemática e informática aos regulamentados, permitindo a intervenção no fluxo de comunicação destes sistemas, *in verbis*:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Contudo, para que seja possível a aplicação da interceptação telefônica será necessária a presença de alguns requisitos legais para o deferimento da medida, tais como:

- Haver indícios razoáveis da autoria e participação na infração penal.
- Estiverem esgotados todos os meios investigatórios.
- A pena para o fato investigado seja reclusão

Aqui surge um uma das primeiras discussões no âmbito jurídico, pois a lei exclui que a interceptação telefônica seja utilizada nos crimes punidos com detenção, ocorrendo que nem todos os crimes graves que a lei determina pena de reclusão está revestido de extrema gravidade, neste sentido ensina Greco Filho (1996, p.14-15), que:

[...] A possibilidade de interceptação telefônica com relação a os crimes de reclusão precisa ser restringida, porque muito ampla. Há muitos crimes punidos com reclusão que, de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações, considerando-se especialmente o furor incriminatório de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada. Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor.

Assim sendo, é um assunto a ser discutido no âmbito jurídico, pois como já mencionado fere o princípio da inviolabilidade e privacidade das pessoas, em especial a de terceiros que venham a comunicar-se com os investigados, daí a necessidade do sigredo de justiça. Outro fato que vem gerando discussão é o da admissibilidade do uso das provas obtidas nesta modalidade, até mesmo com o instituto da prova emprestada e da utilização das provas obtidas de forma ilícita.

Conforme Grinover (2001, p.99): “A prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões sobre as questões de fato.”

Seguindo o raciocínio que o magistrado deva formar seu juízo de valor, pautado nas provas produzidas nos autos da ação que tramita, verifica-se que as provas ilícitas não se revestem da idoneidade jurídica necessária como meio de prova para o convencimento do julgador, devendo ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, em favor de um ideal maior que é o respeito a um processo justo e com respeito às garantias fundamentais.

Segundo Moraes (2006, p.99): “A constituição brasileira, no artigo 5º LVI, com efeito, dispõe a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, no mesmo sentido o código de Processo Penal em seu artigo 157 assevera que, todas as provas ilícitas são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, quando em afronta a lei.

Tratando da prova emprestada, instituto pelo qual as provas produzidas no processo penal, podem ser utilizadas no processo civil, prática esta que se utiliza de provas obtidas por meio da interceptação telefônica, cerceará a outra parte das garantias mínimas, dentre as quais a do contraditório, pois a lei é taxativa quando menciona que, a interceptação telefônica aplica-se exclusivamente para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Conforme Gomes (2009, p.118-119):

A prova colhida pela interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser emprestada, ou utilizada para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do Direito, essa prova criminal deve permanecer em segredo de justiça”. É inconciliável com o empréstimo de prova com segredo de justiça (asseg. no artigo 1º da lei 9292/96).

O mestre Vicente Greco Filho (2001), justifica seu entendimento alegando que os parâmetros constitucionais são limitativos, e, ainda assevera que a interceptação telefônica como finalidade de prova, somente poderá ser utilizada em sede criminal. Contudo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, já pacificaram seu entendimento no tocante a prova emprestada, afirmando que desde que respeitem a ampla defesa e o contraditório, e que, a interceptação tenha sido realizada em conformidade com a lei, devidamente autorizada, poderá ser utilizada, um exemplo a ser utilizado é o de um processo administrativo disciplinar para a demissão de um servidor, inclusive com servidores que não figuravam no processo penal onde foi produzida a prova,(STF, Pet 3683 QO/MG, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, DJe-035 19-02-2009).

O legislador quando da criação da lei 9.296/96, tomou os devidos cuidados ao esclarecer quais as possibilidades e requisitos legais, para a aplicação de tal medida, respeitando os preceitos legais e as normas constitucionais, determinando qual a forma, prazos e maneira que deverá ser realizada.

Considera-se assim que, quando apresentar qualquer vício, seja ele formal ou material, deverá ser desconsiderada no processo qualquer prova produzida, pois conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada, há o entendimento que os frutos recebem os vícios da planta, ou seja, os vícios de uma prova contaminam os demais meios probatórios que dela se originam, sendo incompatível com o respeito aos preceitos contidos em nossa constituição, não podendo assim serem utilizados na esfera investigativa, quando instrutiva na fase processual, devendo as mesmas serem desconsideradas.

Os temas relativos à teoria da árvore dos frutos envenenados, a teoria da descoberta inevitável e sua possível aplicação no direito penal brasileiro serão abordados em capítulo próprio, pois, é notória a existência de divergência na doutrina.

3. DAS PROVAS NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A interceptação telefônica é um instrumento que visa produzir provas, sendo assim afirma Tourinho Filho (2003, p. 215-216) “provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos: outros não”. No entendimento de Grinover, (2011, p. 209) “o provimento judicial que autoriza a execução das interceptações telefônicas tem natureza cautelar, tendo por objetivo assegurar as provas por meio da fixação dos fatos da forma como se apresentam no momento da conversa. Corroborando com esse entendimento, Mendes (1999, p. 182) assevera que a interceptação é medida cautelar preparatória quando realizada na fase policial, e incidental quando realizada na Justiça durante instrução.

Como já foi definido, a Constituição Federal de 1988, garante em seu artigo 5º, inciso XII, o sigilo das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. Portanto, trazemos a luz deste trabalho o entendimento da prova para o processo penal, apurando os meios de produção de provas na interceptação telefônica e seus limites genéricos, fazendo uma diferenciação doutrinária entre a interceptação de dados em comunicação e outros tipos de prova.

Fundamentando-se nas informações descritas no parágrafo anterior, para que o magistrado possa dar uma solução à lide é necessário que haja a produção de provas, sendo facultado ao Juiz por força do artigo 156 do código de processo penal, ordenar a produção de provas inclusive antecipadas e determinar no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. A prova tem como objeto os fatos relevantes, uma vez que o réu fará sua defesa com base nos fatos do libelo acusatório, e não, da tipificação jurídica na qual foi denunciado, sob possibilidade de inépcia da peça exordial.

O Código de Processo Penal não delimita em rol taxativo os meios de produção de prova. Segundo Nucci (2014, p. 336), os meios de prova “são todos os recursos diretos ou indiretos utilizados para alcançar a verdade dos fatos do processo”.

As provas podem ser reais, ou seja, são consistentes, pessoais, as quais encontram sua origem na pessoa humana, podendo ser declarações ou narração de um determinado fato e documentais, que são produzidas por intermédio de documentose materiais, as quais são feitas por meios biológicos, químicos ou físicos, podendo estar aqui contida a interceptação

telefônica. Friza-se ainda que no o Direito Penal são admitidas todas as provas obtidas por meios lícitos.

No processo penal, a prova destina-se à formação da livre convicção do juiz acerca da existência ou não de um fato, ou seja, as provas são tudo aquilo que podem ser produzidas durante o curso do processo, suas circunstâncias, além da falsidade ou veracidade de uma afirmação, sobre os quais pesam incerteza, dúvida, e que, por suas relevâncias, precisam ser cabalmente demonstradas. As provas podem ser utilizadas pelo juiz, quando da formação do seu livre convencimento sobre determinado assunto ou fato do processo, são fatos ou afirmações produzidas pelas partes que irão auxiliar o Magistrado a dar uma solução à lide. Acerca da prova o código de processo penal assim o traz.

Artigo 155 O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Com efeito, para maior entendimento, se faz necessário realizar uma abordagem sobre os princípios e os diferentes tipos de provas.

3.1. Princípios das provas

3.1.1. Princípio da proporcionalidade:

O inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal diz que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, vedando a utilização das provas obtidas ilicitamente. No entanto, há divergências com relação a este princípio, uma vez que parte da doutrina e a jurisprudência vem pacificando a aplicação do princípio da proporcionalidade, de forma a admitir a utilização da prova colhida com vício. Com esse entendimento temos que, a prova lícita será sempre admissível na interceptação telefônica lícita, e, eventualmente a ilícita, desde que favoreça o réu, e de forma excepcional, em favor da sociedade.

Como meios de prova ilícita com ofensa as normas constitucionais, cita-se as seguintes: interceptação das conversas telefônicas sem autorização judicial (artigo 5º, inciso XII da CF); captação de sons ambientais no interior de uma residência particular, através de aparelho instalado de forma clandestina (artigo 5º, inciso X da CF); realização da diligência de busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial, em que não seja caso de flagrante

delito, desastre, com o consentimento do morador (artigo 5º. Inciso LXIII da CF); e prova obtida com a violação de correspondência (artigo 5º, inciso XII da CF).

