

**GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL
DEC/INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS
DIFORM/PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
ACADEMIA DE POLÍCIA MILITAR DE BRASÍLIA**

CAROLINA VANESSA MEIRELES SILVA

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO
ÂMBITO DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL - PMDF**

**BRASÍLIA
2015**



**GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL
DEC/INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS
DIFORM/PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
ACADEMIA DE POLÍCIA MILITAR DE BRASÍLIA**



CAROLINA VANESSA MEIRELES SILVA

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO
ÂMBITO DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL - PMDF**

**BRASÍLIA
2015**



CAROLINA VANESSA MEIRELES SILVA

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO
ÂMBITO DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL - PMDF**

Trabalho de Conclusão do Curso
apresentado ao Instituto Superior de
Ciências Policiais como requisito parcial
para obtenção do Título de Bacharel em
Ciências Policiais.
Orientador: CAP. QOPM LUIZ Fernando
FONSECA.

**BRASÍLIA
2015**

CAROLINA VANESSA MEIRELES SILVA

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO
ÂMBITO DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL - PMDF**

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado ao Instituto Superior de Ciências Policiais da Polícia Militar do Distrito Federal como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Ciências Policiais.

Aprovado em: _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

**Ana Luíza Andrade de Azevedo – TC QOPM
Presidente**

**Luciano Loiola da Silva – MAJ QOPM
Membro**

**Luiz Fernando Fonseca– CAP QOPM
Orientador de conteúdo**

Este trabalho é dedicado à minha família, sem a qual nada teria sentido. Especialmente à minha mãe, ao meu irmão Pedro e ao meu avô Agnaldo Meireles que me ensinaram a ser caçadora de sonhos desde sempre.

AGRADECIMENTOS

Em especial ao CAP. QOPM LUIZ Fernando FONSECA, cujas orientações foram essenciais para prosseguir e concluir este estudo;

Aos demais instrutores e professores do Instituto Superior de Ciências Policiais, pelos ensinamentos;

Ao Curso do Instituto Superior de Ciências Policiais e aos funcionários, pela oportunidade concedida para a realização dos meus estudos.

“Não é o desafio com que nos deparamos que determina quem somos e o que estamos nos tornando, mas a maneira com que respondemos ao desafio. Somos combatentes, idealistas, mas plenamente conscientes, por que ter consciência não nos obriga a ter teoria sobre as coisas: só nos obriga a sermos conscientes. Problemas para vencer, liberdade para provar. E, enquanto acreditamos no nosso sonho, nada é por acaso.”

Henfil

RESUMO

Esta pesquisa apresenta um estudo em torno de mudanças no processo de análise do Princípio da Proporcionalidade em face da Lei da Interceptação Telefônica. Tornou-se objetivo geral deste estudo verificar a viabilidade da Lei hodierna e suas implicações com o mencionado princípio. Como objetivos específicos procurou-se: verificar a interceptação telefônica realizada pela autoridade policial na investigação criminal e suas implicações no processo de busca pela obtenção da prova; verificar a proposta da Lei n.º 9.296, de 1996, que regulamenta a interceptação telefônica atual; verificar como a interceptação telefônica vem sendo tratada pela doutrina e pela jurisprudência; investigar como a Interceptação Telefônica vem sendo realizada no sentido de permitir a prova colhida com suas repercussões no caso concreto. O objeto do estudo se limitou no seguinte problema: A obtenção de prova por meio da interceptação telefônica atual permite conseguir a prova de maneira satisfatória observando os princípios constitucionais? Para tanto, foram priorizadas as concepções predominantes sobre a interceptação telefônica, bem como a relação entre a Lei atual e o projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, fundamentando-se em doutrinadores renomados e jurisprudência farta. Para tanto, optou-se pela pesquisa bibliográfica, complementada com legislação do direito estrangeiro e jurisprudência, buscando indagar a concepção sobre o retorno que esta Lei proporciona na busca da obtenção da prova e conseqüentemente para o processo. Esses estudos permitiram concluir que a interceptação telefônica de hoje exige mudanças que vão além dos aspectos metodológicos, exigindo também a sua atualização, adaptação com as novas tecnologias e também com o que a sociedade almeja neste momento. É preciso perceber que esta Lei deve ser avaliada globalmente, levando em conta sua realidade, suas expectativas e o próprio contexto nacional. A interceptação telefônica deve ser um ponto de partida para a construção da obtenção da prova e para a formação do processo, permitindo-lhe chegar o mais próximo da verdadeira prova na justa solução dos conflitos.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade. Interceptação Telefônica. Lei

