

A INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA E O MEIO PROCESSUAL

FATIMA APARECIDA KIAN¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discutir a interceptação telefônica e sua efetividade no meio processual, seus efeitos, e o que tem causado ao Brasil e em outros órgãos. Discutindo também que lhes apresento, vêm de forma clara e objetiva, confrontar a dificuldade no Brasil com um breve parecer no direito sobre ainterceptação telefônica amparada pela nossa Constituição e as discussões a respeito do tema atualmente que sempre geraram controvérsias, o direito a intimidade e a escuta telefônica feita por diversos órgãos, suas discussões e polemicas no meio processual. O presente estudo analisará Jurisprudência, Fontes Históricas da interceptação telefônica, entre outros, traçando um perfil comparado dos problemas que até hoje traz ao tribunais brasileiros.

Palavras Chave: Direito, interceptação telefônica, meio processual e a Constituição Federal

APRESENTAÇÃO

É conhecido os conflitos existentes entre os direitos fundamentais e o direito a intimidade e ainda a privacidade dos indivíduos principalmente entre a intimidade e a privacidade dos indivíduos com a segurança da população e do estado, desta forma também são conhecidos que a interceptação das comunicações telefônicas constitui excepcional limitação aos direitos constitucionais da privacidade e da intimidade, por isso que tal recursos probatório devem ser evitados máximo, por isso que destacamos a

¹ Professora da Faculdade Zumbi dos Palmares.

sua excepcionalidade.

O Brasil está se discutindo muito sobre o excesso dessa forma probatória principalmente em periódicos conceituados da mídia, neste sentido vem a tona mais uma vez a principal questão diante da limitação de direitos constitucionais relativamente a intimidade e privacidade, ¹ esta é a principal razão das discussões sobre a interceptação telefônica e o seu uso, ou seja, os direitos individuais e o direito de segurança da população.

Outro tipo de discussão também gerada sobre o assunto é a inconstitucionalidade da lei de interceptação telefônica (lei 9296/96) mais precisamente o seu artigo 2º que denota que houve uma inversão do texto constitucional ou ainda que o sigilo é a regra a qual a lei pode excepcionar, e a quebra como regra e a inviolabilidade como exceção, quando ao interpretar a lei percebemos claramente. ²

Dentre outras discussões que se seguem, o tempo que deva permanecer a interceptação telefônica, pois uma limitação do prazo poderia permitir que grupos organizados continuassem delinquindo o que deixaria o cidadão sem direito a segurança pública, ficando de um lado dever do estado para preservação da ordem pública e do outro o direito a intimidade e vida privada e correta que uma medida excepcional não poderia continuar por tempo indeterminado, mas diante dos princípios da necessidade e proporcionalidade, por estas e outras discussões acerca do assunto em tela.

Baseando na Convenção sobre Direitos Humanos, veda-se mesmo que seja para investigação criminal a escuta telefônica entre advogado e acusado, pois existe a liberdade entre o defensor e o acusado que é garantido constitucionalmente, não podendo haver a interceptação da comunicação telefônica entre o acusado e seu defensor sobre os fatos relativos ao processo em andamento⁴ sob pena de violação da garantia do exercício da advocacia.

Com a tecnologia cada vez avançando mais se acreditava que tinha cada vez menos espaço para o indivíduo, e que poderia haver também a instauração do medo e da insegurança de qualquer desafeto da autoridade executiva denotando assim uma ditadura dos meios de comunicação interferindo no atual regime democrático⁵.

INTRODUÇÃO

O telefone celular e o telefone e hoje ainda a internet são uma das principais formas de comunicação mundial, sendo desta forma valiosos instrumentos quando se tratar de relações sociais e de trabalho, portanto, a violação da intimidade e privacidade dos interlocutores por meio da interceptação telefônica alcançou grandes dimensões, haja vista a facilidade e rapidez que o progresso tecnológico alcançou nos últimos anos, sendo acessível tanto para as autoridades policiais como para o próprio cidadão comum interceptar conversa alheia.

Neste contexto, o presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar a lei 9696/96, que disciplina as interceptações telefônicas, verificando se a possibilidade de violação aos princípios constitucionais e processuais.

Num primeiro momento falaremos das provas, a sua finalidade tanto para ao direito penal, no direito constitucional, no direito processual penal e no direito penal, e ainda nos direitos humanos, na tentativa de identificar que a provas apesar de serem importantes, necessita cuidar para que não ultrapasse a barreira da dignidade humana.

Num segundo patamar iremos avocar a interceptação telefônica como meio de prova e sua legislação, averiguando o seu conceito, sua finalidade, se existe mais de um tipo e qual o procedimento, e todo o seu histórico, para em seguida analisar a efetividade no Brasil através da jurisprudência atual dos tribunais, tanto os estaduais, o superior tribunal de justiça e o supremo tribunal de justiça e toda consequência refletida nos direitos humanos.

Uma prova que deveria ser utilizada como ultima forma procedimental para resolver crimes hoje na verdade bastante utilizada e por diversos órgãos, desta forma em nome da segurança do coletivo podemos mesmo utilizar a interceptação telefônica como meio de provas mesmo que para isso temos que invadir a privacidade de outras pessoas.

1) MEIOS DE PROVAS NO DIREITO BRASILEIRO

1. Conceito e finalidade dos meios de prova

Para Malatesta que define prova como *“a verdade em geral é conformidade da noção*

ideológica com a realidade: a crença na percepção desta conformidade é a certeza”

Prova vem do latim “probatio”, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros com destino a ser levados ao juiz a persuasão acerca da existência ou não de um acontecimento, da falsidade ou veracidade de uma afirmação, destinando assim, à formação do convencimento do juiz acerca dos dados essenciais para o deslinde da causa.

Desta forma fica claro que a prova é o mais importante de toda a ciência processual, todavia são as provas que constituem o que de mais importante existe num processo, a base sobre o qual se ergue toda a dialética processual. (...) Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente a lide sobre a qual carrega a duvida, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa.

A finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre as informações eficazes para que tenha um deslanche final a causa com maior probabilidade de acerto quando na hora do julgamento. Sustenta Tornaghi que “*a convicção do juiz no processo inquisitório, é seu escopo único*”. No acusatório, o intuito é comprovar ao juiz a que os fatos são verdadeiros ou falso quando houve a imputação ao acusado e quais motivos que possam influenciar em seu julgamento, qual a sua real responsabilidade e da e qual o seu real perigo na hora que tiver de individualizar a pena ou decidir por aplicar medidas de segurança esta é a principal razão de ser fazer provas.