Com base no exposto, tem-se que nenhuma garantia constitucional tem valor supremo e absoluto, de modo, a aniquilar outra de equivalente grau de importância. Se, por um lado, a Constituição garante a proteção da intimidade e o sigilo das comunicações, por outro assegura também o direito do acusado ao devido processo legal e à ampla defesa. Se uma prova ilícita ou ilegítima for necessária para evitar uma condenação injusta, certamente deverá ser aceita, flexibilizando-se a proibição dos incisos X e XII do art. 5º da CF.

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Uma vez que sendo apresentada com único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Sobre o tema, Fernando Capez (2012, p.368) entende que:

A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*, ressalvamos apenas a prática de tortura, que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for.

Apesar da crescente violência no país e da forma com que a criminalidade vem se organizando, a admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos no processo, em desfavor do réu, é um tanto quanto delicada no ordenamento jurídico brasileiro.

A posição predominante, não só na doutrina, mas, assim como no ordenamento jurídico brasileiro veda expressamente às provas obtidas por meios ilícitos. No entanto, em casos isolados esse entendimento pode ser diferente, favorecendo a sociedade, levando sempre em consideração o princípio da proporcionalidade, cabendo ao magistrado analisar o caso concreto, coibindo a prova ilícita no processo, observando o resultado justo com base no princípio da proporcionalidade, e a busca pela verdade real.

3.1.2. Da admissibilidade ou não da provas ilícitas e ilegítimas

Para um melhor entendimento, cabe discutir no presente momento a questão sobre a admissibilidade ou a inadmissibilidade das provas ilícitas, bem como abordar as principais diferenças entre a prova ilícita e a prova ilegítima.

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da Federal de 1988, nos traz a garantia que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Visando um processo afetado de ilegalidade, esse tipo de prova não está sob o manto da idoneidade, fato necessário para formar a convicção do julgador.

Assim exposto, tem-se o entendimento de alguns doutrinadores que permitida a aceitação da prova obtida por meios ilícitos revestirá o processo de ilegalidade, devendo assim, a prova obtida por meios ilícitos, ser sempre repudiada pelos julgadores por mais relevantes que sejam os fatos por elas constituídos.

Conforme apontado pelo doutrinador Julio Fabrini Mirabete (2000 p. 230) há três teorias a respeito da prova ilícita, sendo elas teoria da admissibilidade, teoria da inadmissibilidade e a teoria da proporcionalidade. Tais teorias serão brevemente estudadas, para que se possa chegar a uma perfeita compreensão do que se quer traduzir no presente trabalho.

3.1.3. Teoria da admissibilidade

Na ótica dessa corrente, as provas ilegítimas violam uma norma processual, sendo vedadas, além de responder aquele que a viola, não tendo está o condão de anular ou contaminar as provas produzidas anteriormente, o que não a tornaria ilícita. Pode-se aqui falar também do princípio da ampla defesa, ou também, quando o processo não se fundar apenas na prova ilícita poderá ser dado segmento ao feito. Nesse sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça.

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. BANDO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. I – O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade de delito, hipóteses não ocorrentes na espécie. II. – Considerando que existem outros elementos probatórios que justificam a proposição da ação pena, principalmente a prova testemunhal e, também, a gravação

da conversa telefônica realizada pela própria vítima, não há que se perquirir acerca do trancamento da ação penal, e apenas e tão somente, porque os elementos probatórios atinentes à interceptação telefônica incorrem em eventual ilicitude. III – A gravação de conversações através do telefone da vítima, com o seu conhecimento, nas quais restam evidentes extorsões cometidas pelos réus, exclui suposta ilicitude dessa prova (precedentes do Excelso Pretório). Ordem denegada. (STJ – HABEAS CORPUS HC 23981 PA 2002/0099406-6 (STJ); Data de publicação: 28/10/2003).

Portanto, para esse caso a prova seja fundamental para que o acusado seja absolvido, torna-se possível, a admissibilidade da utilização da prova produzida de maneira ilícita.

3.1.4. Teoria da inadmissibilidade

Para esta teoria toma-se por base o princípio da moralidade dos atos praticados pelo estado, de forma que se de qualquer maneira a prova ilícita venha a ofender o direito formal ou material, torna-se inadmissível.

3.1.5. Teoria da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade constitui na busca de um equilíbrio entre os interesses sociais e os direitos fundamentais dos indivíduos. Constitui uma atenuação à doutrina constitucional de vedação das provas ilícitas, representando uma limitação do poder estatal, com o intuito de garantir a integridade física e moral dos que lhe são sub-rogados, abarcados pelo artigo 5º da Constituição cidadã, dentre os quais pode-se citar o princípio da ampla defesa e o princípio da presunção de inocência.

Ainda sobre o princípio da proporcionalidade, ensina Paulo Bonavides (2005, p.393), que este princípio foi instituído com o fito, de coibir os excessos praticados pelo estado em detrimento das pessoas que o compõem, partindo-se do pressuposto de que não seria razoável desprezar uma prova ilícita, pois, em alguns casos mesmo que sendo produzidas ilicitamente as provas devem ser utilizadas quando se prestarem a proteger um bem de maior relevância. Este princípio tem sua origem no direito alemão e não se confunde com o princípio da razoabilidade.

Para este conflito, existem duas teses que delimitam o que pode ocorrer quando uma prova é adquirida por meio de infração a uma norma jurídica.

- a) o interesse do Estado em esclarecer a verdade deve prevalecer, independentemente do modo como foi obtida a prova, sujeitando-se o infrator às sanções do ato que praticou;
- b) não é possível admitir um comportamento antijurídico permitindo que quem o cometeu dele tire proveito prejudicando outrem.

Devido à complexidade do tema, cabe ao juiz analisar se a medida é indispensável, verificando se a transgressão se explica por necessidade autêntica, que torne o comportamento da parte escusável, ou se, ao contrário, a alegação poderia ser provada por meios regulares, tendo a infração gerado dano superior ao benefício levado ao processo (MOREIRA, 1997, p.127).

3.1.6. Principais diferenças entre prova ilícita e prova ilegítima

O que define se uma prova é ilícita ou ilegítima é o locus da sua obtenção, dentro ou fora do processo. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida”.

De acordo com a carta magna em seu artigo 5º, LVI, da constituição federal temos o seguinte: “São inadmissíveis, no processo as provas obtidas nos meios ilícitos”. Nesta parte do trecho constitucional o legislador preocupou-se, com a não aceitação de provas obtidas em desconformidade com a legislação vigente, pois, tal fato fere várias garantias constitucionais.

Segundo o ensinamento de Uadi Lammêgo Bulos (2001, p.244):

[...] provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e a material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha etc.

Dáí surgiu a expressão equivalente ao termo "Prova proibida, defesa ou vedada" como aquelas produzidas de maneira ilícita, ou contrariando uma norma legal específica.

Com o mesmo foco, o artigo 157 do código de processo penal aduz que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Vejamos o que diz o referido artigo:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais.
 § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo da causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Fica aqui evidenciada a preocupação do legislador em garantir que as provas obtidas ao arrepio da lei não sejam levadas em consideração, de forma que não venha a ferir o ordenamento jurídico, a busca pela prova.

3.1.7. Prova ilegítima

É assim considerada ilegítima, quando a norma que está sendo afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima assim ensina Fernando Capez (2011, p.05), em sua obra curso de direito penal legislação:

Acerca da prova ilegítima. Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim, se, por exemplo, um documento for exibido em plenário do júri, com desobediência ao disposto no art. 479, caput (CPP), com a redação determinada pela Lei n. 11.689/2008, tal prova não poderá ser aceita, considerando-se ilegítima. Podemos ainda lembrar o depoimento de testemunha obrigada a guardar sigilo por dever funcional(CPP,art.207), as provas relativas ao estado de pessoas produzidas em descompasso com a lei civil, por qualquer meio que não seja a respectiva certidão (CPP, art. 155, parágrafo único, conforme a Lei n. 11.690/2008), ou a confissão feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando a infração tiver deixado vestígios (CPP, art. 158). As provas produzidas em substituição serão nulas por ofensa à norma processuale, portanto, ilegítimas, não podendo ser levadas em conta pelo juiz (CPP, art. 564, III, b), o que acarreta a absolvição por falta de comprovação de materialidade delitiva.