ABSTRACT

The present research presents a study about the changes in the process of analysis of the Principle of Proportionality and “Lei de Interceptação Telefônica” (Telephone Interception Act). It has become a general objective of this study to evaluate the viability of the current law and its implications with the mentioned Principle. As specific objectives, we sought to: verify the telephone interception carried out by the police authority in criminal investigation and its implications to the process of evidence searching; verify the proposal set forth by Law No. 9296/96, which currently regulates telephone interception; study how telephone interception has been treated by doctrine and jurisprudence; investigate how telephone interception has been done so as to permit the collected evidence with its repercussions to each case. The object of study was limited to the following problem: obtaining evidence based on the current telephone interception can be done in a satisfactory manner, abiding by the constitutional principles? In order to achieve that, the predominant conceptions about telephone interception were prioritized, as well as the relation between the current law and the project of law being considered in Congress, based on renowned law scholars and ample jurisprudence. We opted for bibliographical research, complemented by foreign law legislation and jurisprudence, aiming to question the conception about the results that this Law delivers in the quest for evidence, and, consequently, for the Process. These studies allowed for the conclusion that the current telephone interception demands changes that go beyond the methodological aspects, demanding its updating and adapting to the new technologies and to what the society wants at this moment. It is necessary to notice that this law must be analyzed globally, considering its reality, its expectations and the national context itself. Telephone interception must be a starting point to the construction of evidence obtaining and to the formation of the Process, thus placing it as close as possible to the true evidence in a just solution of conflicts.

Key words: Principle Proportionality. Telephone Interception. Law.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|------|-----------|
| doc. | Documento |
| ed. | editora |
| min. | ministro |
| n. | número |
| p. | página |
| pp. | páginas |
| rel. | relator |
| v. | vide |

LISTA DE SIGLAS

| | |
|--------|--------------------------------------------------------------------------|
| ADC | Ação Declaratória de Constitucionalidade |
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| BPM | Batalhão de Polícia Militar |
| BCG | Boletim do Comando Geral |
| CCFRAL | Código de Condutas Para os Funcionários Encarregados de Aplicação da Lei |
| CN | Congresso Nacional |
| CP | Código Penal |
| CPM | Código Penal Militar |
| CPP | Código de Processo Penal |
| CPPM | Código de Processo Penal Militar |
| CRFB | Constituição da República Federativa do Brasil |
| CIEP | Centro Interdisciplinar de Estudos sobre Polícia e Segurança Pública |
| DF | Distrito Federal |
| EC | Emenda Constitucional |
| HC | <i>Habeas Corpus</i> |
| ISCP | Instituto Superior de Ciências Policiais. |
| JECRIM | Juizado Especial Criminal |
| NEPES | Núcleo de Ensino e Pesquisa em Segurança Pública, Violência e Cidadania |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| PMDF | Polícia Militar do Distrito Federal |
| RE | Recurso Extraordinário |
| REsp | Recurso Especial |
| RT | Revista dos Tribunais |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |

