

Admissibilidade das provas ilícitas frente à Lei nº 9.296/96

Felipe Barcelos¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Essencialidade das provas no processo penal; 2.1. Provas admissíveis; 2.2. Provas ilícitas; 2.3. Frutos da Árvore Envenenada (*Fruit Of The Poisonous Tree*); 3. Interceptações telefônicas; 3.1. Modalidades de interceptações telefônicas; 3.2. Interceptação telefônica *strictu sensu*, escuta telefônica e gravação clandestina; 3.3. Interceptação ambiental; 4. Comprovação do fato e o direito violado; 4.1. Princípio da proporcionalidade perante provas ilícitas e o direito violado; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

85

Resumo: O presente estudo visa realizar um debate teórico legal utilizando-se de método dedutivo para esclarecer a temática acerca das interceptações telefônicas tidas como ilícitas pela falta de alguns requisitos essenciais para a sua validade. Este tema possui grande debate teórico e doutrinário acerca da admissibilidade destas provas que por lei são inaceitáveis no ordenamento brasileiro, porém há inúmeras decisões divergentes sobre a sua aceitação decorrente a direitos violados tidos como um bem maior a ser tutelado pelo Estado, trazendo uma garantia de justiça mais correlata com a realidade e princípios éticos e morais pautados e impostos pela sociedade. Ante o exposto o judiciário brasileiro pauta se com base no Princípio da Proporcionalidade para aplicações divergentes e admissíveis deste meio probatório no processo penal.

1. Introdução

A prova é forma basilar no direito penal brasileiro, onde visa apresentar de forma mais coerente a realidade dos fatos dentro do processo penal. Está afirmativa é garantida pelo Princípio da Verdade Real.

Desta maneira as provas produzidas em um processo são de extrema importância, pois serão por meio destas que o juiz condenará ou absolverá o acusado por que são elas que trarão a realidade do fato e possibilitarão o livre convencimento motivado pelo juiz, conforme verificado na redação do artigo 131 do Código Penal Brasileiro.

Em vista das diversas alterações tecnológicas na realidade brasileira, o legislador constitui garantiu de forma expressa no artigo 5º. XII, da Carta Magna, a possibilidade de produção de provas por meios de comunicações diversos, desta maneira a Lei 9.296/96 regulamentou e tornou aplicável a produção de provas via Interceptação Telefônica, Informática e Telemática, porém o foco da pesquisa se restringirá a interceptação por meio de comunicação telefônica.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Trabalho de Conclusão de Curso realizado como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação do professor Mário Ângelo de Oliveira Júnior.

Diante de tal facilidade a interceptação telefônica se tornou uma grande forma probatória, mas para isso é necessário que seja respeitado alguns requisitos, para que seu conteúdo tenha licitude e validade perante o judiciário. Devido a grande abrangência que pode ser tomada por meio da interceptação, a parte investigatória acabou utilizando deste meio como forma principal para obtenção de dados, e com isso descobrindo novas condutas criminosas por até mesmo partes apartadas da investigação. O Código Penal Brasileiro conforme texto do seu artigo 157 impede a utilização de provas ilícitas ao processo, e se caso utilizadas esta deve ser desentranhada. Com a ausência de requisitos essenciais para validade da interceptação telefônica este meio probatório se tornará ilícito e logo não poderá ser empregado no processo penal para verificação da Verdade Real.

No entanto existe uma problemática no judiciário brasileiro em consideração a provas ilícitas e as garantias fundamentais, ambas formalizadas no artigo 5º da Constituição Federal, levando então a um conflito constitucional entre garantir a execução penal conforme estabelecido em lei ou proteger um bem maior no qual esta prova ilícita está entranhada.

Com esta discussão analisa-se o princípio da proporcionalidade, levantando-se a questão sobre qual garantia deve ser respeitada para ter a máxima efetividade do judiciário, pois esta privação total da admissibilidade de provas ilícitas traz grandes prejuízos para a formação do processo.

Contudo as provas ilícitas podem desempenhar grande forma probatória para garantir proteção há direitos violados, trazendo então a dúvida sobre a sua validade. As provas ilícitas devem ser analisadas em consideração ao princípio da proporcionalidade, pois desta forma tornaria se admissível a sua utilização para que seja tutelado o direito violado, que merece a devida análise do judiciário para que seja empregada a justiça.

Neste rumo, o presente trabalho tem por objetivo abordar os principais aspectos que envolvem atualmente a admissibilidade das interceptações telefônicas tidas como provas ilícitas, sendo que este estudo não será posto de forma exaustiva, tendo expostos apenas pontos cruciais para um melhor entendimento e aplicabilidade real deste meio probatório.

2. Essencialidade das provas no processo penal

As provas (independente de categorias) hoje no processo penal brasileiro possuem bastante força, e principalmente grande responsabilidade para solução das controvérsias criminais, pois estas possuem como incumbência demonstrar a veracidade dos fatos ocorridos fora da esfera processual, ou seja, na esfera material da realidade. Com esta premissa as provas se tornam os principais meios de condução da convicção do magistrado onde este, deverá basear a sua sentença conforme ao que lhe foi apresentado no processo, visto que a produção probatória em face do processo visa prioritariamente revelar os fatos conforme aconteceram na realidade, sendo que estes meios de prova devem demonstrar o mais fielmente preciso a realidade do fato que esta a ser investigado (MOUGENOT, 2010, p. 79-80).

Entendendo-se então que estes instrumentos possuem a responsabilidade de apresentar com pertinência e exatidão os fatos anteriormente ocorridos, para que se possa ser analisado e construído um caminho eficiente e justo para a aplicação das penas

aos indivíduos. O maior princípio hoje no ordenamento penal brasileiro é o Princípio da Presunção da Inocência. Onde este se toma como premissa em todo o processo com força ao pacto internacional de São José da Costa Rica em seu artigo 8º, II: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Como também foi defendido e incluso tal perspectiva em nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, LVII, onde diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Garantindo então ao acusado que este disponha de todos os meios probatórios para que seja julgado como inocente, porém este já possui de forma legal e doutrinária de que não será tido como culpado sem que a exatidão de sua culpa seja confirmada em processo, cabendo ainda maior ônus probatório a acusação, visto que este terá que comprovar a existência do fato delituoso por meio das provas, onde se não apresentado provas suficientes a acusação perderá a causa tendo a sentença que ser absolutória, pois o réu já possui previamente a sua inocência presumida. Então não havendo certeza,

Mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo (LIMA, 2012. p. 13).