Pelo exposto, conclui-se como prova ilegítima aquela que viola regra de direito processual no momento de sua obtenção em juízo, ou seja, no momento em que é produzida no processo.

3.1.8. Prova ilícita

A prova ilícita é aquela que, quando da sua formação fere princípios de direito material, principalmente o direito constitucional, ocorre no momento da colheita da prova podendo ser anterior ao processo, ou concomitante a este. Alguns exemplos de provas ilícitas que pode-se citar são aquelas obtidas mediante violência física ou psicológica,

podendo ainda aquele que a pratica estar incorrendo no crime de tortura. Da mesma sorte, uma escuta telefônica sem autorização judicial estará obtendo uma prova ilícita, não merecendo ter a mínima credibilidade, nem sendo apreciada pelo magistrado ao formar o seu livre convencimento.

Da mesma forma, as provas obtidas derivadas das ilícitas também não merece serem levadas em consideração, pois, segundo a teoria da árvore dos frutos envenenados, toda prova que derive de um meio ilícito, também assim será considerada. Acerca da prova ilícita, ensina Capez (2011, p.27):

Prova ilícita. Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta as normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem as normas de direito civil, comercial ou administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais, tais provas não serão admitidas no processo penal. Assim, por exemplo, confissão obtida com emprego de tortura (Lei n. 9.455/97), apreensão de documento realizada mediante relação de domicílio (CP, art. 150), a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96, art. 10) e assim por diante. Pode ocorrer, outrossim, que a prova não seja obtida por meio da realização de infração penal, mas se considere ilícita por afronta a princípio constitucional, como é o caso da gravação de conversa telefônica que exponha o interlocutor a vexame insuportável, colidindo com o resguardo da imagem, da intimidade e da vida privada das pessoas (CF, art. 5º, X). Podem também ocorrer as duas coisas ao mesmo tempo: a prova ilícita caracterizar infração penal e ferir princípio da Constituição Federal. É a hipótese da violação do domicílio (art. 5º, XI), do sigilo das comunicações (art. 5º, XII), da proteção contra tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º III) e do respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), entre outros. "É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade. É um pequeno preço que se paga por viver em um estado democrático de direito.

Por fim, consta que as provas ilícitas passaram a ser reguladas pela lei n. 11.690/2008, que modificou a redação do art. 157 do código de processo penal, a qual assim dispõe "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais. Este tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Ementa: HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. 1. É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos "frutos da árvore venenosa". 2. Inexistência da prova autônoma. 3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. 4. Habeas corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art. 150, § 3º), para anular o processo ab initio, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. Encontrado em: ILÍCITA, ESCUTA TELEFÔNICA,

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, ANTERIORIDADE, LEI NOVA, CONJUNTO PROBATÓRIO...TRIBUNAL FEDERAL LEI- 009296 ANO-1996 PP3627, PROCESSO(CRIMINAL), ANULAÇÃO, CONDENAÇÃO, PROVA. (STF HABEAS CORPUS HC 74116 SP (STF); Data da publicação:14/03/1997)

Quando se fala em prova ilícita, ilegítima, não se pode deixar de falar em algumas outras teorias utilizadas no Direito Penal, teorias estas inclusive muitas vezes utilizadas no Direito Penal Brasileiro, dentre tantas destaca-se as seguintes: Teoria da descoberta inevitável, Teoria da árvore dos frutos envenenados, prova emprestada, etc.

3.2. Da prova emprestada

O ordenamento jurídico brasileiro, aceita a utilização da prova emprestada, desde que esta tenha seguido rigorosamente os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, mas, o que se quer aqui destacar, é a utilização da prova obtida por intermédio de uma interceptação telefônica. Neste sentido, a prova emprestada segundo Capez (2006), “é aquela produzida em determinado processo e a ele destinada, depois transportada, por traslado, certidão ou qualquer outro meio de autenticação, para produzir efeito como prova em outro processo”.

Diante do princípio do contraditório, parte da doutrina sustenta que a prova emprestada não pode gerar efeito contra quem não tenha figurado com uma das partes no processo originário.

3.2.1. Teoria da descoberta inevitável

Essa teoria é baseada no direito norte-americano, caso NIX X WILLIAMS-WILLIAMS II (1984) – Fato este ocorrido nos Estados Unidos da América, onde o acusado de um homicídio, após ter sido torturado, confessou onde estava o corpo. Ocorre que todos os moradores do bairro já efetuavam buscas nas casas, e friza-se que havia em torno de 150 moradores na cidade, fato este que ensejaria a descoberta inevitável do corpo, devido ao fato de ser um cidade pequena, e os moradores estavam todos empenhados nas buscas. Porém não é possível amparar-se nessa teoria apenas com base em dados especulativos, sendo necessária a existência de dados concretos que demonstrem que a descoberta seria inevitável.

A doutrina vem entendendo que esta limitação encontra-se prevista no art. 157 §2º do código de processo penal, que assim reza, “ art. 157 §2º CPP Considera-se fonte

independente (descoberta inevitável) aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, será capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

3.2.2. Teoria dos frutos da árvore envenenada

Sobre essa teoria, incube destacar que esta é oriunda do direito norte americano, por meio do caso *Silverthorne Lumber & Co vesus United States of Americas*, no ano de 1920, caso julgado pela Corte norte americana, e assim denominada de teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), a qual estabeleceu que toda prova derivada de uma prova contaminada, também será contaminada, ou seja, a prova contaminada poderia até ter sido produzida de maneira lícita, mas, caso tivesse alguma ligação com uma prova ilícita levaria a sua anulação. Porém, caso restasse provado que a aduzida prova, pudesse ser produzida por outro meio, o qual permitisse que fosse realizado, esta continuaria sendo válida.

Sob o aspecto normativo brasileiro, o artigo 5º, inciso LVI, da carta magna é firme no tocante da vedação da juntada de provas obtidas por meios ilícitos, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Após largo reconhecimento jurisprudencial nos tribunais brasileiros, inspirado no direito norte americano (*fruits of poisonous tree*), a expressa implementação da teoria dos frutos da árvore envenenada na legislação brasileira só foi ocorrer no ano de 2008, com a Lei nº 11.690, a qual dispôs no art. 157, §1º, do CPP que: “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 fonte independente das primeiras”.

Em consonância ao entendimento jurisprudencial já consolidado, o Código de Processo Penal apresenta uma posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente como os princípios e normas constitucionais, a qual professa a transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo. Afirma, ainda, que a Constituição brasileira não toma partido na discussão sobre a admissibilidade das provas derivadas, deixando espaço para a construção da doutrina e da jurisprudência.

Pela Teoria da Derivação, deve-se considerar a prejudicialidade trazida ao processo pela produção de provas consideradas ilícitas, uma vez que a ilegalidade presente na prova poderá viciar o restante do processo, o que não condiz com o sistema de garantias que orientam o processo penal. Ao dissertar sobre a teoria, Capez (2015, p. 430) cita como exemplo:

É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem.

Exemplificando acerca dessa teoria, Capez (2012, p. 364) nos traz julgado do STF, in verbis:

É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. Outro exemplo seria o da interceptação telefônica clandestina — crime punido com pena de reclusão de dois a quatro anos, além de multa (artigo 10 da Lei 9.296/96) — por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado. Nesse diapasão, tal teoria, de cunho da Suprema Corte norte-americana (United States Supreme Court, 1920), tem sido aplicada na ordem normativa brasileira (STF – HC 93.050 – Rel. Min. Celso de Mello – DJe 1º-8-2008 e STJ – HC 191.378 – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 5-12-2011). (BRASIL, 2011)

No mesmo sentido posiciona-se o tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, corroborando com os ensinamentos da doutrinadora conforme ementa a seguir.