1.1. No Direito Constitucional

Conhecido é que nossa constituição federal tem como direito fundamental no seu artigo 5º, XII, a inviolabilidade das comunicações telefônicas, ou seja, foi estabelecido como regra o sigilo e como exceção a interceptação telefônica porem, somente no campo penal⁸.

Dita a Carta Política de 1988 serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI). Esse mandamento está esculpido no título que trata dos direitos e garantias fundamentais e trata-se de importante garantia contra a vulneração dos direitos individuais e ainda uma limitação à atividade persecutória do

Estado.

O poder constituinte originário fez as fronteiras de limites da atuação do Estado contra o cidadão comum e do cidadão em relação ao seu semelhantes, permanecendo com o mais importante as garantias fundamentais e o direito, desta forma fica inadmissível as provas que dita ilícitas pois viola um direito o garantia constitucional, esta normatizado em nosso art. 5º da Constituição.

1.2. No Direito Penal e Processual Penal

O código processo penal brasileiro trata de provas no artigo 155 ate o artigo 239, e em geral a palavra prova é um termo que pode ter uma quantidade enorme de significado cada qual com seu contexto o que abrange uma multiplicidade de sentidos, sua origem vem do latim “probatio” que tem por significado verificar, demonstrar, argumentar entre outros; em nosso contexto jurídico temos a prova como instrumento que trarão ao juiz a convicção dos fatos ocorridos na tentativa de convencê-lo da verdade real ou na busca de uma certa conclusão ou levar o processo para direções sempre na busca da verdade dos fatos ocorridos permitindo que seja verificado a maior relevância na hora de individualizar penas.

1.3. Nos direitos humanos

Já para Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da ONU, eles consideram que o reconhecimento da dignidade inerente todos os membros da família e de seus direitos iguais e inalienáveis e o fundamento da liberdade, da paz e da justiça no mundo e a importância da expressão dignidade da pessoa humana e universalmente conhecida e formalizada em diversos ordenamentos jurídicos especialmente no Brasil, desta forma todas as autoridade publicas em o dever de respeitar e a proteger.¹¹ Sendo assim necessário que o estado imponha em nome da sociedade a interceptação das comunicações do sentenciado, porque e o estado hoje esta fragilizado na esfera criminal, tem que se impor, para uma manutenção da ordem e preservação das regas de

convivência acordadas em sociedade, sob pena que se instale um caos (falência do próprio estado, que hoje dizemos que é um estado democrático de direito, vale então dizer que para poder permitir o direito a segurança da vítima e do restante da sociedade que possa haverá interceptação.

2) A INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA COMO MEIO DE PROVA E LEGISLAÇÃO ESPECIFICA

2.1 Conceito

Etimologicamente, interceptar constitui interromper no seu curso, deter, impedir na passagem, cortar, reter, empolgar¹³, continuando com o pensamento de Luiz Flávio Gomes, que do ponto de vista jurídico, a expressão interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer necessariamente interrompe-la, evitar, detê-la ou ainda cortá-la, pois a lei que a disciplina lhe dá um outro sentido que seria ter conhecimento do conteúdo de uma comunicação telefônica.

Leciona Guilherme de Souza Nucci que a interceptação telefônica teria o significado de interferência com o intuito de colher informações ou dados e que os interceptares não sabem da interceptação telefônica e que um terceiro que capta a ligação.

Não podemos jamais confundir a interceptação telefônica é a captação feita por terceira pessoa de comunicação entre dois (ou mais) interlocutores sem o conhecimento de qualquer deles, com a escuta telefônica que é a mesma captação feita por terceiro da comunicação entre dois ou mais interlocutores, porém, com o conhecimento de um deles ou de alguns deles.

2.2 Finalidade

Tem por finalidade a interceptação telefônica que é um instrumento de alta eficiência no combate a criminalidade organizada, pois desta forma não poderiam sem este instrumento a identificação e desarticulação de grupos criminosos, todavia ainda avalia-se tal medida como violador de garantia individual tendo que ser utilizada e estabelecidas limites e controle pela lei para que sob pena de afrontar uma garantia

individual, este tema recorrente no meios acadêmicos e tribunais mesmo havendo leis.

2.3 Tipos e formas das interceptações

Vários são os tipos mas atualmente discute se mais a interceptação telefônica por meio da internet haja vista que a conquista foi rápida e constitucionalmente é aceita, pois a telefonia alcançou em 74 anos a conquista de 50 milhões e a informática ou internet ate 2005 aproximadamente 766 milhões, então o cenário moderno frente a realidade social e crescente inovação tecnológica na área das comunicações¹⁷, porem a discussão gira também em torno da constitucionalidade destas interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informáticas e telemáticas feitas no telefone para que possa ter mensagens entre dois usuários utilizando o sistema do modem, pois alguns doutrinadores elencam a que o parágrafo único do artigo 1ª da Lei 9296/96 e considerado como constitucional e outros doutrinadores já defendem a ideia de ser inconstitucional.

Falamos da corrente que defende a ideia de inconstitucionalidade pois acreditando que a nossa atual Constituição fala somente da quebra de sigilo telefônica e assegurando irrestritamente o sigilo das comunicações telegráficas e de dados. E outros doutrinadores acreditam que seja constitucional por que a regra em que a comunicação telemática nada mais é do que uma comunicação telefônica, ou ainda que a comunicação telefônica não significa apenas uma transmissão de voz mas também poderia estar sujeita a interceptação de dados.

Concluindo e portanto que a possibilidade de interceptação das comunicações mantidas nos sistemas de informática seria então constitucional pois a garantia e a eficácia plena e a finalidade da própria regra de exceção prevista no dispositivo constitucional e para garantir a investigação criminal que é um interesse publico que se sobrepõe ao individual, atende também o principio da proporcionalidade, ou seja, e razoável sacrificar um direito individual pelo beneficio do interesse publico de persecução penal, e ainda a lei 9296/96 supre a lacuna constitucional que prevê a possibilidade de interceptação do fluxo das comunicações mantidas por sistemas de informática garantindo a plena eficácia do texto constitucional.

Todavia só a gravação feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, conhecida como gravação clandestina ou ambiental, não é disciplinada em lei e também

não pode ser chamada oficialmente de interceptação mas podemos dizer que não existe tipificação penal que a conduta seja crime, mas o sigilo existe somente entre as partes da comunicações e pode ser gravado o que não pode acontecer sem justa causa e sua divulgação podendo ser considerada ilícita.