Todos estes cuidados ao analisar o processo penal servem de garantia que no cumprimento do direito positivado será pautado do maior senso de justiça social possível, pois se considera eticamente enraizado no senso moral da sociedade brasileira que é melhor inocentar um culpado, do que culpar um inocente, tornando então o princípio da presunção da inocência o meio mais observado em sede processual para análise de um crime. Este princípio além de ser pautado pela Constituição Federal, possui grande estudo entre os doutrinadores do direito penal brasileiro, onde este princípio baseia-se que ninguém pode ser declarado culpado antes de uma sentença transitada em julgado, ou ao fim do devido processo legal, tendo a disposição do acusado a utilização de todos os meios possíveis e cabíveis de provas que possam realizar sua defesa e comprovar sua inocência (direito a ampla defesa) e para contradizer as provas alegadas em seu desfavor por parte da acusação (direito ao contraditório) (LIMA, 2012, p. 11).

2.1. Provas ilícitas e provas admissíveis

As provas possuem suma importância para a persecução processual e principalmente para o maior ato, a sentença. São elas as principais moldadoras de uma sentença, pois somente com os elementos probatórios o juiz poderá gerar a sua convicção, tendo em vista que a teoria amplamente difundida e inclusive especificada em lei por meio do artigo 155 do Código de Processo Penal, onde neste demonstra o instituto do princípio do livre convencimento motivado do juiz, sendo que este deve somente ater suas decisões por meio de apreciação probatória sendo vedado que o magistrado condene baseando-se exclusivamente em provas geradas em inquérito, a não ser que estas provas geridas em

inquérito sejam irreproduzíveis, antecipadas para que se evite a deterioração ou perecimento da mesma e também as cautelares, conclui-se então que

Meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam (RANGEL, 2009, p. 420).

Visto então esta extrema importância destes atos processuais foi garantida que, somente provas lícitas podem ser admitidas no processo penal brasileiro, pois estas seriam o único meio hábil de reconstruir os fatos ocorridos além da órbita processual, esta realidade deve se ater *in literis* com o que foi praticado pelos sujeitos do processo para que somente então remeta a convicção do juiz conforme o exposto por via probatória. Conforme redação do art. 157 do Código de Processo Penal, *in verbis*

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

§ 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Esta limitação na utilização de provas tem como principal escopo a proibição de falsas instruções processuais, podendo acarretar injustiças devido a meios fraudulentos utilizados para criar a convicção do magistrado, levando um prejuízo imensurável em uma sentença baseada em fatos inverídicos sobre uma falsa conduta imposta por via processual. Sendo então necessário o desentranhamento (retirada) destas provas do processo, pois estas devem prezar pela realidade dos fatos e evitar o julgamento do acusado com meios fraudulentos, gerando ao invés de aplicação do direito justo e pertinente aos fatos, uma aplicação injusta, conseqüentemente não se admitindo a

Punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição são direitos naturais, agora

positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o positivo, como no passado (RANGEL, 2009, 427).

Este posicionamento Estatal serve para evitar a utilização incorreta de suas atribuições, que somente será aplicado o direito penal brasileiro em casos reais, trazendo regularidade a esta atividade estatal e principalmente inibindo as partes do processo em falsificarem meios para que seu interesse seja garantido a todo o custo, podendo até mesmo ser imputado conduta criminosa ao indivíduo que utilizar-se de provas falsas (tendo conhecimento comprovado da falsidade destas provas).

Com vistas a estas premissas as provas possuem momentos e fatos concernentes a sua utilização, possuindo então fatos de obrigatoriedade probatória, fatos dispensados de provas e fatos que as provas já estão estipuladas legalmente. Por regra geral todos os fatos alegados na inicial devem ser plausíveis de provas, sendo que estes devem ser obrigatoriamente provados em juízo, estas provas elas devem ser primeiramente admissíveis, pertinentes ou fundadas (terem vínculo direto e efetivo ao que se tem interesse de convencimento), concludentes e que sejam esclarecedoras de controvérsias.

No entanto existem algumas circunstancias que dispensam a necessidade de provas, como fatos notórios, que são tidos de forma tão abrangente que acaba sendo de conhecimento de grande parte da sociedade ou que acaba fazendo parte daquele grupo inerente, lembrando se que a notoriedade não deve ter escopo obrigatório no conhecimento do juiz, como figura-se no exposto por Rangel é: "aquele que é do conhecimento de qualquer pessoa medianamente informada" (2006, p. 382), exemplificando-se que no dia 24 de dezembro comemora-se a véspera de Natal. Presunções Absolutas, quando a própria lei estipula a veracidade do que foi alegado, excluindo-se qualquer meio contraditório desta, como por exemplo, não há como comprovar que um menor incapaz possuía consciência do fato criminoso praticado, tornando-o então imputável a aplicação da lei, pois a lei 11.690/08 em seu artigo 27 especifica a inimputabilidade de menores de 18 anos independente de animus da prática criminosa.

No entanto fatos axiomáticos ou intuitivos expõe-se a fatos óbvios que não precisam de análise aprofundada, como exemplo morte violenta em caso de decapitação, onde nitidamente o motivo da morte foi a brusca e violenta retirada da cabeça do corpo do indivíduo não necessitando então de perícia para conhecimento da causa da morte, observando-se a letra de lei do artigo 162 do Código de Processo Penal, onde o mesmo tem referências claras em seu parágrafo único

Art. 162. A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto. Parágrafo único. Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante.

Conforme analisado anteriormente é de suma importância às provas terem a sua validade admitida em meio ao processo penal, pois se detectado vícios em sua origem, construção ou validação que contrariam ou não estão em conformidade com a lei, com fulcro no artigo 157 da Lei N° 11.690/08 e também artigo 5º, LVI, CF/88, onde destes temos a premissa que estas são inadmissíveis.

O artigo 157 CPP, é o principal responsável em expor os meios de provas considerados como ilícitas, sendo como base nuclear a contrariedade ou a violação as normais constitucionais e legais, sendo que estas devem ser retiradas do processo e não possuírem validação para gerar a convicção do magistrado. Estas especificações se estendem também a derivação na forma obtida de tais meios probatórios, conhecido originalmente como *Fruit of the Poisonous Tree*, abordado no §1º deste mesmo artigo de lei.