Ementa; LEI 11.343/06. TÓXICOS. ART. 33 E 35. TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRELIMINARES. NULIDADES. PRELIMINAR. LEI 9.296/96. ESCUTAS TELEFÔNICAS. PROVA ILÍCITA. Diligência desenvolvida a partir de escutas telefônicas cuja autorização judicial não ficou minimamente demonstrada. Indispensável autorização judicial, desde que atendidos os requisitos legais, para a interceptação telefônica. Indispensável também a transcrição na íntegra das conversas e o apensamento, aos autos da ação penal, do expediente relativo às interceptações. E a prova dos autos mostra, às claras, que a diligência que culminou com a apreensão da droga e prisão foi decorrente, apenas, das escutas cuja regularidade não foi demonstrada. Prova totalmente contaminada, pelo vício de origem. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA. RÉUS ABSOLVIDOS. (Apelação Crime Nº 70050147982, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Bruxel, Julgado em 19/09/2013). (TJ-RS – Apelação Crime ACR 70050147982 RS(TJ-RS), Data de publicação: 28/01/2014)

Ainda sobre as provas ilícitas Capez (2011, p.347) ensina em sua obra que a Lei 11690/2008, visa regulamentar o preceito contido no artigo 5º, LVI, da Carta Magna. A referida lei disciplinou o contido no artigo 157 Código de Processo Penal, quanto a matéria relativa às provas ilícitas, quanto ao teor mencionado no referido dispositivo legal: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as

obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. §1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre uma fonte independente das primeiras. §2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. §3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial. Sobre a teoria da árvore dos frutos envenenados este é o posicionamento do Tribunal Regional Federal- 4.

Ementa: PROVA ILÍCITA – ESCUTA TELEFÔNICA – DOCTRINA DOS FRUTOS DA ARVORE VENENOSA – EVASÃO DE DIVISAS – OURO-AUTORIA- INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. No período anterior à Lei 9296/96, mesmo quando autorizada judicialmente, a escuta telefônica era prova ilícita, que contaminava todas as outras provas dela resultantes, direta ou indiretamente. Ainda assim, a desqualificação das provas ilicitamente obtidas não inutiliza de todo o conjunto probatório, que pode ser aproveitado na parte independente daquela viciada. A doutrina dos frutos da árvore venenosa deve ser aplicada com prudente moderação, evitando-se os exageros que a desvirtuariam em conveniente escudo para a delinquência de todas as espécies. A preservação da identidade dos criminosos, por exemplo, não pode ser colocada acima dos legítimos interesses sociais, entre os quais avulta o combate à criminalidade. O ouro é ativo financeiro e sua remessa clandestina para o exterior configura o crime de evasão de divisas. Sendo insuficiente a prova da autoria, entretanto, impõe-se a absolvição dos réus. (TRF-4 APELAÇÃO CRIMINAL ACR 40586 RS 96.04.40586-1 (TRF4); Data de publicação:20/09/2000).

Ora uma vez determinada a destruição da prova ilícita, isso ensejaria a impossibilidade de uma revisão criminal, pois, não será possível a utilização desta prova, com intuito de absolver o acusado provando sua inocência, embora a nossa carta magna e o artigo 157 do CPP vedem a produção de prova ilícita, esta não tem o condão de afastar os princípios constitucionais como o da proporcionalidade.

Tal princípio autoriza a utilização da prova produzida de forma ilícita, sempre que bens de maior magnitude como a vida e a liberdade do indivíduo, sejam postas em jogo. Restando assim a ideia de que a inutilização de tais provas, constituem medidas temerárias, pois, poderiam servir de embasamento para uma futura defesa. Sobre o tema, assim se posiciona o Supremo Tribunal federal.

Ementa: PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, ‘NAS HIPÓTESES E NA FORMA’ POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ARTIGO 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES

DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24/11/93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA – CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE. [...]

[...] Encontrado em: 3152, PROCESSO CRIMINAL, NULIDADE, CONDENAÇÃO, PROVA ILÍCITA, UTILIZAÇÃO. PP0638, ‘‘ HABEAS CORPUS... CELSO DE MELO: INADMISSIBILIDADE, UTILIZAÇÃO, PROVA, OBTENÇÃO, FORMA ILÍCITA, IRRELEVÂNCIA... QUALIDADE, FATO, APURAÇÃO. DOGMA, INADMISSIBILIDADE, PROVA ILÍCITA, PROVA ILEGÍTIMA, CARACTERIZAÇÃO... (STF- SEGUNDO HABEAS CORPUS HC 69912 RS (STF); Data de publicação: 25/03/1994)

Pode- se dizer, que é plenamente possível utilizar no direito processual brasileiro a prova ilícita, supondo que haja apenas uma prova em favor do acusado, e que esta tenha sido produzida ilicitamente. Mesmo feita ao arpejo da lei, essa deverá ser considerada para a absolvição do acusado, estando presente o que a doutrina chama de prova ilícita pro reo, o que é inclusive admitido na jurisprudência. Ao contrário, caso a prova ilícita fosse utilizada em desfavor ao acusado, seria inadmissível, estando presente o que a doutrina chama de prova ilícita pro societate, o que se fosse aceita, colocaria em risco os direitos e garantias fundamentais.

Não se quer aqui no presente trabalho, afrontar as normas que proíbem a utilização de provas obtidas de maneira ilícita, mas sim, respeitar o princípio da proporcionalidade, o que protege um bem maior tutelado em nossa legislação pátria, o que ensejaria a possibilidade da utilização da prova quando necessária a defesa.

4. DISPOSITIVOS LEGAIS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

4.1. Disposições da Lei 9.296/96 – Lei de interceptação de comunicações telefônicas

Para que se consiga entender melhor os requisitos e meios empregado na interceptação, passa-se a analisar os principais artigos da referida lei.

Artigo 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para a prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Quanto ao artigo 1º da presente lei, o seu parágrafo unico já tem sido objeto de discussões pois no texto constitucional no artigo 5º, inciso XII, na sua parte final dispõe que "salvo no ultimo caso", se remete as comunicações telefônicas e não as comunicações de informática e telemática.

Greco Filho (1996, p.17-18), expõem:

Comunicação telefônica não se confunde com comunicação por meio de linha telefônica. Telefone é aparelho de comunicação de voz, de modo que os outros instrumentos que se utilizam da linha telefônica somente por essa razão não podem ser a eles equiparados. Aliás, se a constituição quisesse essa extensão teria usado a expressão comunicação por rede telefônica ou mesmo por linha telefônica. Não se aplica pois a autorização constitucional de interceptação as comunicações de fac-símile, transmissão de dados, etc.

Já o doutrinador Gomes e Cervini (1997, p.112) assim ensina:

[...] comunicações telefônicas 'de qualquer natureza', destarte, significa qualquer tipo de comunicação telefônica permitida na atualidade em razão do desenvolvimento tecnológico. Pouca importa se isso se concretiza por meio de fio, radioeletricidade (como no caso do celular), meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Com uso ou não da informática [...] Para efeito da interpretação da lei, o que interessa é a constatação do envolvimento da telefonia.

Já o artigo 2º, estabelece os requisitos necessários para que seja decretado a quebra do sigilo telefônico além de estender também essa possibilidade no que tange as hipóteses de transmissão de dados contidas no artigo 1º parágrafo unico.

Artigo 2º Não será admitida à interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

- I - Não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II - A prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

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

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

Gomes (1997, p.181), ressalta que:

Se essa prova pode ser obtida por 'outros meios', não deve o jui determinar a interceptação telefônica, que é medida de ultima rãtio, extremada, excepcional, mesmo porque, por vontade do legislador constituinte, a regra é a preservação da intimidade.

O inciso I do referido artigo, exige que haja indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal. Não seria preciso tal enunciado pois nenhum Magistrado iria dar provimento a um pedido de interceptação telefônica sem o respaldo legal, pois, faz-se necessária uma prévia investigação, mediante inquerito policial ou outro meio probatório o qual apontasse indícios suficientes para tal medida.

Da mesma forma o inciso II traz que quando a prova puder ser feita por outros meios, não será admitida a quebra do sigilo telefônico, por óbvio somente quando esgotado todos os meios probatórios, é que a autoridade competente representará pela quebra do sigilo telefônico, uma vez que tem sua inviolabilidade garantida em nossa magna carta.

De sorte o inciso III, disciplina que somente os crimes punidos com a pena de reclusão, serão alvos da medida investigativa, evitando assim a banalização da invasão da privacidade das pessoas, pois não seria razoável que a mesma medida fosse possível para à prática de qualquer infração penal, deixando restrito as mais graves.

Conforme disposto no Artigo 3º, este regulamenta as partes legítimas para requisitar a interceptação telefônica, conferindo exclusivamente ao juiz o poder de determinar esta medida cautelar (reserva de jurisdição), adotando-se o controle judicial prévio de sua legalidade, mais não o controle operacional que foi conferido à autoridade policial, conforme prescreve o art. 6º (GOMES; MACIEL, 2013).