2.4 Procedimento

O procedimento da interceptação telefônica devido nosso texto constitucional ter demonstrado claramente indícios de limitações da proibição da interceptação telefônica com intuito de proteger o Direito de Garantia Fundamental diz que somente excepcionalmente poderia ser utilizada e mesmo assim somente com a ordem judicial e ainda sob sigilo de justiça e em investigação criminal e mesmo que tenha sido regulada pela Lei 9.296/96, ainda assim não seria utilizada no processo administrativo e civil, porém no civil já teve julgados que pode sim excepcionalmente ser utilizado no civil.

Sempre será autorizada pelo Juiz a pedido de autoridade legitimada e que são apenas duas: a Autoridade Policial e o Promotor de Justiça e ainda assim poderá se em caso de emergência o Juiz poderá acolher ao pedido verbal das autoridades em destaque e deferir a interceptação, mas neste caso reduzirá a termo a postulação. E ainda assim o Juiz tomara a decisão fundamentada no prazo de 24 horas e autorizara pelo prazo de 15 dias podendo ser renovado, então estaria deferida a diligência e a Autoridade Policial dará encaminhamento aos procedimentos sempre cientificando o Ministério Público que acompanhará, e tudo isso tramitara em autos apartados da ação principal, quando findar os trabalhos com as renovações se houver, será encaminhado ao Juiz juntamente com relatórios das diligências, jamais poderá ser feita sem observação das prescrições legais sob pena de infração penal. É demonstrado em nossa Constituição Federal que excepcionalmente as atribuições da interceptação telefônica é da Segurança Pública, presidida pelo Delegado de Polícia.

Mesmo assim existe divergência e discussão sobre quem realmente pode fazer a interceptação telefônica, podendo além da polícia civil ou militar também o Ministério Público, sempre em delito de ação penal pública e nos casos de delito de ação privada o autor ou seu representante legal poderá requerer as diligências e assim que seja deferida a interceptação telefônica sempre será mantida em sigilo de justiça e apenas aos autos principais posteriormente onde somente terão acesso o juiz, auxiliares de justiça, Ministério Público e as partes e seus procuradores, existem requisitos impostos

pelo texto constitucional que deverá ser cumprido sendo o mais importante que será para investigação policial ou para instrução criminal e sempre com ordem judicial e ainda no artigo 2º da lei 9296/96 elenca três situações nas quais é terminantemente vedada a interceptação telefônica – a primeira que tenha autoria ou participação em infração penal, segundo que a prova não possa ser conseguida por outros meios, e que em tese a infração penal punida no máximo não seja a de pena com detenção.

Como resta provado no texto da lei Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

- não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
- 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.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

- I - da autoridade policial, na investigação criminal;
- II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

2.5 Histórico da interceptação telefônica no Brasil

Surge no Império, mas as constituições brasileiras sempre garantiram o sigilo absoluto das correspondências e das comunicações, porém antes da atual constituição não havia uma lei especial disciplinando a matéria, mas em sentido amplo a doutrina já entendia a amparar a correspondência telefônica e a telegráfica, que passaram a uma relevância maior a partir da CF/67 e na época tinha o código brasileiro de telecomunicações pois alguns juízes autorizavam a interceptação telefônica baseando se neste código, iniciando se ai as discussões sobre o tema que num futuro o Congresso Nacional já

discutiam projeto para normatizar tal tema em discussão. Houve demora no Congresso Nacional na efetivação da lei de interceptação telefônica e o código brasileiro de Comunicação prevaleceu porém houve entendimento do STF que o código brasileiro de telecomunicações não foi recepcionado pela Constituição Brasileira de 1988 então iniciou-se um projeto para normatizar, surgindo então a lei de interceptação telefônica. Antes da atual constituição o tema interceptações telefônicas não contava com a devida importância nem era mencionada nas constituições anteriores.

A Constituição de 1946 referiu sobre o tema, todavia, que as comunicações telefônicas estariam reguladas pela garantia da inviolabilidade de correspondência (art. 141, § 6º) e a Constituição de 1969, falou sobre o tema em seu artigo 153, §9, da inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, e não previa qualquer exceção de inviolabilidade, nem mesmo mediante regulamentação legal específica ou ordem judicial. Visivelmente a vedação quanto a quebra do sigilo das comunicações era absoluta, e não admitia nenhuma tipo de exceção. Então houve uma breve contenda sobre o amparo do artigo 57 da Lei 4117/62

– Código Brasileiro de Telecomunicações, que assim dispunha em 1996.

2.6 Antes da legislação específica/Após a legislação específica

Antes da legislação específica de interceptação telefônica para os casos que envolvia as comunicações telefônicas existia a Lei nº 4.117/62 (Lei das Telecomunicações), que surgiu na vigência da CF/46, esta lei admitia a quebra de telecomunicações telefônica, desde que por autorização judicial e feita pelos serviços de comunicações e jamais pela polícia, e que já não havia sido sequer recebida pela CF/67.

Quando surgiu a atual CF/88, art.5º, XII é que voltou a ser relativa a sua “quebra” (sigilo telefônico), condicionada a regulamentação, por Lei.

Somente em julho de 1996, após sete anos que já estávamos na CF/88 o Congresso Nacional devido ao caso Sivam, sanciona a lei 9296/94 que admitiu a sua quebra do sigilo telefônico mediante autorização judicial e para fins penais. E sem a lei não teria como condenar nenhum criminoso, e os Ministros do STF quase que exigiam aos

membros do Congresso Nacional para que preparassem tal lei, porque sem ela estavam deixando fora da cadeia acusados e condenado pelos Tribunais de todo o País as provas que eram consideradas ilícitas ou seja, a interceptação telefônica antes da Lei nº 9.296/96 e a lei 4.117/62 que na vigência da CF/46, previa a quebra do sigilo telefônica desde que com ordem judicial, foi revogada desde a CF/1967, conforme Acórdão 69912 do STF por isso a atual CF/88 necessitava da elaboração de nova lei. E quando foi sancionada a lei 9.296/96 (Lei da Escuta Telefônica) já era questionada a sua inconstitucionalidade quanto a quebra do sigilo no fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, conforme doutrinadores. E a constitucionalidade da Lei nº 9.296/96, e o que o art. 5º, XII da CF/88, não deixa dúvida ao afirmar "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal", o que quer dizer que a quebra só se dará em feitos criminais ou seja, a interceptação telefônica seria somente para investigação criminal e instrução processual penal e em segredo de justiça.