2.3. Frutos da Árvore Envenenada (*Fruit Of The Poisonous Tree*)

A teoria da Árvore dos Frutos Envenenados teve sua origem na Suprema Corte Norte Americana, no caso *Siverthorne Lumber Co. vs. United States*, no ano de 1920², onde o próprio nome deriva-se da informação de que uma árvore eivada de enfermidade não será capaz de gerar frutos possíveis de uso, ou seja, uma origem viciosa gerará então frutos viciados. Trazendo esta metáfora para a realidade penal brasileira ela faz referência direta sobre as provas por meio de derivação.

Como citado anteriormente a inadmissibilidade de provas ilícitas por meio de derivação foi primeiramente exposta no § 1º, já que nossa Carta Magna não possui nenhuma referência a este. Visto então que provas obtidas através de atos ilegais que assim as constituem, ou seja, são aquelas provas obtidas de forma lícita, porém esta adveio por meio de uma informação tida anteriormente como, exemplificando-se por meio da confissão tida sob tortura para que seja indicado o local do produto do crime, que, porém, vem legalmente a ser apreendido. Deve-se então obrigatoriamente como exposto em letra de lei o nexo de causalidade, entre o fato ilícito gerador, para com a prova obtida por meio deste, conforme entendimento doutrinário

Se os agentes produtores de prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas por via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente (PACELLI, 2008, p. 310).

² Teoria criada entre a década de 1920 e 1930 em um julgamento na Suprema Corte Norte Americana para recriminação de provas derivadas de meios ilícitos. Disponível em: <<http://annacgs.jusbrasil.com.br/artigos/152372951/teorias-norte-americanas-relacionadas-as-provas-ilicitas-por-derivacao>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

Esta forma de entendimento também é apoiada pela jurisprudência conforme julgado de relatoria do Ministro Celso de Mello,

ILICITUDE DA PROVA -INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita -ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.³

Contudo, ainda há a possibilidade de validação destes meios de provas derivados de ilicitude, com análise a parte final do artigo 157, § 1º onde diz que, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras, ou seja, quando esta prova obtida através de uma conduta ilícita que a criou for possível de ser realizada por um meio lícito, dentro dos parâmetros legais e procedimentais por meio de uma fonte independente do ato ilícito conseguiria a criar novamente esta prova gerada. Então poderá ter a sua existência confirmada no processo gerando todos os efeitos para convicção do juiz.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 93050/RJ, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1 ago. 2008.

3. Interceptação telefônica

Existem vários meios de provas disponíveis para comprovação de fatos criminosos, dentre uma delas é a Interceptação Telefônica, principal objeto deste estudo. Para melhor entendermos o termo interceptação, se refere a um terceiro estranho ou não a conversa, no qual este realiza a gravação de dados e informações, tendo então diversas modalidades de interceptação. Assim,

A interceptação, no sentido legal, a participação de um terceiro. Interceptar comunicação telefônica, assim, é ter conhecimento de uma comunicação “alheia”. Ter ciência de algo que pertence a terceiros (aos comunicadores). Na interceptação existe sempre uma ingerência alheia, externa, no conteúdo da comunicação, captando-se o que está sendo comunicado (GOMES, 1997, p. 95).

92

Analisando se então o termo “Telefônica” é a referência de qualquer forma não pessoal direta e ou indireta, de trocas de informações podendo ser por meio telefônico, virtual, etc. Como se verifica a seguir, a comunicações telefônicas “de qualquer natureza”,

Significa qualquer tipo de comunicação telefônica permitida na atualidade em razão do desenvolvimento tecnológico. Pouco importa se isso se concretiza por meio de fio, radioeletricidade (como é o caso do celular), meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Com uso ou não da informática. É a hipótese do “fax”, por exemplo, em que se pode ou não utilizar o computador. Para efeito de interpretação da lei, o que interessa é a constatação do envolvimento da telefonia, com os recursos técnicos comunicativos que atualmente ela permite. Ora esses recursos técnicos são combinados com o computador (comunicação *modem by modem*, por exemplo, via internet ou via direta) ou não são (GOMES, 1997, p. 112).

Entendendo se então que Interceptação Telefônica é o meio de prova no qual um terceiro irá registrar fatos importantes para comprovação de uma determinada conduta criminosa descoberta por meios eletrônicos e indiretos, sendo estes por telefonia, radioeletricidade, informática, etc. Podendo ser levado a juízo como meio probatório estipulado pela Lei 9.296/96. Porém a quatro modalidades de Interceptação que possuem requisitos próprios para sua validade.

Para que possa ser realizada a Interceptação Telefônica há uma série de requisitos essenciais para sua validade, porém há a necessidade de atos pretéritos a esta solicitação probatória. Antes do início de todo o procedimento de realização desta prova há a exigência da determinação pessoal de quem será investigado, sendo que este deve ser solicitado para investigação por meio de autoridades competentes (artigo 3º, I, II da lei 9.296/96) ou por meio do próprio juiz. Esta determinação do agente a ser investigado envolve a sua especificação dando base à possibilidade tangível de intercepta-lo, sendo de

necessário conhecimento da autoridade judicial informações, como: nome completo do investigado, residência, profissão exercida e número do telefone a ser utilizado na investigação. Estas informações via de regra são fornecidas pelas autoridades competentes estipuladas nos incisos I, II do artigo 3º da lei de Interceptações Telefônicas.

A necessidade desta descrição está prevista no artigo 2º parágrafo único da mesma lei, onde em casos de dúvidas sobre a validade destes dados o magistrado ou agente competente pode requerer por meio de ofício, que será posteriormente juntado aos autos, para que as Operadoras Telefônicas cooperem e forneçam os dados para possibilitarem tal atividade.