Quanto aos legitimados para requererem e executarem a interceptação telefônica, os incisos do art. 3º assim estão descritos:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Com base no artigo 3º, se a interceptação telefônica tem que ver com a “investigação criminal” somente pode ser relacionada com as autoridades com atribuição constitucional e legal para tanto, (Delegado de Polícia Civil ou Federal) a qual será devidamente fundamentada e encaminhada ao Juiz, o qual terá a faculdade de deferir ou não a interceptação telefônica.

De igual forma é a exortação de Vicente Greco Filho (2006) quando descremina as autoridades policiais responsáveis pela condução da diligência de interceptação telefônica, dentre elas a autoridade de polícia judiciária, estadual ou federal, ou autoridade presidente de inquérito policial militar quando se tratar da competência da Justiça Militar. Entretanto, tanto a Constituição Federal como a Lei 9.296/1996 não deixam claro se a Polícia Militar possui atribuição de solicitar e utilizar esta medida cautelar em suas operações de inteligência com relação aos crimes comuns.

Quanto a representação do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal, ficando comprovada a legitimidade deste, no que se refere à quebra do sigilo telefônico.

Segundo Capez (2010, p.569): “Oportunidade o pedido de interceptação telefônica poderá ser realizado antes da propositura da ação penal, isto é, na fase de investigação criminal ou na instrução processual penal.”

O Pedido de acordo com art. 4º da lei, a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz: “a) de ofício; b) à requerimento da autoridade policial na investigação criminal; c) à requerimento do Ministério Público, na investigação criminal ou na instrução processual penal. Quanto a vítima na ação penal privada, por analogia pode requerer a interceptação”.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro hoas, decidirá sobre o pedido.

Segundo Capez (2010, p.572): "De acordo com o Art. 4º da lei 9296, no pedido será preciso demonstrar que a realização da interceptação é necessária para a apuração da infração penal com a indicação dos meios a serem empregados".

Esse dispositivo traz, além dos requisitos (pressupostos) descritos no art. 2º, mais dois requisitos que devem constar no pedido de interceptação telefônica, ou seja, “demonstração de que sua realização é necessária à apuração penal” e a “indicação dos meios a serem empregados”.

Além de trazer mais dois requisitos, esse art. 4º, seguidos dos arts. 5º, 6º e 7º, mostram claramente [...] “as três fases do procedimento cautelar, que são: postulatória, decisória e executória, cada uma com suas exigências, cuja observância é imprescindível para obtenção de uma prova lícita e legítima” (GOMES; MACIEL, 2013, p. 153).

Quanto aos prazos, estes são disciplinados pelo artigo 5º da lei 9296/96. “Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

Embora a lei preveja como prazo máximo de 15 dias para conclusão da diligência, esta poderá ser prorrogada por mais 15 dias, mais 15, mais 15..., Sendo esta majoritária a posição no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, os quais já se manifestaram indicando que a prorrogação possa acontecer quantas vezes seja necessária desde que estejam presentes os requisitos legais e com sua permanência, de modo a ensejar à sua renovação, ressaltando que cada vez que seja deferida a medida, o prazo se inicia no primeiro dia da captação da comunicação.

Acerca desta previsão, temos o entendimento de Nucci (2009, p.765):

Embora o art. 5º estabeleça o prazo máximo de quinze dias, prorrogável por igual tempo, constituindo autêntica ilogicidade na colheita da prova, uma vez que nunca se sabe, ao certo, quanto tempo pode levar uma interceptação, até que produza os efeitos almejados, a jurisprudência suplantou essa limitação. Intercepta-se a comunicação telefônica enquanto for útil à colheita da prova.

Outro fator a ser observado é que o pedido de prorrogação este deverá ser elaborado e deferido antes do término do prazo deferido anteriormente sob pena de nulidade caso ocorra ao arpejo do Art. 5º inciso XII da Constituição Federal.

Caso seja deferido o pedido de interceptação telefônica, esta deverá ser conduzida pela autoridade policial, o qual dará ciência ao Ministério Público dos fatos, conforme dispõe o Art. 6º.

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

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

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

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

O Artigo supra-aduz que, caso haja a possibilidade técnica de efetuar a gravação da interceptação telefônica esta deverá ser feita obrigatoriamente com posterior vistas a maior aferição da verdade da prova como também sua autenticidade para que o juiz possa efetivar sua valoração.

Atualmente, o sistema utilizado para o monitoramento e a gravação das interceptações telefônicas em Santa Catarina, é o sistema INTELLETOTUM. Este sistema permite o registro das interceptações, a análise das gravações e o registro das degravações, para posterior encaminhamento a autoridade competente do relatório circunstanciado das investigações, no qual conterà o resultado das investigações, acompanhado do áudio integral das comunicações interceptadas, da transcrição das conversas relevantes à investigação e de resumo das operações realizadas.

A referida lei 9296/96, confere a autoridade policial autonomia para requisitar serviços técnicos especializados as concessionárias de serviço público, conforme o artigo 7º, “ Para os procedimentos de interceptação de que trata esta lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público”.

Tem-se como exemplo destas medidas, a quebra do sigilo das estações rádio base (ERB) através do sistema VIGIA, o encaminhamento das conversas telefônicas ao sistema INTELLETOTUM e o desvio destas a um aparelho telefônico funcional da autoridade policial ou a um de seus agentes, bem como entrega de gravações que ficam durante determinado tempo com as operadoras.

Já no que diz respeito às provas obtidas através da interceptação telefônica, ocorrerão em autos apartados, pois, assim traz o artigo 8º da lei 9296/96:

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Porém, como bem ensinou o doutrinador Gomes,(1977, p.159,160):

Impõem-se realçar desde logo, no entanto, que esse segredo interno (para as partes, mais precisamente frente ao investigado) só perdura durante as diligências, gravações e transcrições. Uma vez constituída a prova (a transição é o meio probatório que fixa os fatos no processo) dever ser levantado o segredo frente ao invetigado e seu advogado(...) Do contrário haveria ofensa ao princípio da ampla defesa.

Tudo isso devido ao fato da necessidade do sigilo da interceptação telefônica, pois, caso assim não o fosse e o alvo soubesse de tal medida, a mesma se tornaria ineficaz, não alcançando seu principal objetivo, o qual seria a produção de provas para o processo penal.

Conforme o artigo que segue:

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou parte interessada.

Parágrafo Único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

O Art. 9º da lei prevê a inutilização, por decisão judicial durante o inquérito, a instrução criminal ou após esta, da gravação que não interessar à prova, sendo que quando da sua inutilização esta deverá ser assistida pelo Ministério Público, o qual age como custos legis, ou seja, fiscal da lei, sendo facultada acusado ou eu representante legal a presença durante o ato. A lei é categórica ao impor que toda gravação que não interesse à prova deverá ser inutilizada, sob a responsabilidade de serem enquadrados como incursos no art. 10º da lei 9296/96, aqueles que se omitiram com o dolo eventual.

Esta inutilização poderá, e deverá ser parcial se parte da gravação não interessar a prova processual, principalmente no que se refere à intimidade de terceiros envolvidos, sendo feita assim que se constate seu desinteresse probatório.

Leciona Gomes (1977, p.234):

Sendo assi, ao nosso entender, não somente a gravação, senão tudo que não interessa à prova deve ser inutilizado (ou destruído, quando possível). Do contrário, sempre haverá o risco para a privacidade dos comunicadores. E não é isso o que espera o ordenamento jurídico.

Da decisão que determina ou não, em caráter definitivo a inutilização de partes da gravação cabe o recurso de apelação, com fulcro no art. 593 inciso II, do Código de Processo Penal, acerca da participação da defesa quando da inutilização da prova acertadamente assim ensina Marta Thereza Rocha de Assis Moura (1991. p.412):

A participação da defesa deve ser sempre assegurada, ainda que seja no incidente de inutilização de prova ocorrido durante o curso do inquérito policial. Nesse caso, a inutilização só poderá ocorrer após a oitiva do indiciado, que poderá impugnar o pedido já que a gravação poderá servir como prova da defesa. Ao revés, restaria caracterizada ofensa ao contraditório e evidente cerceamento de defesa, conclui a autora.

Restou evidenciado que, a ausência de participação do acusado, ou de seu defensor fere os princípios constitucionais da legalidade, e da ampla defesa, pois caso interessem a defesa do acusado, não podem ser destruídas, deixando aquele que o pratica como incurso nos crimes previstos no art. 10º da lei 9.296/96, os quais serão tratados a seguir, “Art. 10º Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”.