Após a lei de interceptação telefônica fica obrigada o seu cumprimento e de forma cautelar sob pena de punição conforme abaixo explicito pelos nosso tribunais:

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

2.7 Legislação específica aplicável

A interceptação telefônica foi normatizada constitucionalmente pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e posteriormente regulada pela Lei nº 9.296, de 24 de

julho de 1996, o que permite a quebra dos sigilos telefônicos somente e tão somente, com finalidade exclusiva de investigação criminal ou investigação processual penal, mediante autorização do juiz e assim serão aceitas como provas lícitas o que admite o resultado destas provas ser utilizada como prova no processo; esta lei foi sancionada por Fernando Henrique Cardoso, então presidente do Brasil, ela ainda é atual e mas as vezes confusa e omissa, e ultimamente e o centro de calorosos embates entre a defesa e a acusação, o que esta sendo decididos em tribunais, sendo que um dos principais quesitos das discussões é justamente a sentença que defere o pedido, pois a lei não fala nada sobre quem é o juízo competente e que conceda ou negue a interceptação.²⁹

E esta omissão quem decide são os juízes das varas criminais ou qualquer outro juiz teriam a competência, e ainda outros tipos de casos considerados graves e fora de horário quem seria competente para deferir o pedido?

A Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, nasce com a necessidade de regulamentar o inc. XII, do art. 5.º, da Constituição Federal de 1988, que da garantia individual fundamental, que deve ser “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.” Porem esta inviolabilidade constitucional objetiva dar segurança ao direito à intimidade e à vida privada das pessoas. Mesmo que esta proteção mencionada, de o legislador que somente por exceção a interceptação das comunicações telefônicas, com a devida ordem judicial, nas hipóteses enumeradas na lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Este meio de prova a interceptação telefônica tem que ser um meio de prova excepcional e com de natureza cautelar, devendo ser determinada somente se cumprida todos os requisitos legais, ou quando não existem outros recursos probatórios.

Sendo assim definiremos o que e a Comunicação telefônica que pode ser até mesmo de qualquer natureza ou seja todo tipo de comunicação, inclusive aquelas que possam surgir por meio de novas tecnologias.

Como exemplo damos a telemática que é a comunicação relacionada com a informática ou seja, a junção da telecomunicação com a informática, e quando o juiz determina a interceptação este juiz deve ser o competente para julgar a ação criminal principal, ou seja, um juiz do trabalho não pode pedir uma interceptação telefônica pois não e de sua jurisdição e sim da jurisdição criminal, e o procedimento cautelar da interceptação torna

prevento o juízo para julgar a futura ação penal e ainda parte da doutrina mesmo que seja minoritária entende ser inconstitucional o parágrafo único do art. 1.º, porque a Constituição Federal de 1988, porque teria excepcionado a hipótese da interceptação telefônica, e não “do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática.

Uma interceptação telefônica pode ser decretada mesmo antes de instaurado o inquérito policial, todavia precisa existir ao mesmo uma investigação iniciada, ou seja, não podemos jamais fazer uma interceptação telefônica partindo do nada, sem nenhum tipo de fundamento, pois incorreria em abuso de autoridade e o legislador trata da necessidade de ser a interceptação telefônica o ultimo meio disponível probatório para um crime ou seja sempre será um meio probatório excepcional, se houver formas de colher outros tipos de provas esta ficara sempre por ultimo, como ultima ratio, sempre terá que incorrer em penas de reclusão e jamais em detenção e o objeto devera ser pormenorizado da melhor forma possível, para que possamos delimitar o delito apurado com todos os dados e detalhes do investigados e jamais será autorizado uma interceptação genérica para autoridade policial e a linha telefônica que é o objeto da interceptação deverá sempre ser identificada podendo ser particular ou publica ou ainda em repartição publica.

E ainda a interceptação telefônica não necessariamente precisa ser feita em linha do titular mas sim de quem faz uso, pois normalmente existem organizações criminosas que utilizam agente ou linhas telefônicas de terceiros com intuito de atrapalhar as investigações policiais.

O delegado de Policia pode sim solicitar a interceptação telefônica bem como o membro do MP, durante as investigações e durante o processo criminal, ou antes ou depois de instaurado o processo, o juiz sempre determinara de oficio, isso causa criticas por parte de alguns doutrinadores que entende que seja inconstitucional por ferir ou lesionar ao principio da imparcialidade e da inércia do juiz, pois ainda que haja ofensa sempre foi clara a divisão entre julgar, acusar e investigar, ou seja cada função para cada instituição está constitucionalmente bem delimitada, e o juiz jamais poderia produzir provas somente determinar diligencias para que produzam, mas o legislador não exige uma antecipada manifestação do Membro do Ministério Publico para conceder o pedido de interceptação, e isso não quer dizer que o Juiz por oficio não pode determinar a interceptação telefônica a pedido da autoridade policial e antecipadamente escute a opinião do Membro do Ministério Publico que é o titular da ação penal. E caso o pedido de interceptação telefônica não seja aceito pelo juiz pode o ministério publico interferir

este é o entendimento de parte da doutrina.

Um pedido de interceptação telefônica deve constar a demonstração de que é realmente importante a sua realização para apurar uma infração penal e deve indicar todos os meios para que possa ser empregada, mas em último caso o juiz pode também excepcionalmente admitir que este pedido seja feito de forma verbal, para isso basta que tenha todos os requisitos que autorizem conforme a lei de interceptação telefônica, e o juiz decidirá em apenas vinte e quatro horas o pedido.

Para não ocorrer excesso de autoridade policial na condução do procedimento probatórios o legislador exigiu como requisito apenas que o pedido seja bem fundamentado de sua necessidade e que indique meios que sejam empregados para que esta diligência seja bem oportuna no quesito probatório, normalmente este pedido é escrito mas excepcionalmente pode também ser feito verbal, devendo ser reduzido a termo. O prazo para esta diligência ser iniciado e acabada é de quinze dias podendo se necessário ser renovada por igual período caso seja indispensável para conseguir como prova. E a questão para discussão que surge é se o prazo deve ser prorrogado ou não, porém de forma majoritária o entendimento de nossos doutrinadores e magistrados é que pode ser sucessivamente já o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: e que a interceptação telefônica não pode exceder 15 dias. Porém poderá ser sim renovado por igual período, pois não há nenhuma restrição legal quanto ao número de vezes para tal renovação, se comprovada a sua necessidade". E que pode ainda se demonstrada a necessidade continuar r pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos criminosos e fica a cargo do Juiz da causa analisar sempre os relatórios que devem ser apresentados pela polícia mas mesmo assim frequentemente com a renovação deve a autoridade policial demonstrar a indispensabilidade dessas renovações como provas processuais.