Depois de obtido o direcionamento da interceptação telefônica a Operadora responsável pela realização do serviço de comunicação deverá realizar a transmissão destes dados telefônicos por meio de chaveamento para um terminal de acesso onde a parte investigadora terá contato para análise das informações ali contidas, dando ciência ao Ministério Público que poderá acompanhar as investigações, conforme exposto no artigo 6º da Lei 9.296/96, *in verbis*:

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

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

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

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

Conforme na citação acima exposta, deste mesmo artigo sexto em seu parágrafo primeiro será necessário à realização da degravação do conteúdo obtido por meio da interceptação, ou seja, será realizada a transcrição do conteúdo obtido de forma verbal pelos dados interceptados para o meio expresso, tornando-se então uma prova puramente documental. Onde somente os fatos relevantes ao que está sendo investigado deverão ser transcritos para utilização nos autos do processo, conforme decisão do Ilustre Ministro Rogerio Schietti Cruz:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DO CONTEÚDO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA OBSERVADA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.1. Conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal, não é necessária a degravação integral dos diálogos telefônicos interceptados, mormente daqueles que em nada se referem aos fatos, porquanto a Lei n. 9.296/1996 não faz nenhuma exigência nesse sentido. É

necessário, a fim de que sejam observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que se transcrevam, de forma satisfatória, aqueles trechos que serviram de base para o oferecimento da denúncia e que se permita às partes o acesso aos diálogos captados. Precedentes.2. Não se mostra razoável exigir, sempre e de modo irrestrito, a degravação integral das escutas telefônicas, haja vista o prazo de duração da interceptação e o tempo razoável para dar-se início à instrução criminal, porquanto há diversos casos em que, ante a complexidade dos fatos investigados, existem mais de mil horas de gravações.3. No caso, o tribunal de origem salientou que os diálogos degravados, em nenhum momento, tiveram os seus conteúdos impugnados pela defesa. Destacou inclusive que as partes tiveram acesso integral ao resultado das investigações e das escutas concretizadas, pelo que é evidente que a defesa teve plena possibilidade de responder às imputações feitas ao paciente.4. Se a defesa e o Ministério Público tiveram acesso integral ao resultado das investigações e ao conteúdo das escutas telefônicas efetivadas, a paridade de armas foi absolutamente observada. No mais, o contraditório se fez ao longo da instrução criminal.5. Habeas corpus não conhecido.⁴

Ante a jurisprudência estão dispensados, quaisquer outros fatos que sejam desconsiderados vinculados ao processo em análise, que ofendam a intimidade do investigado ou que estes não possam conduzir a ampla defesa, restringindo-se tão somente aos fatos essenciais para comprovação dos fatos alegados na inicial, ou fatos que possam permitir a impetração de denúncia.

3.1 Modalidades de interceptações telefônicas

A primeira modalidade a ser abordada será a interceptação telefônica em *strictu sensu*, no qual está é disposta na forma de gravações de dados e informações de uma conversa realizada por meio eletrônico, onde um terceiro estranho e alheio a esta relação, realiza a captura dos dados ali expostos, sendo que nenhum dos participantes do diálogo tenha conhecimento da gravação. Esta modalidade é regida pela Lei 9.296/06, e entende-se por interceptação,

A captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de só um deles. Se o meio utilizado for o grampeamento do telefone, tem-se a interceptação telefônica; em se tratando de captação de conversa por um gravador colocado por terceiro, tem-se a interceptação entre presentes, também chamada de interceptação ambiental. Mas se um dos interlocutores grava a sua própria conversa telefônica ou

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma, Habeas Corpus n. 278794/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, publicado em 23 out. 2014.

não, com o outro, sem o conhecimento deste, fala-se apenas em gravação clandestina (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 174).

Outra forma a ser analisada é a Escuta Telefônica, onde esta difere se pelo fato de um dos integrantes da conversa ter conhecimento que o conteúdo ministrado no diálogo está sendo gravado por um terceiro a relação. A terceira espécie de interceptação é a Gravação Clandestina, onde este meio de interceptação é realizado propriamente por um dos interlocutores da conversa, sem conhecimento da outra parte. Por quarta e última espécie é classificada como Interceptação Ambiental, onde um terceiro realiza o registro de conversas em ambientes públicos ou fechadas sendo estes residências, locais de trabalho, ou seja, no ambiente em que o diálogo foi realizado. Distinguindo se de tal forma,

A gravação clandestina consiste no ato de registro de conversação própria por um de seus interlocutores e sub-repticiamente feita por intermédio de aparelho eletrônico ou telefônico (gravação clandestina propriamente dita) ou no ambiente da conversação (gravações ambientais). Já a interceptação é sempre caracterizada pela intervenção de um terceiro na conversação mantida entre duas pessoas: se a interceptação foi realizada em conversação telefônica, e um dos interlocutores tiver conhecimento, caracteriza-se a escuta telefônica; se não houver conhecimento por parte dos interlocutores, evidencia-se a interceptação *stricto sensu*; se a interceptação for feita entre presentes com conhecimento de um dos interlocutores caracteriza-se a escuta ambiental, ao passo que se for do conhecimento, será considerado como interceptação ambiental (SILVA, 2002, p. 49).

Sendo de extrema necessidade conhecer e entender cada um dos aspectos pertinentes a estas modalidades de interceptação. Onde todas possuem uma legislação regulamentadora que influencia nos seus diversos requisitos para validação, que interfere diretamente na admissibilidade destas provas em meio ao processo penal.

Conforme analisado, para cada meio e forma em que se realiza uma interceptação, está tomará caminhos e logo requisitos diferentes para que seja viabilizada como meio probatório. Sendo necessário verificar diversas legislações que compõem esse quadro essencial para formação destas provas em espécie.

3.2 Interceptação telefônica *strictu sensu*, escuta telefônica e gravação clandestina.

Este meio de interceptação é regulamentado basilarmente pela lei 9.296/06, com ênfase nos artigos 1º, 2º e 3º, nos quais a lei estipula que para validade destas provas há a necessidade de que os aspectos a serem comprovados sejam exclusivamente para fins criminais e mediante autorização judicial de ofício ou a requerimento do representante do Ministério Público estando em fase de investigação criminal ou instrução processual ou da autoridade policial (participante da investigação criminal).

Além de ser estritamente necessária a autorização judicial, com bojo no artigo 2º, o juiz deve demonstrar indícios reais para que assim faça esta interceptação, porém antes se deve verificar que foi exaurido todos os meios de provas anteriores que não sejam a interceptação para comprovação deste ilícito penal. Com isto também há que se considerar que as penas atribuídas ao fato criminoso sejam puníveis com reclusão (exclusivamente), crimes nos quais as penas são tidas como detenção não é passíveis de utilização de interceptação telefônica.

Tanto a interceptação telefônica *strictu sensu*, escuta telefônica e gravação clandestina são regidas pela Lei 9.296/06, porém no que tange à gravação clandestina há um afastamento da necessidade de autorização judicial, pois esta deverá ser somente utilizada para defesa própria em acusações criminais que lhe foram imputadas. Conforme exposto no voto do Ministro Cezar Peluzo,

Como longamente já sustentei alhures, não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova.⁵

Ante o exposto, entende-se que qualquer pessoa tem o direito de produzir provas por si só, referente às suas conversas pessoais e profissionais no qual enseja defesa sobre processo criminal. Ao ser registrado sua própria conversa não se caracteriza quebra de sigilo por parte da gravação dos discursos proferidos pelo outro interlocutor, já que este se determina como possuinte de direito ao que lhe foi proferido.