Dois são os crimes previstos no referido artigo: a realização da interceptação telefônica indevidamente, e a quebra do segredo da justiça, tendo os dois momentos distintos, os quais serão tratados separadamente, com intuito de demonstrar quem pode ser o sujeito ativo, qual deles é crime próprio e quanto sua admissibilidade na modalidade tentada, coautoria e participação no tipo penal.

A) Realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática e telemática.

Esta violação é cometida por um terceiro em face de dois interlocutores, não se aplica, à conduta unilateral de um deles, e sua consumação se dá com o ato de interceptar admitindo inclusive a tentativa, não sendo crime próprio, pois qualquer pessoa pode cometê-lo, Vicente Greco Filho, em sua obra Interceptação telefônica considerações sobre a lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996. “Um elemento normativo e um elemento subjetivo integram o tipo: sem autorização judicial é o primeiro e com objetivos não autorizados em lei é o segundo.”

Traz ainda o autor que os elementos são alternativos bastando apenas a presença de um deles para que seja caracterizado o crime. Em resumo mesmo que a interceptação telefônica seja judicialmente autorizada, porém que não tenha a função de investigação criminal ou instrução processual penal ocorre a infração, a contrário senso se esta possui o cunho de produção probatória e instrução processual penal, porém não tenha autorização judicial, aquele que a realiza também incide a norma penal, estando sujeito as mesmas sanções.

Tais atos podem ser praticados quando a autoridade que representa pela interceptação, apresenta fatos falsos ao juiz, de outro lado também o juiz que autoriza a interceptação fora dos casos previstos em lei poderá incorrer nessa modalidade de ilícito penal.

O crime é doloso, admitindo assim a modalidade do dolo eventual como também coautoria ou participação, tendo uma pena prevista de reclusão de dois à quatro anos.

B) Quebrar o segredo de justiça

Esta é a segunda modalidade prevista no art. 10º, que consiste da quebra do segredo de justiça, como é instituído pela própria lei, esta se relaciona ao procedimento da interceptação telefônica, não se referindo aos demais casos de segredo de justiça que podem ocorrer no processo penal e no processo civil, para tais esta violação continua regida pelo crime previsto no artigo 325 do código penal. Trata-se de um crime próprio, ou seja, o sujeito ativo é o funcionário no sentido amplo do artigo 327 do código penal, estando vinculado ao procedimento da interceptação podendo ser autores a autoridade policial e seus agentes, membro do Ministério Público e juiz, funcionários de cartório, etc, ao acusado e seu defensor não se aplica o dispositivo, pois estes não têm a obrigação de preservar o segredo de justiça.

Esta infração tem a sua consumação, quando é revelado o conteúdo da interceptação, ou com a consciente concordância de que terceiro dele tome conhecimento, admitindo em tese a modalidade culposa, bem como coparticipação e coautoria.

Exauridos aqui, os principais artigos da lei 9.296/96, passaremos a seguir a tratar, da utilização da prova obtida ilegalmente, ou seja, aquelas que não estão de acordo com os requisitos da lei 9.296/96, quanto a sua admissibilidade ou não, e de provas obtidas contra terceiros envolvidos, abordando algumas teorias que seguirão, tais como a teoria da árvore dos frutos envenenados, da descoberta inevitável e do instituto da prova emprestada, como também sua aplicabilidade no processo penal, sob a luz da legislação vigente, bem como o posicionamento dos tribunais.

4.2. Da interceptação das comunicações por meio de aplicativos de mensagens

Atualmente a interceptação telefônica tradicional já não possui mais a mesma eficácia quanto ao meio de obtenção de prova, com a mesma eficiência que costumava ter antes da expansão das redes de comunicação de dados e da internet.

A vocalização como mecanismos intercomunicativos na era pós-internet, ainda possui eficácia probatória, mas estão sendo diariamente mitigados pelo crescente uso de outras formas de comunicação. O desafio para as autoridades e protagonistas judiciais, pela questão apresentada, certamente, é grande. A migração do sistema convencional de comunicação para o modelo globalizado de interconexão além de demonstrar a incapacidade do ser humano em se adaptar à velocidade do progresso tecnológico, põe em xeque a rainha contemporânea dos meios de obtenção de provas, a interceptação telefônica. Novas soluções, processualmente válidas e que respeitem as regras do jogo, precisarão ser repensadas no processo penal do momento pós-internet.

Segundo Martins (2008, pág. 17):

...houve uma revolução no mundo do telefone, pois no dia 3 de abril de 1973, em Nova York, ocorreu a histórica primeira ligação de um celular, realizada por Martin Cooper, um gerente da empresa Motorola. O aparelho, muito prosaico, tinha 25 cm de comprimento e 7 cm de largura, além de pesar cerca de 1 quilo. O celular foi efetivamente uma revolução, pois efetivou a portabilidade do aparelho antes fixo, facilitando a locomoção das pessoas, além de baratear as ligações. Em abril de 2008, a Agência Nacional de Telecomunicações declarou que no Brasil existem mais de 127.742.000 celulares ATIVOS, número muito superior aos números fixos.

Nesta contenda, temos os aplicativos de envio e recepção de mensagens, áudios e vídeos WhatsApp, Telegram e outros, são de comunicação, ponto a ponto, de natureza privada, restrita aos interlocutores ou um grupo limitado de pessoas, o que equipara as mensagens enviadas via aplicativos, a informações por meio telemático.

A lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014, conhecida como o marco civil da internet, determina que, o sigilo das comunicações por meio de informática, como regra geral, é inviolável. No entanto, por determinação judicial, as autoridades podem requisitar dados cadastrais dos usuários, bem como acesso aos provedores de aplicação de internet.

Desta forma, a Lei nº. 12.965/2014, prevê as possibilidades de advertência, multa e bloqueio os aplicativos de mensagens, este último, justificado pela grande resistência de colaboração destas empresas em relação a Justiça Brasileira.

A lei n. 12.965/2014 traz os seguintes aspectos com relação a Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às comunicações privadas:

Artigo 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo das comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º. O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais e a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitando o disposto no artigo 7º.

§ 2º. O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do artigo 7º.

§ 3º. O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º. As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Apesar de expressamente descrito em seu parágrafo 3º do artigo 10 da Lei nº. 12.965/2014, a qual traz a previsão legal do acesso aos dados cadastrais pelas autoridades administrativas e policiais, este quesito é comumente desrespeitado pelas empresas detentoras dos direitos dos aplicativos mensageiros.

A falta de especificidade sobre a matéria, principalmente com relação à interceptação de aplicativos de celular, gerou nos anos de 2015 a 2017 um grande embate jurídico, chegando até o Supremo Tribunal Federal.

O então presidente do Tribunal Federal Ricardo Lewandowski emanou decisão por, posto que houveram quatro decisões judiciais de processos distintos, determinando a suspensão e o consecutivo bloqueio do uso do aplicativo de mensagens WhatsApp, administrado pela empresa americana Facebook em todo o território nacional, sob a fundamentação de que a empresa se negava a colaborar com a justiça brasileira, descumprindo ordem judicial e colocando óbice ao acesso de informações trocadas por usuários investigados em processos criminais.

O primeiro bloqueio nacional do aplicativo ocorreu em 22 de fevereiro de 2015, originada do Estado do Piauí, a mando do juiz Luis Moura Correia, da Comarca de Teresina. Como o processo corre em segredo de justiça, não foi possível obter acesso à íntegra da decisão do magistrado, contudo, consoante a nota emitida pelo Núcleo de Inteligência da Secretaria de Segurança Pública do Piauí, o delegado geral do Estado, Dr. Riedel Batista afirmou ter havido descumprimento de decisão judicial por parte da empresa Facebook do Brasil, que se negou a fornecer dados trocados por usuários no aplicativo WhatsApp.

Tanto a Lei nº 9.296, de 24 de Julho de 1996 (Lei da Interceptação Telefônica) quanto a Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014 (Marco Civil da Internet), no que se refere ao acesso de dados e troca de mensagens por aplicativos de celular como meio de obtenção de prova judicial, pouco inovaram com relação ao tema em apreço.

Outro problema está no fato do poder público ficar à mercê da boa vontade das empresas tecnológicas, uma vez que a coleta da conversa – ligação, nos aplicativos tidos como mensageiros, não são armazenadas pelas empresas, fazendo com que o acesso a esses dados seja excessivamente laborioso por parte do poder público, o que implica na utilização de uma infraestrutura extremamente técnica, com a implementação de sistemas avançados de software e hardware, geralmente de alto custo para o Estado.