Uma vez que o Juiz defira o pedido da autoridade policial este ainda conduzira todos os procedimentos da interceptação telefônica como requisito fundamental em norma já prevista, cientificando o Ministério Público que poderá acompanhar a sua realização e quando houver a interceptação telefônica será também determinada a sua transcrição e após cumprida a diligência a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz que será acompanhado de auto circunstanciado e deverá conter

todo o resumo das operações realizadas, para que este procedimento de interceptação telefônica possa acontecer poderá requisitar serviços de técnicos especializados as concessionárias de serviço público, mas deixamos claro que isso não é um mero pedido é determinação judicial ou seja, jamais poderá ser negado pela concessionária do serviço público.

No processo principal haverá uma juntada pois correrá em apartado e será apensos aos autos do inquérito policial ou do processo criminal se houver interceptação

telefônica de qualquer natureza, pois sempre será preservado o sigilo das diligências, qualquer gravação ou transcrição sobre o respectivo trabalho apresentado. No caso probatório com interceptação telefônica sempre será o sigilo indispensável neste meio de prova, pois poderia atrapalhar todo o procedimento dos policiais, mas após cessada integralmente a interceptação telefônica o acusado do processo criminal tem o direito de ter acesso a todas as informações colhidas mas somente após o termino das transcrições finais, isso já é permitido, então nada justificaria o sigilo absoluto, e a partir dai teremos a publicidade interna restrita³² lembrando que as informações que estão restrita são somente as dos autos apartados da interceptação telefônica no processo principal as informações continuam publicas.

Uma gravação ou uma parte que não houver interesse em processo deve ser sempre destruído ou inutilizada com os fins de resguardar a intimidade de outras pessoas, em qualquer momento do processo ou em virtude de requerimento do Ministério Público ou ainda da parte interessada e ainda vale dizer que constitui crime realizar interceptação telefônica de comunicações telefônicas, telemática ou informática sem autorização judicial ou que não seja autorizados pela lei sob pena de prisão e multa, isso serve para qualquer pessoa, podendo ser ate um funcionário técnico da concessionária, ou qualquer outra pessoa que cuide disso, pois desta forma estamos protegendo a intimidade das pessoas que é prevista em texto constitucional.

3) A EFETIVIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA

Para o jurista Luiz Flávio Gomes "nosso legislador constitucional ao instituir a finalidade

da interceptação telefônica no criminal, estaria já equilibrando valores e interesses, baseando-se no princípio da proporcionalidade. Conforme demonstrado pelo legislador, estaria correto sacrificarmos um direito por uma investigação no criminal e não no civil, devido aos valores de um e outro processo, deixando em contrapartida dois direitos em divergência o direito a intimidade que é individual em relação a um direito coletivo. Mesmo deixando claro que não é qualquer crime que se pode utilizar a interceptação telefônica justificando o princípio da proporcionalidade e jamais no campo penal a prova feita por interceptação telefônica poderia ser emprestada ou ainda utilizada em qualquer outro processo vinculado a outro ramo do direito que não fosse o penal o que não pode ser jamais ampliada e ainda permanecer em segredo de justiça. Porém outros magníficos doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, tem o entendimento que seja sim possível utilizar as provas obtidas licitamente pela interceptação telefônica em processos cíveis aproveitando as como emprestada em processos da mesmas partes. Estas opiniões dividem se entre os ilustres doutrinadores sobre o mesmo tema, ou seja, a prova lícita obtida pelas interceptações telefônica do ramo penal a ser utilizada pelas mesma partes no ramo processual civil, haja vista que o bem constitucionalmente preservado é a intimidade individual e que de forma lícita foi rompida de forma também constitucionalmente não tendo nada mais a preservar e que seria, o que precisa atentar se é o fato que de forma lógica o juiz precisa averiguar se não há nenhuma má fé em instalar um processo penal para obter vantagens no campo processual civil, não devendo o juiz admitir a prova caso isso verifique se verdadeiro"

São parte do direito a vida o direito a intimidade, porque é um direito de personalidade, tema muito discutido na atualidade porque buscamos uma maior proteção e efetividade dos direitos individuais. Pela sua relevância e atualidade, o direito a vida privada e a intimidade esta expressa no artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988. O direito a vida privada é um anexo que acumula e exhibe a liberdade e a eficácia da personalidade, porque se guardarmos a privacidade do individuo teremos um desenvolvimento saudável de sua potencialidade. Tecnicamente falando o direito da vida privada esta num patamar que geralmente estão imbuídos os direitos a intimidade e o direito ao segredo, a vida privada concentra em escala decrescente, outros direitos relativos a restrição de vida pessoal de cada um, importam na medida em que a intimidade se for restringido.

Todavia a admissibilidade da gravação clandestina é tema atualmente controversa,

acreditamos que até imperfeita, porque a legislação para gravação telefônica ou mesmo gravação ambiental não existe no Brasil e se não existe lei jamais um direito fundamental poderá ser atingido ou restringido e outros tipos de aplicação axiológicos não poderão ser utilizados haja vista ser um direito constitucional. Existir uma lei seria o requisito principal para regular um direito, ainda mais quando se tratar de um direito previsto na Constituição.

3.1 – Interceptação **telefônica no processo civil**

Somente em situações excepcionalmente que podemos dizer que existe a interceptação telefônica no processo civil, isso já comprovada no site do STJ (01/09/11)

– quando algum direito de certa forma estiver sob ameaça e que possa vir a envolver fatos criminosos. Assim foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando necessitou julgar um habeas corpus porque segundo a lei 9296/96 regula somente para interceptação para investigação criminal ou instrução penal e houve um caso que envolvia uma questão civil familiar e um banco onde o gerente negou sob alegação da lei e o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul apreciou que neste caso poderia sim haver uma interceptação na esfera civil porém com o alibi que não somente poderia permitir caso não houvesse nenhuma outra forma de investigação e esta fosse de forma imprescindível ao caso³⁵.

Houve discussão porque poria em xeque o direito à intimidade de quem terá o sigilo quebrado e do outro lado os direitos fundamentais do menor, como educação, alimentação, lazer, dignidade e convivência familiar, pois era um caso de família em que envolvia uma criança, por isso que o gerente se negava haja vista a ordem ter vindo de um juízo civil, já o entendimento do tribunal local era que a questão as implicações do programa da decisão judicial era imensamente menos graves do que as que ocorreriam caso o estado permanecesse inerte. E que tal situação era cautelosa e não se poderia em benefício de um princípio menos importante de sigilo e sim risco de praticar um delito envolvendo um menor e que o importante no momento não era a questão de ir e vir e sim uma supressão de cumprimento de ordem em função do ECA –Estatuto da Criança e Adolescente.