3.3. Interceptação ambiental

A Interceptação Ambiental foi primeiramente apresentada com base na Lei 9.034/95 em seu artigo 2º, IV. No qual se admitia a Interceptação Ambiental, porém esta lei foi revogada pela lei 12.850/2013 onde se estipulou os requisitos para este meio de prova, onde somente poderá ser adotado em caso que a prova se vincular a comprovação de fato criminoso realizada por organizações criminosas, como exposto em seu artigo 3º, II:

Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de

² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 402.717-8/PR, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento 2 dez. 2008.

obtenção da prova: II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

Visto que a modalidade de Interceptação Ambiental deverá ser somente utilizada para comprovação probatória de organizações criminosas, entendendo se então que organizações criminosas é a junção de quatro ou mais pessoas com determinadas funções e estrutura delimitada entre eles para que obtenham vantagem de qualquer natureza direta ou indiretamente por meio de práticas criminosas com pena máxima superior à quatro anos, ou que estas tenham caráter transacional, conforme entendido no artigo 1º, em seu parágrafo 4º, da lei 12.850/2013. Não se deve confundir Organização Criminosa com Associação Criminosa, esta última está estipulada no artigo 288 do Código Penal Brasileiro, que diz “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”.

O local a ser realizada tal modalidade probatória também e de extrema observância, tendo de serem áreas de convívio social, sendo elas ruas, praças, locais públicos entre outros. Onde tais conceitos forma ampliados onde

Poderão os agentes de polícia, mediante prévia autorização judicial, instalar aparelhos de gravação de som e imagem em ambientes fechados (residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais etc.) ou abertos (ruas, praças, jardins públicos etc.), com a finalidade de gravar não apenas os diálogos travados entre os investigados (sinais acústicos), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais ópticos). Ainda poderão os policiais registrar sinais emitidos pelos aparelhos de comunicação, como rádios transmissores, sinais eletromagnéticos), que tecnicamente não se enquadram no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática (SILVA, 2002, p. 103-104).

Vale-se também observar que a modalidade Interceptação Ambiental possui suas três subcategorias aceitas, onde se permite a própria interceptação ambiental *strictu sensu*, sendo um terceiro desvinculado da conversa faz o registro e gravação dos conteúdos ministrados sem que estes tenham conhecimento de tal procedimento, Escuta Ambiental, onde um terceiro realiza a gravação de conversa alheia a este, sendo que um dos integrantes a ministrar as informações ali gravadas tem conhecimento do procedimento que está sendo realizado, e por último, Gravação Clandestina Ambiental, onde o próprio integrante da conversa realiza a gravação do grupo sem que estes saibam do procedimento realizado.

Concluindo então que além das necessidades pertinentes da Lei de Interceptações Telefônicas, a modalidade Ambiental possui requisitos exclusivos no qual possui sua própria legislação vigente. Seguindo então todos estes passos para a formação probatória as interceptações em suas várias modalidades serão admissíveis no processo penal.

4. Comprovação do fato e o direito violado

Visto a estrita possibilidade de utilização da prova por meio de Interceptação Telefônica, conclui-se que a sua aplicabilidade é de extrema exceção. Somente sendo recorrido a este meio probatório quando todas as outras formas de comprovação da Verdade Real dos fatos já foram exauridas. Em outras esferas processuais, como Cível, admitisse a utilização da Verdade Formal que se consubstancia na presunção dos fatos existentes de acordo com o que é contido nos autos processuais, “só existem os fatos que constam nos autos processuais” este jargão popularmente utilizado registra e define a forma aplicável de Verdade Formal, porém em contrapartida na esfera Penal utiliza-se tão somente da Verdade Real, considerada a verdade dos fatos, pois esta visa investigar a realidade dos fatos acontecidos no mundo, o responsável pela sua prática e características solida do que foi realizado na vida das pessoas, e não tão somente considerado o que é levado aos autos processuais. Isto garante uma aplicabilidade mais justa do direito, conforme entendimento doutrinário (TOURINHO FILHO, 2013, p 41).

Tais diferenças procedimentais também são perceptíveis, onde

No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. Mesmo quando, no processo civil, se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse ou excluísse a autonomia privada. Isso porque, enquanto no processo civil em principio o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal (ou seja, aquilo que resultar ser verdadeiro em face das provas carreadas dos autos), no processo penal o juiz deve atender a averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material) como fundamento da sentença (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2009, p. 71).

Destarte entende-se que o processo penal brasileiro somente será definido e concluído com a segura convicção motivada pela comprovação real dos eventos ocorridos no mundo, e não meramente atos processuais. Porém mesmo as provas retratando a veracidade dos fatos elas devem possuir conformidade legal, ou procedimental, pois se contrariado os requisitos essenciais para sua validade tais provas devem ser retiradas do processo invalidando completamente seu poder instrutório.

As provas concernentes de atos de interceptações em todas as suas variações possuem exclusiva característica de analisar o fato ao qual foi predestinada, ou seja, o direito violado em específico a que ela se determina. Porém a que se determinar que muitos fatos criminosos apensassem outros delitos ou contravenções, conhecidos como fatos novos. Desta forma a Interceptação Telefônica acaba adquirindo mais informações sobre o próprio crime a ser analisado, e em contrapartida também aos crimes desanexados, porém vinculados a estes. Desta maneira a prova obtida não tem sua validade afirmada pela ausência de requisitos essenciais para existência deste procedimento probatório nos autos do processo penal.

Nestes termos há bastantes discussões sobre a aceitação de novo tipo penal a ser incluído no processo, desta forma analisa a jurisprudência

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINARES REJEITADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. I- A descoberta fortuita de crimes por meio de escutas telefônicas que apuram outros delitos é possibilidade amplamente reconhecida pela jurisprudência [...].⁶

Analisando-se então o item I da sentença do Ilustre Desembargador Federal Antônio Ivan Athié, permite-se a apuração de fatos criminosos tidos como novos no processo penal, tal aceitação e tida como licita devido aos princípios garantidores de direitos de maior relevância social e jurídica tutelados pelos nossos princípios legais.