SUMÁRIO

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 133 |
| 2 REFERENCIAL TEÓRICO | 155 |
| 2.1 Interceptação telefônica e a Carta Magna hodierna..... | 155 |
| 2.2 Direito Comparado e Interceptação Telefônica | 158 |
| 2.2.1 Alemanha..... | 20 |
| 2.2.2 Itália..... | 211 |
| 2.2.3 França | 222 |
| 2.2.4 Espanha | 233 |
| 2.2.5 Reino Unido..... | 244 |
| 2.2.6 Estados Unidos da América..... | 244 |
| 2.2.7 Brasil..... | 244 |
| 2.2.8 Conceitos e dispositivos constitucionais..... | 266 |
| 2.3 Interceptação telefônica | 288 |
| 2.3.1 interceptação telefônica ou ambiental | 288 |
| 2.3.2 Escuta telefônica..... | 288 |
| 2.3.3 Gravação telefônica ou clandestina..... | 288 |
| 2.3.4 Escuta ambiental..... | 299 |
| 2.3.5 A Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996..... | 30 |
| 2.3.6 Comunicações em sistema de telemática e informática | 322 |
| 2.3.7 Interceptação ambiental | 344 |
| 2.3.8 Sigilo de dados telefônicos..... | 366 |
| 2.3.9 Requisitos da Lei n.º 9.296 de 1996 para a quebra do sigilo telefônico.. | 368 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.3.10 Procedimento para interceptação telefônica – art.3º lei n.º 9.296, de 1996 | 42 |
| 2.3.11 O deferimento da interceptação telefônica é realizado <i>Inaudita Altera Pars</i> | 42 |
| 2.4 Direito militar | 44 |
| 2.4.1 Inquérito Policial Militar | 44 |
| 2.4.2 Polícia Judiciária Militar | 49 |
| 2.4.3 Crimes militares | 53 |
| 2.4.4 Crimes militares próprios e impróprios | 55 |
| 2.4.5 Sujeito ativo do crime militar | 56 |
| 2.5 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade | 599 |
| 2.5.1 Exposição de motivos | 84 |
| 2.5.2 Anteprojeto de lei | 90 |
| 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 95 |
| ANEXO I – DEFINIÇÃO DE TERMOS | 103 |

1 INTRODUÇÃO

1 INTRODUÇÃO

O tema da pesquisa discorre sobre interceptação telefônica e princípio da proporcionalidade no âmbito da Polícia Militar Do Distrito Federal (PMDF). Essa pesquisa, amparada no Núcleo de Ensino e Pesquisa em Segurança Pública, Violência e Cidadania (NEPES), corresponde à área de concentração Atividade Policial Reflexiva possuindo como linha de exploração o Sistema de apoio à Atividade Policial.

Esse estudo **justifica-se** para sociedade porque a interceptação telefônica é capaz de ajudar na diminuição da criminalidade. A polícia consciente desse recurso terá uma solução mais rápida no combate ao crime, facilitando o acompanhamento e prisão dos criminosos na conjuntura atual.

A pesquisadora, por ter sua origem de estudo na área jurídica, observou que um estudo sobre interceptação telefônica enseja em um recurso marcante na desenvoltura do procedimento administrativo que utiliza desse instrumento como alicerce para solucionar o objeto de investigação de forma mais eficaz.

No contexto global em que nos encontramos, atualmente já existem doutrina e jurisprudência relacionadas à interceptação telefônica realizada pelas polícias militares. Surge uma discussão sobre a interceptação telefônica em relação à Polícia Militar, já que a necessidade de obter informação para combater o crime está tomando proporções cada vez maiores.

Para conseguir uma prova eficaz passa-se pelo **problema** de confirmação da obtenção desse processo probatório pela PMDF, que muitas vezes carece dessa colheita da prova pela Polícia Militar de uma legislação nos moldes da realidade contemporânea, por falta da regulamentação da legislação existente, ou, ainda, pela necessidade de uma legislação com aprimoramento científico hodierno com as necessidades atuais.

Neste contexto faz-se necessário questionar: qual a legalidade da interceptação telefônica realizada pela Polícia Militar do Distrito Federal?