DECISAO DOSTJ

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043

“Em situações excepcionais, é possível interceptação telefônica em investigação de natureza civil

É possível a interceptação telefônica no âmbito civil em situação de extrema excepcionalidade, quando não houver outra medida que resguarde direitos ameaçados e o caso envolver indícios de conduta considerada criminosa. A decisão é da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar habeas corpus preventivo em que o responsável pela execução da quebra de sigilo em uma empresa telefônica se recusou a cumprir determinação judicial para apurar incidente de natureza civil.”

3.2 - Competência para fazer a interceptação telefônica

A competência para fazer a interceptação telefônica esta atrelada a justiça comum estadual e todo o procedimento também, mas para fazer a interceptação telefônica é necessária a autorização judicial e que parta deste juízo estadual, já o processo e julgamento do delito de interceptação telefônica sem autorização judicial (art. 10 da Lei n. 9.296/1996), porem constitui crime assim assinala o disposto no artigo 10 da Lei 9.296/96 "Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei".

Também considerada como forma excepcional em nosso ordenamento jurídico e para fins de investigação criminal e instrução processual penal, porque como prevê a nossa Constituição Federal não poderá a menos que seja usada para estes fins violar um direito fundamental como preceitua o artigo 5º:

Art. 5º(...)

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; (grifos nossos)

Devemos ressaltar que não é caso de competência da Justiça Federal, pois não consta do artigo 109 da CR/88, in verbis:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou

empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V - A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença

estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

Como verificamos mediante a Constituição Federal não esta entre suas competências e nem é inerente aos seus serviços ou interesses da União e a Corte Superior confere competência à Justiça Estadual para processar e julgar crime de interceptação telefônica sem a devida autorização judicial.

3.3 Polêmicas sobre a interceptação telefônica

Várias são as polêmicas da interceptação telefônica. Art. 5º, XII da CF:

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

Dá margens para discussão a interpretação deste artigo. Um doutrinador como Ada entende que “último caso” é só comunicação telefônica, ou seja, que pode ser entendido como uma conversa realizada por telefone mas os doutrinadores como Luiz

Flávio Gomes e Fernando Capez entende como “ultimo caso” que possa sim interceptar o telefone mas sempre com autorização judicial e em ultimo caso.

Outra colocação interessante é a que diz que é só a comunicação telefônica mesmo por ser o único tipo de prova que não deixa registro. Se não for interceptado no momento em que as pessoas estão falando, não se consegue mais obter aquela prova, é diferente

quando é email ou coisas do gênero porque deixam registro, pode tentar quebrar o sigilo do servidor, mas a conversa telefônica não, por isso somente ela é que pode ser objeto de interceptação. Essa a terceira orientação, a do Tourinho e STF.

Muito discutido o tema das interceptação telefônicas por ser complexo e ter havido vários problemas desde sua utilização trazendo descontentamento e inquietude quando utilizado de forma indiscriminada, quem diz isso e o nosso é Supremo Tribunal Federal, quando classificou enfaticamente sobre a ilicitude e o mau uso do instituto. Chamando de "terrorismo lamentável" e "coisa de gângster" uma possível má utilização de escutas telefônicas, e que a lei da interceptação telefônica é falha e permite atividade policial e judiciárias abusivas, e já se discute se a lei que regula as interceptações telefônicas é mal utilizada ou não.

Outra questão muito discutida e polemica é sobre a duração da interceptação telefônica, mesmo quando autorizada pelo juiz, e em sentença fundamentada, realmente tem relevância e importância para investigação, mas mesmo que seja na prorrogação ou seja, a discussão baseia-se na prorrogação longa, aquelas que chegam a ultrapassar um ano, e qual seria sua base jurídica, alguns concordam que mesmo que ultrapasse um ano não haveria problema pois existem crimes de alta complexidade em que a organização criminosa seja imperiosa e mudam constantemente o celular e faz tudo para dificultar a interceptação.

Já houve inclusive discussão sobre a campana policial que pode ser até mais inconstitucional do que a interceptação telefônica. E sobre ainda a duração da interceptação telefônica que diz um prazo de 15 dias renovável por igual período o STJ, ao interpretar o dispositivo, mas alguns autores acreditam que uma interpretação mais adequada seria que só poderia ultrapassar ou exceder o prazo de quinze dias se realmente for comprovada a indispensabilidade do meio de prova ou quando surgisse fatos novos a serem considerados como a serem investigados, desta forma poderemos concordar com alguns autores que mesmo mais exigentes dizem que um juiz que faz as investigações ou participar e acompanha estas investigações não deveria e não poderia

judgar caso, devido a sua influencia no julgamento e sem que se perceba a tendéncia

condenador o investigado mesmo de forma inconsciente ou seja, o juiz que participar das diligências ou solicitação de provas não deveria jamais julgar o caso para não ser influenciado.

Ainda para outros autores continuam as controvérsias do tema em questão interceptação telefônica como restringir a intimidade ou privacidade ou ser uma medida invasiva da privacidade pois trata-se de investigação telefônica sem o conhecimento dos interlocutores, e também entender o objeto desta interceptação telefônica não faz diferenciação entre interceptação telefônica e telemática por ser inegável a tendência de tecnologias de comunicação de voz e dados, e ainda a reserva de jurisdição criminal também já foi uma controvérsia bem discutida pois como exemplo nas CPIs.

Uma outra controvérsia sobre interceptação telefônica também é sobre a transcrição se deve ser literal ou integral, para alguns é necessário que seja reprodução fiel e para outros que seja esta condicionada a demonstração de impossibilidade de haver outros meios de provas e ou existência de indícios razoáveis de autoria ou participação ou seja, que tenha os requisitos demonstrados na lei.

Para o Supremo Tribunal Federal a prerrogativa contra a auto-incriminação, garantia constitucional dá ao paciente o exercício do direito ao silêncio, não ficando então por esta razão restrito a interceptação telefônica que é uma prova pericial desfavorável, podendo estas provas que por ventura seja colhida em outros processos caso o autor responda em outros processos, isso também é uma controvérsia conhecida como prova emprestada que é conhecida pela doutrina e pela nossa jurisprudência não podendo o advogado da parte vir a suscitar nulidade no processo.

Não é necessário a transcrição das conversas telefônicas a cada pedido de renovação de prova, o que importa para renovação é que o Juiz tenha conhecimento do que se esta realmente investigando, justificando a continuidade das interceptações conforme realmente necessidade.