4.1 Princípio da proporcionalidade perante provas ilícitas e o direito violado

O princípio da proporcionalidade no direito brasileiro, refere-se a razoabilidade e ponderação aplicadas entre a conduta realizada, e a medida aplicada a esta, sendo então necessária a análise de nexos valoráveis entre uma e a outra. Este meio tem como finalidade garantir a não aplicabilidade exagerada para atos de menor teor ofensivo, ou de menor expressão social, ou aplicações brandas para casos que exijam atitudes mais rigorosas do Estado.

Este aspecto retributivo entre os delitos e as penas, já eram vistos como causas essências para a aplicação ao homem médio (termo utilizado para especificação do homem comum), pois as penas devem possuir aspectos vinculados aos indivíduos como um remédio para suas condutas atípicas, tanto para ele quanto para a sociedade, com base nisso não somente é de interesse de que todos os cidadãos não

Cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas (CRETELLA JR, CRETELLA, 2011, p. 42).

Uma das grandes questões e problemáticas das aplicações das penas, principalmente a pena privativa de liberdade, concerne sobre a sua eficácia e função não tão somente a parte específica, que incide diretamente de forma coercitiva no agente cometedor da conduta delituosa, mas também em sua função geral, efetivação na repressão de que novos delitos aconteçam mediante amedrontamento legal. Com estas premissas fica aqui exposto que evidentemente que a função das penas

⁶ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação criminal, nº 200950010036178/RJ, Relator: Desembargador Federal Antonio Ivan Athié, Primeira Turma Especializada, Publicado em 29 out. 2014.

Não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido. É concebível que um corpo político que, bem longe de agir por paixões, é o tranquilo moderador das paixões particulares, possa albergar esta inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam talvez os gritos de um infeliz trazer de volta, do tempo que não retorna, as ações já consumadas? O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo. É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplica-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a mesma tormentosa no corpo do réu (CRETELLA JR, CRETELLA, 2011, p. 56).

Ante os esclarecimentos anteriores, e delimitados as funções penais, pode-se ter maior clareza ao ver o teor real das penas, não sendo utilizadas para meramente punir, mas sim fiscalizar e garantir uma sociedade mais saudável e inócua de novos delitos. Tendo por base esta visão o Estado possui maior viabilidade na criação das leis e aplicação das mesmas, para que a efetiva participação de suas políticas tenham efeitos proveitosos para os cidadãos. Com isto o Princípio da Proporcionalidade é de vital e nuclear importância para qualquer função aplicada no âmbito criminal, pois, ele determinará o quão efetivo será a dosimetria tanto para o indivíduo criminoso, quanto para a sociedade ofendida.

Para retirar este princípio do campo da abstração, e aplica-lo na realidade foi necessário subdividi-lo em três divisões. Primeiramente a determinação da eficácia penal ficará a cargo do legislador brasileiro, onde este criará a proporcionalidade abstrata, que diz respeito sobre a pena em abstrato vinculada a tal tipicidade criminal, onde, o legislador ficará responsável de determinar a conduta a ser penalizada, determinando as medidas mais efetivas (penas ou medidas de segurança) e quantificando entre o máximo e o mínimo a ser delimitado caso o crime ocorra. Porém o segundo ponto ficará a critério do judiciário, onde este avaliará o caso concreto e individualizado do delinquente, sendo esta a Proporcionalidade Concreta ou Judicial, esta será realizada pelo próprio magistrado na ocorrência do caso concreto estipulado na abstração criada pelo legislador. Por último a Proporcionalidade Executória, que depois de estipulado e aplicado a pena ao caso concreto, esta deverá ser executada individualmente a cada criminoso por agentes competentes. Concluindo que este princípio possui responsabilidade em tríplices destinatários, sendo eles o legislador, o juiz e o órgão competente de execução penal (QUEIROZ, 2008, p. 49).

Onde tais subdivisões também são reconhecidas pela doutrina, porém não se considerando como três participantes na concretização deste princípio, porém é dual esta divisão, cabendo tão somente ao legislador e ao judiciário, excluindo-se os órgãos executórios. Pois este somente tem a função de realizar a aplicação, não sendo discricionário nenhuma de suas atribuições, pois todos os aspectos nele implantados já haviam sido estipulados pelo próprio legislador, como: progressão de regime, livramento condicional e dentre outras garantias

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um equilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade) (FRANCO, 2007. p. 67).

Vista a importância deste princípio na aplicação não somente penal, mas no direito brasileiro como um todo, vários juízes utilizam deste meio como argumentação para determinar várias de suas decisões de forma justa e aplicável a realidade. Conforme verificado na seguinte decisão do Desembargador Francisco Gerardo de Sousa

APELAÇÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO - REDUÇÃO DA PENA-BASE - IMPOSSIBILIDADE - DISCRICIONARIDADE DO JULGADOR - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E SUFICIÊNCIA ATENDIDOS - ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - RECONHECIMENTO COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA - PROCEDÊNCIA - AMPLIAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO REFERENTE À TENTATIVA - ACOLHIMENTO - FRAÇÃO ALTERADA PARA O MÁXIMO DE 2/3 - REGIME PRISIONAL SEMIABERTO INALTERADO - ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CP REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM PARTE DESFAVORÁVEIS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - A avaliação do suficiente e necessário para a prevenção e reprovação da infração penal cabe ao julgador, cuja operação lhe é discricionária, não decorrendo de mera expressão aritmética, mas sim da orientação pelos parâmetros abstratos fixados pelo legislador e pelo princípio da proporcionalidade (art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal). No caso em apreço, a elevação da pena-base na proporção realizada não se revela inadequada e muito menos desproporcional, haja vista que decorre da valoração negativa dos antecedentes, sendo que o réu registra condenações em 04 processos distintos (sendo que uma dessas condenações considerada para efeito de reincidência), todas por crimes patrimoniais, de modo que a conduta carece de maior reprovação. II - Se o réu confessa a prática do delito tanto perante a autoridade policial como também na presença do magistrado, imperioso torna-se o reconhecimento da atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal.