A **hipótese** gerada é que é possível a obtenção de prova por meio de interceptação telefônica pela PMDF segundo a doutrina e jurisprudência do STF e tribunais brasileiros.

O **objetivo geral** da pesquisa é analisar a legalidade da interceptação telefônica realizada pela PMDF e suas implicações no processo de busca pela obtenção da prova, dentro da instituição, segundo a doutrina e a jurisprudência.

Os **objetivos específicos** que ajudarão a responder o objetivo geral são: apresentar a polícia militar e suas funções; definir o conceito de interceptação telefônica; verificar a proposta da Lei n.º 9.296, de 1996 que regulamenta a Interceptação Telefônica atual; discorrer sobre como a interceptação telefônica é tratada pela doutrina e pela jurisprudência; descrever como a interceptação telefônica com fundamento no princípio da proporcionalidade pode ser realizada pela Polícia Militar no sentido de permitir a prova colhida com suas repercussões no caso concreto.

A **metodologia** referente à **pesquisa** foi bibliográfica, procurando explicar o problema a partir de referências teóricas publicadas (Gil, 2008).

Por tratar-se de um projeto nas áreas policial e jurídica, a pesquisadora indica na **abordagem (natureza da pesquisa)** que a **pesquisa qualitativa** é a mais indicada, buscando por meio desta, consolidar procedimentos que visam superar os limites das análises meramente quantitativas, (Gil, 2008).

A hipótese gerada é que é possível a obtenção de prova por meio de interceptação telefônica pela PMDF segundo a doutrina e jurisprudência do STF e tribunais brasileiros.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a legalidade da interceptação telefônica realizada pela PMDF e suas implicações no processo de busca pela obtenção da prova, dentro da instituição, segundo a doutrina e a jurisprudência.

Os objetivos específicos que ajudarão a responder o objetivo geral são: apresentar a polícia militar e suas funções; definir o conceito de interceptação telefônica; verificar a proposta da Lei n.º 9.296, de 1996 que regulamenta a Interceptação Telefônica atual; discorrer sobre como a interceptação telefônica é tratada pela doutrina e pela jurisprudência; descrever como a interceptação telefônica com fundamento no princípio da proporcionalidade pode ser realizada pela Polícia Militar no sentido de permitir a prova colhida com suas repercussões no caso concreto.

A metodologia referente à pesquisa foi bibliográfica, procurando explicar o problema a partir de referências teóricas publicadas (Gil, 2008).

Por tratar-se de um projeto nas áreas policial e jurídica, a pesquisadora indica na abordagem (natureza da pesquisa) que a pesquisa qualitativa é a mais indicada, buscando por meio desta, consolidar procedimentos que visam superar os limites das análises meramente quantitativas, (Gil, 2008).

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Intercepção telefônica e a Carta Magna hodierna

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, promulgada em 1988 e apelidada de “Constituição Cidadã”, é a atual ordem constitucional brasileira, trazendo um rol ampliativo em relação às garantias concedidas às pessoas que fazem parte deste país, protegendo-as na busca por uma sociedade mais equânime.

Nesse sentido, limitou a atuação estatal, assegurando, como exemplo, os direitos à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, bem como a livre manifestação do pensamento, às liberdades religiosas, intelectuais, artísticas e científicas, a inviolabilidade de domicílio, das correspondências, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados.

Com relação à tutela da intimidade, especialmente no caso do sigilo das comunicações telefônicas, o cidadão tem direito de reservar os fatos da sua vida pessoal, não permitindo a devassa da sua vida privada. É uma tendência das legislações mais atuais buscarem esse tipo de restrição. É importante frisar que, apesar disso, não existem direitos absolutos, pois numa sociedade, sempre haverá a necessidade de serem conciliados os direitos e deveres, cabendo à Ciência do Direito e à Moral, a estipulação dos limites visando à convivência pacífica e tranquila de uma sociedade.