(3) INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA COMO PROVAPROCESSUAL

Existem ainda defensores que admitem empréstimos de provas em processo quando a interceptação telefônica for utilizada corretamente conforme a lei, haja vista que a prova foi obtida de forma lícita e não há porque não utilizá-la como empréstimo para outras situações já que foi lícitamente produzida, vez que o que é preconizado é a intimidade e já foi rompida, pois assim a constituição define, então porque não utilizá-la em demais processos e isso o Supremo Tribunal Federal vem averiguando e entende que seja sim possível a interceptação telefônica ser prova emprestada em processo administrativo disciplinar contra servidores envolvidos em investigação criminal.

INQ 2.424 -25/04/2007 – TRIBUNALPLENO

QUEST. ORD. EM INQUÉRITO 2.424-4 RIO DE JANEIRO RELATOR: MIN. CEZARPELUSO

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação Telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento

administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.

Como também permitiu a sua utilização em processo civil já analisado anteriormente e como já é sabido que em nosso Código de Processo Civil não define o conceito de

prova, apenas uma breve citação que consta no artigo 332 que desde que seja moralmente legítimos mesmo que não conste no código poderão fazer prova para ser utilizado em defesa e que não atente contra a moral ou bons costumes e de acesso ao cidadão a Justiça e assim o processo civil desde que seja licito aceita todo tipo de prova em defesa pois decorre do princípio de ampla defesa e devido processo legal.

Mas o que podemos dizer sobre prova emprestada ou seja, uma prova de algo ou um fato que já foi produzida e utilizada em outro processo, seja ela documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoa ou exame pericial que poderá sair de lá então como uma certidão ou seja, ser aproveitada esta prova para um outro processo e não pode ser cópias de documentos e sim poderão ser emprestadas provas do tipo pericial, inspeção judicial ou oral.

No processo do trabalho a CLT nada diz sobre a prova emprestada, e então poderíamos dizer que é perfeitamente possível utilizá-la, o artigo 769 CLT diz que prova é compatível com a sistemática processual trabalhista e uma prova emprestada dá chance de um trabalhador buscar na justiça os seus direitos e com isso uma efetividade processual para alcançar os seus reais direitos. É comum utilizar no processo do trabalho provas emprestadas, desde que as partes em comum acordo concordem, podendo também ser requerida pelas partes ou por ofício (artigo 130 do CPC e 765 da CLT), mesmo que estas provas tenham sido colhidas em processo civil ou criminal, todavia o juiz do trabalho não pode produzir a prova de interceptação telefônica mas poderá utilizá-la como empréstimo pedindo seu traslado para ser usado no processo trabalhista em função da busca da verdade real como preconiza o artigo 765 da CLT.

Ensina Néelson Nery Júnior que mesmo que as provas seja produzida no processo penal e se for por interceptação telefônica e for lícita e como é autorizada pela nossa Constituição Federal poderemos sim usá-la como prova emprestada no processo civil por isso diz que é eficiente no processo civil pois diz em nossa Constituição em seu artigo 5º, LVI que fica vedado a eficácia da prova obtida de forma ilícita assim não poderia ser utilizada no processo penal e nem no processo civil nada proíbe o empréstimo da prova que foi produzida no processo penal de forma lícita cumprindo os

requisitos propostos pela lei.

Já para outros autores acreditam que uma prova emprestada e utilizada em processo já que julgado e sendo transportada para outro processo adquire natureza probatória documental, ou seja, será avaliada como se fosse um documento e existem outros autores que discordam de tal afirmação, insistindo na hipótese de que conserva a mesma natureza jurídica com que foi produzida em processo anterior. Mas acreditamos que a corrente mais propicia a certeza e que a lei não diz nada a respeito de prova emprestada, desde que mantenha a natureza jurídica e a sua licitude e possa ser utilizada para conseguirmos a ampla defesa em busca da verdade real e tenha sido produzida dentro dos limites da lei.

Desta forma podemos concluir que a interceptação telefônica como prova processual utilizada e produzida no processo penal desde que dentro dos parâmetros da lei pode sim ser utilizada e transportada em outros processos, seja ele processo civil, trabalhista ou ainda administrativo como ocorre em processo disciplinares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nossa Constituição Federal atual prevê a existência de três poderes, harmônicos e independentes entre si, dentre eles temos o Judiciário, que possui entre suas várias atribuições a de intervir quando necessário para resolução de lides mediante julgamento. Com intuito de assegurar a segurança e a paz social e para que obtenha êxito satisfatório em seu mister garantido um julgamento justo e equilibrado para a sociedade,

é necessário a observância de certas regras pelo magistrado.

Todas as decisões judiciais precisam ser fundamentada, sob pena de nulidade, utilizado no Brasil como principio do livre convencimento motivado, e as provas é o que de mais relevante para o convencimento do juiz, pois serão em seu conteúdo que extrairá o seu convencimento e motivação, pois quando não existe provas não há como condenar alguém e isto faz com que a obtenção destas provas seja cautelosamente analisada para serem admitidas e averiguadas como foram obtidas.

Inicialmente podemos imaginar uma conotação assim rígida e absoluta do de nossa Constituição, mas quem pensa desta forma estará errado em seus pensamentos, pois a atual Constituição foi criada logo após um longo período ditatorial no Brasil neste período não era respeitado as garantias individuais.

Se por ventura tivermos duvida da ilicitude ou não de uma prova, então o principio da proporcionalidade deverá ser analisado e o magistrado devera em primeira mão fazer um equilíbrio dos valores em jogo e chegara a conclusão do mais lesado, e com isso estaremos pondo em pauta a teoria intermediaria sobre a admissibilidade da prova ilícita. Lembramos que não existe em nossa Constituição previsão de garantia ou principio absoluto, sendo desta forma relativo podendo então ter uma dupla interpretação.

Todas as provas deverão ser analisadas de forma concreta a jamais abstrata, averiguando uma a uma, não devendo jamais haver duvidas e quanto a provas ilícitas se houver ou aquelas chamadas provas ilícitas por derivação, estas são as licitas porem sua origem é de algum dado tirado de alguma prova ilícita e não deve ser aceita jamais, este é o entendimento de nosso Supremo Tribunal Federal, havendo uma exceção, salvo naqueles casos em que um bem axiologicamente superior está em jogo (princípio da proporcionalidade).

Concluindo-se que, necessitamos combater a criminalidade mas o Estado sob qualquer hipótese não pode através de seus agentes que estão encarregados da persecução criminal em todos os sentidos, incentivar a ilicitude com a pratica de outros crimes e

ilegalidades das mais variadas. O Estado Democrático de Direito precisa ser respeitado e deixamos a cargo da doutrina e da jurisprudência aplicar da melhor forma possível a Lei 9296/96, desde que esteja sempre observando as exigências da segurança e os direitos da defesa, procurando o ponto de equilíbrio que adapte-se a imprescindível luta contra a criminalidade e com os importâncias de um processo penal que respeite a dignidade humana em primeiro lugar sempre fazendo valer o Direitos Humanos⁴³.