III - Segundo entendimento pacificado do e. STJ em julgamento da EResp 1.154.752/RS, a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, podendo, assim, serem compensadas entre si. IV - Da leitura do feito é possível chegar à conclusão de que o índice mais adequado para a redutora referente à tentativa é o máximo de 2/3, pois embora o réu esteve distante da consumação do delito, eis que sequer chegou a ingressar no estabelecimento comercial de onde almejava efetuar a subtração de alguns objetos. V - Havendo circunstância judicial do art. 59 do Código Penal avaliada de modo negativa, e sendo o réu reincidente, viável torna-se a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento de pena inferior a 04 anos, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do mesmo codex. VI - Recurso parcialmente provido para reconhecer a atenuante da confissão e compensá-la com a agravante da reincidência, assim como para ampliar o quantum de redução pela tentativa ao patamar máximo de 2/3, restando a pena ao final fixada em 01 ano de reclusão em regime inicial semiaberto e 50 dias-multa.⁷

Com esta decisão percebemos que o este princípio ele é difundido e aplicado de diversas formas e parâmetros diferentes, sendo na dosimetria da pena, admissibilidade de provas, e entre outras formas. Neste estudo visamos utiliza-lo de forma a gerar a admissibilidade da prova perante um direito maior, uma garantia fundamental que seja desproporcional as validações técnicas que inviabilizam este meio probatório.

Com este contexto cito o ilustre caso da denominada “Operação Lava Jato”, que envolvia a lavagem e desvio de dinheiro tendo como participantes a Petrobras, grandes empreiteiras e políticos do Brasil. A denominação “Operação Lava Jato” adveio do uso exclusivo de uma empresa vinculado ao ramo de postos de gasolina e serviços de lava jato que era utilizada para realizar a movimentação de fundos ilícitos, porém ao ser implantado escutas telefônicas foram descobertas o maior caso de corrupção e lavagem de dinheiro do Brasil, constatando a participação não somente da empresa no qual foi atribuído o nome, como também de políticos, a Petrobras, entre outros. Mesmo com a grandiosidade deste esquema de corrupção o nome inicial foi mantido.

Tendo início em março de 2014, as investigações foram realizadas primeiramente na Justiça Federal de Curitiba, onde os objetos de análise seriam quatro doleiros, que eram responsáveis pelo movimento de contratos milionários no mercado paralelo de cambio, porém no interview das investigações foram constatadas participações da maior empresa estatal brasileira, a Petrobras. Foi comprovado que este esquema de desvio e lavagem de dinheiro, já possuía duração média de 10 anos ao início das investigações, as empresas participantes utilizavam-se de Cartéis (técnicas utilizadas para inviabilizar a livre concorrência, porém maquiasses a aparência ilícita do ato dificultando assim a sua percepção), onde estas pagavam propina de 1% a 5% em cima de contratos bilionários e superfaturados aos altos executivos da empresa estatal e outros agentes públicos.

⁷ BRASIL, Tribunal Justiça do Mato Grosso do Sul, 1ª Câmara Criminal, Apelação criminal n. 4517820118120018/MS, **Rel.** Des. Francisco Gerardo de Sousa, Data de Publicação: 5 set. 2014.

A descoberta deste grande esquema de corrupção deu-se as Intercepções Telefônicas realizadas em junho de 2013 para monitorar o doleiro Carlos Habib Chater, porém ao tomar conhecimento do teor de suas conversas foram descobertos mais participantes do esquema, sendo quatro envolvidos (todos doleiros), sendo eles: A primeira era chefiada por Chater, seguindo-se por Nelma Kodama; a terceira por Alberto Youssef e, por último, Raul Srour.

O principal argumento de defesa, dos participantes da “Operação Lava Jato” tem se por base a invalidação das Intercepções Telefônicas realizadas, por motivo de ausência de pressupostos essenciais para a sua validade, logo influenciando na sua existência para utilização em meio ao processo penal, não sendo possível então a instauração da denúncia contra vários participantes. Pois o foco inicial da utilização deste meio probatório expandiu a área de investigação, atraindo para si mais condutas criminosas, e mais participantes envolvidos neste esquema. Avaliando então a prova pautada neste grandioso Princípio da Proporcionalidade, entendendo-se neste presente estudo que as meras formalidades procedimentais devem ser relativizadas para garantir que os direitos fundamentais, sociais, econômicos sejam tidos como prevalência para manter uma decisão segura e justa do judiciário brasileiro. Há decisão Monocrática em que pautasse este entendimento, refutando as principais alegações de que foi desrespeitada a indicação dos indivíduos a serem investigados e juntamente que este meio probatório foi utilizado de forma primária ao caso, onde é claramente estipulado pela lei concernente que este meio de prova por ferir o art 5º, XII, CF/88, devem somente ser utilizadas depois de esgotadas outras formas de prova, outro requisito negativo para sua validação. Outro ponto de grande discussão foi às sucessivas prorrogações que foram entendidas como excedentes ao permitido.

Esta jurisprudência, do caso “Operações Lava Jato” demonstra a seriedade da admissibilidade ou não de provas ilícitas no processo penal, com o caso acima narrado denota-se que as provas utilizadas para instauração do processo penal (intercepções telemáticas e telefônicas) não poderiam ser aceitas, pois houve aumento passivo no polo da ação incorrendo então a acusação a um maior número de pessoas que não estavam na investigação, sendo violado o primeiro ponto de sua validade, onde conforme a lei é necessária que seja estipulado qual o fato e quais as pessoas que serem analisadas em investigação. Conforme o exposto em trecho da decisão monocrática,

[...] Alega parte das Defesas a ilicitude da intercepção telemática do Blackberry Messenger. Observo que, com efeito, parte do conjunto probatório é formado por intercepção telemática de mensagens enviadas por Blackberry Messenger. No processo de intercepção telefônica 5026387-13.2013.404.7000, foi autorizada intercepção telefônica e telemática de Carlos Habib Chater por supostos crimes financeiros e de lavagem de dinheiro. Posteriormente, identificado grupo criminoso dirigido por Alberto Youssef com o qual os ora investigados teriam interagido, houve desmembramento dos feitos e das investigações, passando a intercepção telefônica e telemática desse grupo a ser realizada no

processo 5049597-93.2013.404.7000. A interceptação telemática abrangeu mensagens trocadas através do Blackberry Messenger⁸.