Assim, são admitidas exceções legítimas no próprio ordenamento legal. Segundo Grinover, (1982):

(...) as garantias individuais previstas na Carta Magna, têm sempre feito e finalidades éticas, não podendo proteger abusos nem acobertar violações. Por isso, as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da atual restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias (GRINOVER, 1982, p. 251).

Moreira (1987) ainda ensina que:

(...) é como qualquer outro, limitado, e não se pode sobrepor de maneira absoluta a todos os restantes interesses dignos de tutela jurídica, por mais relevantes que se mostrem. Aqui tem igualmente lugar a valoração comparativa dos interesses em conflito e a aplicação do princípio da proporcionalidade. (MOREIRA, 1987, p. 170).

O confronto entre a urgente necessidade em entregar-se a prestação jurisdicional e o respeito aos direitos não deve perder de vista o interesse público, que, excepcionalmente, poderá justificar algumas condutas às margens da lei, com vistas a assegurar outros direitos igualmente constitucionais.

Rivero (1973) preceitua que “a importância de limitar as liberdades públicas resulta da necessidade de torná-las coexistentes, a fim de que possam ser exercidas simultaneamente” (RIVERO, *Les libertés publiques*, Paris, 1973, p. 167).

Nesse diapasão, é importante mencionar o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da razoabilidade. Esse princípio tem origem no direito administrativo, ramo do Direito onde sempre esteve relacionado à atuação e limitação do Poder Executivo, como medida de legitimidade para as restrições administrativas à liberdade individual impostas no exercício do Poder de Polícia. Em um determinado momento, este princípio migrou para o Direito Constitucional, onde, além de possibilitar sua aplicação autônoma, atua também como um alicerce de todos os demais princípios, os quais devem ser aplicados de forma proporcional. Ele está em sua origem ligado à garantia do devido processo legal, de origem jurídica anglo-saxônica, sendo hoje possível observá-lo por toda a Europa decorrente do entrelaçamento das inúmeras culturas europeias.

Fernandes (2007) ensina que:

No quadro das garantias do devido processo legal, insere-se o direito à prova. Nos Estados Unidos da América constitui-se no *right to evidence*, garantido pela cláusula do *due process of law*. Tem afirmação na jurisprudência da Corte Constitucional Italiana e da Alemanha. É objeto de estudo da doutrina estrangeira e nacional. Vem sendo motivo de preocupação do de textos internacionais, nos quais é posto com garantia do acusado. (FERNANDES, 2007, p. 77).

Segundo esse renomado autor:

O tema das provas ilícitas vem ganhando espaço entre as preocupações fundamentais do direito processual moderno. Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da

pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis e eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa. (FERNANDES, 2007, p. 90).

Mesmo seguindo o princípio de proporcionalidade, não é necessário tanto esforço para se infringir essa linha tênue na qual esbarra o Estado buscando o suficiente para enfrentar a marginalidade com a crescente criminalidade. O cidadão em sua vida tranquila, íntima e com a sua imagem preservada, vem adotando remédios eficazes para contrapor-se ao excesso e aos abusos estatais.

Uma questão importante a ser verificada é a questão da prova ilícita por derivação. Essa prova configura-se quando, a partir de uma prova obtida ilicitamente, chega-se a uma prova que, vista isoladamente, seria lícita.

Segundo Avolio (1999):

(...) por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem constitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias. Assim, em se tratando da violação do sigilo da correspondência ou de infração à inviolabilidade do domicílio, ou ainda de uma prova obtida sob tortura, haverá sanções penais para o infrator. O direito processual mantinha-se, até pouco tempo atrás, alheio a essa realidade. (AVOLIO, 1999, p. 114),