E ao consultar a doutrina e a jurisprudência sob o olhar da nossa atual Constituição onde vigora o regime da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, verificaremos que a regra e pela inadmissibilidade de utilizar as provas ilícitas pois tem o seu uso vedado, mas mediante a extrema gravidade os tribunais tem entendido aos olhos do Supremo Tribunal Federal, que em função do uso da teoria da proporcionalidade utiliza-se o uso da prova viciada quando em favor do acusado embora alguns outros doutrinadores e estes são minoritários defendem a aplicação da Teoria da Proporcionalidade e o conseqüentemente o uso das provas ilícitas também em favor da sociedade quando existem crimes de relevante gravidade e amedrontam que afrontam toda a coletividade, como exemplo disso ditamos o tráfico ilícito de entorpecentes, o crime organizado, crimes do colarinho branco, o crime organizado.⁴⁴

Mesmo que o STF em última instância cabe regular as normas previstas em nossa Constituição, vale ressaltar que a melhor explicação nesse ponto seria privilegiar na apreciação do caso fato, a garantia constitucional mais importante e, naqueles casos em que a coletividade viesse a se tornar refém do crime organizado, diminuir o dispositivo constitucional tantas vezes citado no desenvolver desse estudo. A discussão sobre a contaminação das provas derivadas daquelas consideradas ilícitas, o entendimento atual do STF é no sentido de que as provas ilícitas viciam as que são exclusivamente delas decorrentes, abrigando a aplicação da doutrina do fruto da árvore agredir ou desrespeitar o regramento constitucional que veda o uso das provas ilícitas no processo penal. O Supremo Tribunal Federal acredita que estariam repudiando atos dos agentes do Estado, resumindo, mediante o entendimento de nossa doutrina e jurisprudência encontradas, entre os fundamentais efeitos sucedidos do uso impróprio podemos relacionar o direito da parte de constatar que foi desentranhada dos autos as provas consideradas ilícitas, o trancamento da ação penal que estiver fundada excepcionalmente nas provas vedadas por falta de justa causa para a sua propositura, a decretação da nulidade da ação penal fundada na prova viciada, a nulidade da sentença condenatória baseada na prova ilícita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CASTRO, Raimundo Amorim – PROVAS ILICITAS E DAS COMUNICAÇÕES TELEFONICA – Editora Juruá, Curitiba-PR,2008
2. COSTA, Rodrigo de Campo – APONTAMENTO SOBRE INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA – Revista Criminal – ano 03 vol. 09 out/dez 2009 editora Ibccrim
3. Disponível em http://adpesp.org.br/artigos_exibe.php?id=61 acesso em 20/08/12as 7.03 h texto do Delegado de Policia André LuisLuengo
4. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11037&revista_cade_rno=9 acesso em 22/07/12 as 11.12hr
5. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-inadmissibilidade-das-provas-il%C3%ADcitas-no-processo-penal> acesso dia 23/07/12 as 08.15h
6. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3300 no dia 19/07/12 as 8.22hr
7. Disponível em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090320224009865&mode=print acesso em 22/07/12 as 10.11h
8. Disponível em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100310092147374 acesso em 22/07/12 as 00.14
9. Disponível em <http://www.mariolb.com.br/mlb/upload/Monografia-InterceptacaoTelefonica-Marcondes.pdf> acesso dia 20/08/12 as 7.33h
10. Disponível em http://www.univem.edu.br/cursos/tc_direito/carolina_lampa.pdf no dia 19-07-12 as 7.39 h monografia de CAROLINALAMPA
11. EMERJ – revista Emerj – Gustavo Bandeira – A INTERCEPTAÇÃO DO FLUXO DE

COMUNICAÇÕES POR SISTEMAS DE INFORMATICA E SUAS
CONSTITUCIONALIDADE volume 14 – 2001- editora revista dos tribunais

12. MIRANDA Jorge, SILVA, Marco Antonio Marques da Silva – TRATADA LUSO BRASILEIRO DA DIGNIDADE HUAMAN – ed. 2ª – Editora QuartierLatin do Brasil – São Paulo, outono de2009

13. MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio – TRATADO LUSO-BRASILEIRO DA DIGNIDADE HUMANA – 2ª Ed., Editora QuartierLatin do Brasil, São Paulo, outono de2009

14. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis - REVISTA BRASILEIRA DE CIENCIAS CRIMINAIS – Ano 6, nº 21 – janeiro – março 1998 - publicação Oficial do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS – Ed. Revista dos Tribunais

15. NUCCI, Guilherme de Souza – LEIS PENAS E PROCESSUAIS PENAS COMENTADAS – São Paulo – Revista dosTribunais,2006

16. PEREIRA, Osny Duarte – REVISTA EMERJ - ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – V.2, Nº 5,1999

17. RANGEL, Paulo – REVISTA BRASILEIRA DE CIENCIASA CRIMINAIS – ano 7, nº 26, abril – junho – 1999 – Publicação Oficial do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS – Ed. Revista dosTribunais

18. REVISTA CRIMINAL – ENSAIOS SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL – ano01
– vol. 01, out/dez –2007

19. Disponível em

http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090219180704292&mode=printaces
so em 20/08/12 as 8.36hr

20. Disponível em <http://juridicanda.blogspot.com.br/2009/07/processo-penal-inquerito-policial.html> acesso em 21/08/12 as 00.01 hr –A.Nanda

21. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=797 acesso em 25/08/12 as 10.45h

22. NERY JÚNIOR, Néilson et al. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 7ª Edição. São Paulo: RT,2003.

23. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/12523/polemicas-processuais-das-interceptacoes-telefonicas-grampo-telefonico#ixzz24fNeSrji> acesso dia 25/08/12as12.34h
24. GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica. São Paulo: Saraiva, 2.^a Ed., 2001(GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2997
25. Disponível em <http://secundumius.blogspot.com.br/2011/09/penal-interceptacao-telefonica-e.html> acesso em 20/08/12 as 6.34h
26. REVISTA BRASILEIRA DE CIENCIAS CRIMINAIS – ANO 8, N^o 17, março 1997 – Editora Revista dos Tribunais – Publicação Oficial do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
27. GOMES, Luiz Flavio – INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA: lei 9296 de 24/07/96