Com esta tentativa de invalidação frustrada, a Defesa recorre à invalidação dos mesmos meios de prova alegando a quebra do sigilo das informações internacionais, onde os dados ao serem requeridos violaram não só este princípio como também um tratado internacional referente a informações entre Brasil e Canada, conforme pode ser visto na íntegra pelo Anexo I neste presente estudo. Esta questão estremecida sobre o Tratado refere-se a um sistema interno de mensagens próprio, o BBM (*Black Berry Messages*), que por ser um sistema integrado do próprio aparelho *BlackBerry*. A grande questão discutida sobre estas interceptações telemáticas se refere ao nível de confidencialidade dos arquivos, que por ser um sistema integrado com base tecnológica no Canada em tese a polícia brasileira não teria acesso sem grandes questões burocráticas. Estas mesmas questões burocráticas que seriam necessárias para comprovação da veracidade das interceptações não constam em processo, gerando então a tese de defesa para invalidação deste meio probatório, pois com a falta do passo a passo destas diligências os arquivos apresentados são tidos de veracidade suspeita.

Visto a magnitude de tal decisão pautada neste princípio que permitiu a utilização de prova basilar para instauração da denúncia, leva-se a crer que a ponderação a ser efetivado em uma interceptação telefônica, telemática e informática que comprova este imenso dano de irreparáveis proporções, não a descaracteriza em sua validade por um direito ainda que relevantemente garantido pela constituição em prol de uma minoria. Valendo-se destas premissas e de muitas outras o Princípio da Proporcionalidade e base vital para toda e qualquer pessoa em uma sociedade democrática de direito. Comprovando então os pesos e valores que o judiciário hoje possui em sua convicção.

5. Considerações finais

As interceptações telefônicas reguladas pela lei 9.296/96 possuem uma série de requisitos que sensibilizam a sua utilização, tornando-a uma forma de prova muito suscetível a invalidações por nulidades formais, porém este meio de prova por ter contato direto com as intenções dos agentes investigados, que por muitas das vezes utilizam-se livremente de meios tecnológicos para organizarem as suas ações criminosas, tendem a revelar mais do que estava a ser investigado, gerando um fato novo na investigação, trazendo então grandes discussões sobre a existência deste fato que por uma forma foi trazido à tona a realidade penal, mas ao mesmo tempo este mesmo fato tem de ser desconsiderado e não levado a juízo, já que sua forma de existência na verdade nunca pode ter existido por ser uma nulidade absoluta na concretização deste instrumento de investigação que é garantido pela própria constituição e também legislação infraconstitucional.

As decisões referente a este princípio hoje nos tribunais brasileiros são bastantes divergentes devido ao livre convencimento que é atribuído ao magistrado, mas tendem-se a avaliar uma medida de contra pesos se realmente uma formalidade processual ou

⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 321.828 - PR (2015/0091619-4), Relator: Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Publicado em: 27 abr. 2015.

material, pode desqualificar um direito garantido pela constituição, sendo um direito a liberdade, a vida, a integridade física, a ordem econômica, etc. Há de se então avaliar a mitigação que estes bens geram no judiciário nacional, pois ao lidar com direitos de ambas as partes, acusação e réu, lidamos com frágeis decisões a serem tomadas pelo magistrado ao qual foi incumbido tal competência. Entendido então que esta mitigação deve ser pautada na importância jurídica e social que estes direitos violados expressam na realidade, pois uma formalidade processual ao ser violado pode garantir a manutenção de uma vida humana.

Como verificado no caso citado neste presente estudo, a “Operação Lava Jato” teve sua mitigação devido à economia nacional, nesta situação já havia instaurado diversas outras investigações nas quais não se conectavam a este esquema, que por meio de uma interceptação telefônica foram atribuídos outros sujeitos criminosos participando deste grande esquema de lavagem de dinheiro, em tese estas interceptações não deveriam ter sido aceitas pelo judiciário brasileiro, já que estas faltaram com requisitos essenciais para a sua validação, tendo então de desconsiderar a culpa dos integrantes do maior esquema de corrupção nacional e prosseguir o processo como se inocentes fossem, porém ao verificar a importância jurídica e social do direito no qual ali foi violado, que dentre eles estão a economia nacional e a quebra de princípios da administração pública, viu-se o prejuízo a todos os cidadãos de bem, sendo eles direta ou indiretamente prejudicados a este meio fraudulento. Não podendo então um dos três poderes responsáveis pela manutenção do Estado fechar seus olhos e deixar que uma injustiça acontecesse diante dele, tendo então uma forma proporcional em valorar qual direito ali a ser julgado seria de maior preciosidade a todos, sendo eles discutidos uma formalidade processual ou a dignidade social brasileira, onde este mesmo poder decidiu concernentemente que meras formalidades processuais não devem ser absolutas em suas observações, principalmente quando estas tangem bens jurídicos que são mais precisos.

Nesta questão temos grandes decisões com ambos os objetos analisados, interceptação telefônica com grande nível probatório, porém ausentes de requisitos essenciais, o que as tornam nulas de pleno direito, não podendo gerar prejuízos aos acusados, no outro, direitos da sociedade e interesse de todos, garantias protetoras a sociedade brasileira ao qual devem ser impetradas todas as garantias e proteções pertencentes no nosso arcabouço normativo.

Analisado então neste estudo, que, mesmo que as formas em todas as suas variações de Interceptação Telefônica, Telemática e Informática possuam vícios em sua constituição, o que teria que levar a sua invalidade e o desentranhamento processual, onde as mesmas trazem consigo grandes questões sociais podendo até mesmo evitar prejuízos que se não fossem por meio destas provas teriam um fatídico desfecho. Sendo elas mais amplamente avaliadas e ponderadas pelo princípio da proporcionalidade, que serve como uma medida de contrapesos avaliando o dano causado pelo fato delituoso e a gravidade da ofensa gerada pela ilegalidade da prova em face do acusado está sendo investigado, com isto a sua utilização gerará mais justiça, e garantia uma aplicação mais correlata com o senso moral intrínseco a todos nós cidadãos brasileiros, visando então eliminar a vinculação estrita de vícios formais prejudiciais ao desenvolver processual, trazendo então uma mitigação necessária para a admissibilidade de uma parte vital ao processo, as provas. Trilhando então uma utilização destes meios de forma mais real e menos formal, mitigando estes conceitos e utilizando-se destas provas levadas aos autos para que então a verdadeira e aclamada justiça seja aplicada.

6. Referências bibliográficas

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CRISTINA, Anna, **Teorias norte americanas relacionadas às provas ilícitas por derivação**. Disponível em:

<<http://annacgs.jusbrasil.com.br/artigos/152372951/teorias-norte-americanas-relacionadas-as-provas-ilicitas-por-derivacao>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2012. v.1.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, **Combate a corrupção**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 19 maio 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006,

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1.