Consoante, Barreto e Brasil (2016, p.76) destacam:

Visando dar maior privacidade e segurança à internet, foi colocado no projeto do Marco Civil, um inciso com o intuito de estimular a implantação de datacenters no Brasil, ocasionando a implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados pelo país.

Apresentado este ano pelo Poder Executivo Federal, por meio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o anteprojeto de Lei Anticrime prevê uma mudança na lei de interceptação telefônica, trazendo em seu texto a possibilidade de monitoramento em tempo real, durante investigações criminais de conversas em plataformas digitais e aplicativos de mensagens como o Telegram e Whatsapp.

Sob o ponto de vista processual, o desafio para as autoridades e protagonistas judiciais, pela questão apresentada, certamente, é grande. O que se tem visto na prática, são decisões onde, mensagens de textos simples, imagens e arquivos, em geral, são obtidos por meio de cautelares de busca e apreensão ou, ainda, em apreensão decorrente da prisão em

flagrante do agente investigado (por exemplo, em flagrantes diferidos em ação controlada da Lei 11.343/06). A migração do sistema convencional de comunicação para o modelo globalizado de interconexão além de demonstrar a incapacidade do ser humano em se adaptar à velocidade do progresso tecnológico, põe em xeque a rainha contemporânea dos meios de obtenção de provas, a interceptação telefônica. Novas soluções, processualmente válidas e que respeitem as regras do jogo, precisarão ser repensadas no processo penal do momento pós-internet.

4.3. Interceptação de comunicação vs extração de dados

Com os avanços tecnológicos, surgiram novos comportamentos sociais e culturais, os quais vieram a refletir na sociedade como um todo. Os telefones celulares, ou smartphones, implementaram um novo "modus operandi" em matéria de comunicação, também refletidos no meio criminoso. Atualmente, os telefones celulares passaram a ser utilizados sem que, efetivamente, estejam envolvidos em um processo de comunicação entre duas ou mais pessoas, por meio de transmissão de sinais acústicos elétricos nas vias telefônicas.

Mediante acesso a internet móvel, o telefone celular (smartphone), com o auxílio de sistemas operacionais e aplicativos projetados especificamente para este fim, obtiveram uma potencialização dos meios de transmissão de informação e comunicação, rompendo as limitações de utilização dos aparelhos telefônicos, como meros dispositivos de transmissão de voz.

Por sua vez, a constituição Federal em seu artigo 5º, XII protege de maneira expressa as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, mas sobre maneira, abrange a proteção dos dados puramente contidos em algum aparelho ou dispositivo envolvido em processo de comunicação entre duas ou mais pessoas.

Nesse sentido Canotilho et al. (2014,p. 293) defendem que tais dados, sequer encontram-se protegidos pela Carta Magna:

Não se pode, todavia, confundir dados estáticos – que, aliás, sequer são protegidos pelo dispositivo constitucional sob comento (veja-se a Constituição alude à 'comunicação de dados') – com dados em tráfego (excepcionalmente violáveis): há que se distinguir 'banco de dados' do seu 'conteúdo', qual seja, os dados em si – cujo conteúdo se relaciona a crimes – transmitidos, via informática, de um banco ou uma empresa para outra (empresa ou pessoa).

Desta forma, na visão do autor, o dispositivo constitucional não impede o acesso aos dados, e sim, a proteção a comunicação destes dados. Cabe ressaltar que a extração de dados de um telefone celular não é abarcada pela lei 9.296/1996, uma vez que não existe a interceptação em seu sentido estrito.

Nucci (2015, p.508) esclarece a correta interpretação do termo Interceptação:

[...] em sentido estrito, interceptar significa interromper, cortar ou impedir. Logo, interceptação de comunicações telefônicas fornece a impressão equívoca de constituir a interrupção da conversa mantida entre duas ou mais pessoas. Na realidade, o que se quer dizer com o referido termo, em sentido amplo, é imiscuir-se ou intrometer-se em comunicação alheia. Portanto, interceptação tem o significado de interferência, com fito de colheita de informes.

Portanto, a extração de dados não é feita nos moldes da lei 9.296/96, uma vez que não ocorre no momento da conversação, apesar do imediato acesso das informações dispostas na memória do aparelho telefônico.

Na falta de previsão constitucional presumia-se a possibilidade de apreensão dos aparelhos telefônicos, nos casos de flagrância ou fundada suspeita, sempre que presentes a prática de atos criminosos, sem arguir a invasão da privacidade desde que, a apreensão fosse feita regularmente em cumprimento a mandado judicial fundamentado.

Com o mesmo entendimento, Nucci (2017, p.79), em explicação ao art. 6º, II, do Código de Processo Penal Brasileiro, destaca que os objetos relacionados são:

Todos aqueles que sejam úteis à busca da verdade real, podendo tratar-se de armas, mas também de coisa totalmente inofensivas e de uso comum, que, no caso concreto, podem contribuir para a formação da convicção dos peritos. Em primeiro lugar, destinam-se tais objetos à perícia, passando, em seguida, à esfera de guarda da autoridade policial, até que sejam liberados ao seu legítimo proprietário.

Tal lacuna fora sanada com o advento da lei 12.965/2014, batizada de Marco Civil da Internet, a qual estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para a utilização da internet no território nacional. Mesmo com a edição da lei 12.965/2014, apresenta-se novamente a problemática com relação a diferenciação de extração de dados e armazenamento de dados em tráfego, o qual se verifica no artigo 7º, in verbis:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

A Lei 12.965/14 menciona expressamente a necessidade de proteção dos dados pessoais produzidos pelo uso da internet, que obviamente incluem aqueles registrados em celular, ou seja, ainda que se possa questionar o acesso a demais dados pessoais armazenados no celular, as mensagens privadas em mídias sociais (WhatsApp, Messenger, Telegram, etc.), só podem ser acessadas por ordem judicial.

4.4. Dos dispositivos legais da interceptação de comunicação vs extração de dados

4.4.1. Da lei nº 9.296/96

A fim de regulamentar a parte final do inciso XII do art. 5º criou-se a Lei nº 9.296/96, que trata do procedimento para a interceptação de comunicações telefônicas e dados telemáticos. Os artigos. 1º e 2º da lei dispõem:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

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

O artigo 1º apenas reproduz o Artigo 5º, em seu inciso XII da Constituição Federal, demonstrando que somente seria possível a quebra da comunicação telefônica em casos excepcionalíssimos, para a produção de provas em investigação criminal e/ou em instrução processual penal, somado isso ao crime punido com pena de reclusão; bem como a prova não pudesse ser produzida por outro meio; e a presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal.

4.4.2. Da lei nº 9.472/97

Conforme disposto na Lei nº 9.472/97 (Lei das Telecomunicações), em seu art. 3º, inciso V sobre a inviolabilidade da comunicação, excepcionando está nos casos em que a Constituição ou a Lei permitir.

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

(...)

V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas;

Novamente temos como referência as situações elencadas no art. 5º, XII da CR e na Lei nº 9.296/96, onde o legislador afasta a garantia de inviolabilidade e o sigilo da comunicação telefônica, quando expressamente autorizado pelo juízo.

4.4.3. Da lei nº 12.965/14

A Lei nº 12.965/2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, regulamenta a utilização da internet, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

A referida lei trata expressamente a necessidade de proteção dos dados pessoais produzidos pelo uso da internet, incluindo aqueles registrados em smartphones, ou seja, as mensagens privadas em mídias sociais (*WhatsApp, Messenger, Telegram, etc.*), as quais só podem ser acessadas por ordem judicial.

Em caso de investigação Criminal, empresas de telecomunicações, portais e redes sociais devem identificar os usuários acusados por infringirem os dispositivos da lei. Nesses casos, o direito à privacidade e à proteção de dados é suspenso.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal constituiu o direito à intimidade e o sigilo das comunicações telefônicas, entre outro, em direitos humanos fundamentais, previstos constitucionalmente, colocados, inclusive, na condição de cláusula pétrea do ordenamento jurídico brasileiro.

Isto mostrou-se evidente na preocupação do legislador com relação a aplicação dos mecanismos inseridos na Lei 9.296/96, restando evidente no texto legal por se tratar de fato polêmico, envolvendo a violação das comunicações do cidadão e quebrando direitos e garantias constitucionais.

Contudo, a interceptação telefônica se mostrou essencial como fonte de prova sendo ela a última ratio na possibilidade de comprovação de uma infração penal, uma vez legalmente disciplinadas e efetuadas com obediência aos requisitos impostos no ordenamento jurídico, são aceitas como provas lícitas, sendo admissível seu resultado como fonte de prova no processo.

Certo é que, nem todos os preceitos foram abarcados com o advento da Lei 9.296/96, da qual pode-se citar como exemplo as gravações clandestinas, sendo por este motivo, vítima constante das críticas perante as doutrinas garantistas. No entanto, com apenas doze artigos, e em face da infinidade de situações possíveis, o caráter interpretativo ficou a cargo dos Tribunais Superiores.

Tendo o exposto, o primeiro capítulo surgiu da necessidade de estabelecer algumas classificações e conceituações relativas ao crime, suas teorias (a bipartida, a tri partida, a tetra partida e a penta partida) e sua aplicação no sistema penal brasileiro. Para um melhor entendimento do tema, também houve a necessidade de estabelecer a diferenciação entre os institutos inerentes a interceptação telefônica, a escuta ambiental, a interceptação telefônica e a gravação clandestina, as quais foram apresentadas as suas diferenças substanciais. assim como, as disciplinas legais diversas.

Vencido estes conceitos, verificou-se ao final deste primeiro capítulo o predomínio da teoria tri partida no direito penal brasileiro, adotada por grande parte dos doutrinadores nacionais.

Abordou-se ainda no capítulo inicial, a forma que se desenvolve a persecução criminal e do sistema penal, o qual é o inquisitório, além de uma breve abordagem sobre os requisitos necessários para decretação da interceptação telefônica.

A interceptação das comunicações telefônicas consiste, a partir da classificação doutrinária acerca da prova, e um meio de investigação destinado a obtenção de eventuais provas de práticas criminosas. Dito isto, o presente trabalho teve por escopo em seu segundo capítulo analisar o instituto da prova, seus princípios, a admissibilidade na interceptação telefônica, a aplicação ou não das provas obtidas de forma ilícita, tendo como base legislação pátria e a doutrina dominante o entendimento dos tribunais, bem como, buscou sintetizar sobre a importância das provas no processo penal, em especial a "Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados" a qual defende que, a prova obtida por meio ilícito originária ou inicial contamina as demais provas decorrentes, e ainda, o processo que contém prova obtida por meio ilícito é nulo e todos os atos consequentes desta, também, devem ser tidos como nulos.

Ao seu final, verificamos que os meios probatórios relativos à interceptação telefônica devem ser obtidos por meio lícitos obedecendo aos requisitos legais, portanto, ilícitas quando efetuadas com violação a tais preceitos.

Entretanto, verificou-se que em determinados casos, a prova ilícita poderá ser utilizada para inocular o réu, podendo relativizar a utilização da prova ilícita, levando-se em conta o bem jurídico tutelado.

Com a abordagem dos principais artigos da lei 9.296/96, encerra-se este trabalho o qual em sua totalidade buscou como resultado apresentar a interceptação telefônica, com instituto de natureza cautelar preparatória, ferramenta de suma importância utilizada na fase policial, ou incidental se for utilizada durante o processo, observando suas regras fundamentais e seu requisitos essenciais frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, este trabalho teve como objetivo, apresentar a interceptação telefônica como um meio de prova eficaz, servindo de instrumento para se obter provas, amparadas nos preceitos e requisitos do art.5º, XII, e da Lei 9.296/96, demonstrando a importância da interceptação telefônica como meio de coleta de provas para a investigação criminal e para o processo penal .

Procurou-se descrever a evolução do ordenamento jurídico pátrio, fazendo a conexão entre as diversas leis que regem o tema, procurando justificar a execução da medida, de forma proporcional, frente a direitos e garantias fundamentais previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Verificou-se que dentre os dispositivos legais da interceptação telefônica, temos como primordial o inciso I do referido artigo, exige que haja indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal. Da mesma forma, o inciso II trata de que quando a prova puder ser feita por outros meios, não será admitida a quebra do sigilo telefônico. Já o inciso III, disciplina que somente os crimes punidos com a pena de reclusão, serão alvos da medida investigativa.

Fora observado que embora a lei preveja como prazo máximo de 15 dias para conclusão da diligência, esta poderá ser prorrogada, desde que o pedido de prorrogação este seja elaborado e deferido antes do término do prazo deferido anteriormente sob pena de nulidade.

O presente trabalho explorou a evolução dos meios de comunicação, destacando que atualmente a interceptação telefônica tradicional já não possui mais a mesma eficácia quanto ao meio de obtenção de prova, com a mesma eficiência que costumava ter antes da expansão das redes de comunicação de dados e da internet.

A substituição gradativa da telefonia fixa e móvel é fato notório, especialmente quando analisamos a expansão dos aplicativos que os smartphones e a internet garantem, não raras vezes, com maior segurança, privacidade, rapidez, qualidade e clareza da voz e menores custos.

É exatamente neste último ponto que reside o principal fundamento detrás da defasagem da interceptação telefônica enquanto meio de obtenção de prova frente a legislação atual.

Nesta contenda, fora abordada a lei n. 12.965/2014, conhecida como o marco civil da internet. A referida lei trata expressamente a necessidade de proteção dos dados pessoais produzidos pelo uso da internet, incluindo aqueles registrados em smartphones, ou seja, as mensagens privadas em mídias sociais (WhatsApp, Messenger, Telegram, etc.), acessadas expressamente por decisão judicial.

No entanto, se mostrou evidente que, em caso de investigação Criminal, empresas de telecomunicações, portais e redes sociais devem identificar os usuários acusados por infringirem os dispositivos da lei. Nesses casos, o direito à privacidade e à proteção de dados é suspenso.

O desafio jurídico frente a questão apresentada, certamente é grande. A migração do sistema convencional de comunicação para o modelo globalizado de interconexão, além de demonstrar a incapacidade do legislador em se adaptar à velocidade do progresso tecnológico, demonstra a fragilidade dos órgãos de segurança quanto a obtenção de provas, quando o assunto é a interceptação telefônica.

Novas soluções, processualmente válidas no tocante a interceptação das comunicações telefônicas, precisará ser repensada no processo penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Alessandro Gonçalves e BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de Investigação Cibernética**, 1. ed. São Paulo: Brasport, 2016.

BITENCOURT, Cesar Roberto, Princípios garantistas e delinquência do colarinho branco. **Revista Brasileira de ciências criminais**, nº 11, Saraiva: São Paulo. 2000.

BONAVIDES, Paulo, Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07/mar/2018.

_____. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07/mar/2018.

_____. **Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07/mar/2018.

_____. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07/mar/2018.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07/mar/2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **500 Constituição Federal anotada**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. _____. **Curso de processo penal** .15 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. _____. **Curso de processo penal**.19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. _____. **Curso de processo penal**.23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. _____. **Curso de direito geral**. Vol 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. _____. **Curso de direito penal legislação penal especial**. 6. ed. V.4, São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. _____. **Curso de direito penal, parte geral: arts. 1º a 120**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. _____. **Curso de direito penal legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. _____. **Curso de processo penal**. vol4, legislação penal especial. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547230081/>. Acesso em: 07/jun/2018.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2009.

CERQUEIRA, Átilo Antonio. **Direito penal garantista e a nova criminalidade**. Curitiba: Juruá, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal. Vol. 1. 25ª Ed.** São Paulo: editora Saraiva, 2003

GALVÃO, Fernando; GRECO, Rogério, **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p. 47

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica; Lei 9.296/96** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

GOMES, Luiz Flávio. **Provas Ilícitas e Ilegítimas**: Rede Luis Flavio Gomes, e Filho, Vicente Greco, in interceptação telefônica, Cidade: RT, 2009.

GOMES, Flávio Luiz; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996**. 2º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica, considerações sobre a lei 9296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**, Cidade: editora, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8.ed. São Paulo: RT, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; MIRABETE Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, parte geral**. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.

MAGGIORE, Giuseppe. **Direito Penale**. v. I, 5ª ed. Bolonha: Nicola Zanelli. 1951.

MARTINS, Robson. Interceptações Telefônicas à Luz da **Constituição Federal** de 1988. Dissertação de Mestrado Acadêmico em Direito — Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Paranaense, Umuarama, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2000.

MENDES, M. G. de. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Cidade: editora, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, nº 337: 125-134, jan./fev./mar11997

MOURA, Marta Thereza Rocha de Assis. **Revista de Ciências Criminais**. Cidade: editora, ano 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. _____. **Leis penais e processuais comentadas**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. _____. **Código de processo penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 16 Ed. Ebook. Disponível em: <<http://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 22/05/2019

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: editora Saraiva, 1982.