Essa orientação para não se admitir a prova obtida ilicitamente funda-se na teoria dos frutos da árvore envenenada da Suprema Corte Americana, adotada pela doutrina brasileira e pelos Tribunais Superiores Brasileiros. Contudo, essa teoria está sendo excepcionada pela Lei n.º 11.690, de nove de junho de 2008, que inclui o parágrafo primeiro ao artigo 157 do Código de Processo Penal (CPP), assim como as limitações da *Independent Source* e da *Inevitable Discovery*,

Excepcionando-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não de colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito, ou quando as provas derivadas da ilícita pudessem ser descobertas de outra maneira. (Projeto de Lei 4.205/2001, que deu origem a Lei n.º 11.690, de nove de junho de 2008, previu, no § 1º do art. 157, que as provas derivadas das ilícitas não seriam admitidas "quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser

obtidas senão por outro meio das primeiras"). (BRASIL. Projeto de Lei nº 4.205/2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2001/msg211-10308.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015).

A prova obtida por meio ilícito, de acordo com o artigo 5º, inciso LVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), não pode ser admitida no processo, sendo destituída de eficácia jurídica. No julgamento do Recurso Extraordinário (RE 251.455-GO), o Ministro Celso de Mello manifestou-se da seguinte forma:

A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. A prova ilícita – por qualificar-se como elemento idôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica".(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 251445 GO. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 21 de junho de 2000. Diário de Justiça. Brasília, 03 ago. 2000.) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 251445 GO. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 21 de junho de 2000. Diário de Justiça. Brasília, 03 ago. 2000).

Inexiste no Código de Processo Penal (CPP) norma genérica a respeito do desentranhamento da prova ilícita. Aplica-se, por interpretação extensiva, o art. 145, IV, que determina o desentranhamento de documento considerado falso. As interceptações telefônicas ou gravações clandestinas constituem, no sistema processual penal, meios de obtenção de provas documentais e, se obtidas por meios ilícitos, devem ser desentranhadas.

2.2 Direito comparado e interceptação telefônica

Documentos internacionais emitem recomendações no sentido de proteção à inviolabilidade da vida privada. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu art. 12 preconizava que "Nenhum indivíduo poderá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, na sua família, na sua casa, na sua correspondência". Também em 1948, a Declaração de Bogotá, em seu art. 5.º,

afirmava "Toda pessoa tem direito à proteção e à sua vida privada e familiar". No mesmo sentido, em 1950 a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais indicava em seu art. 8.º "Toda pessoa tem direito ao respeito à vida privada e familiar". O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de Nova York, de 19.12.1966 visava a mesma proteção. A ONU, em 1973, no § 177 do Doc. n. E. Cm. 4/1.116, de 23 de janeiro, recomendou aos Estados-membros que descrevessem como crime a interceptação telefônica, salvo em determinados casos, como na hipótese de determinação judicial em investigação criminal. (SÃO PAULO. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 09 nov. 2015.)

Percebe-se, portanto, que o direito à privacidade é contemplado na ordem internacional por meio de tratados e convenções de direitos humanos, como também a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, recepcionada pelo Brasil no Decreto n.º 678, de 6.11.1992. (BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0667.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.)

Contudo, a validade do Direito Internacional encontra diferentes formas a depender do país. Na Holanda e Áustria valem tanto ou mais que as suas Constituições. No Reino Unido e países escandinavos podem não encontrar efeitos práticos e diretos, por seu não reconhecimento. Outros países, como França e Bélgica, estão em posição intermediária, tendo força superior à legislação ordinária, sem, contudo, ter "status" constitucional. (AVOLIO, 1999)

No direito brasileiro, como regra, os tratados e convenções internacionais têm força de lei ordinária, mas, tratando-se de direitos humanos, e desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, detêm hierarquia equivalente às emendas constitucionais (art. 5.º, §3.º, CRFB/88, incluído pela EC n. 45/2004). (BRASIL.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.).

Segundo Avolio (1999), é necessário que a lei nacional respeite os seguintes requisitos quando se trate de interceptação telefônica:

- I- que a interceptação seja prevista na lei interna do país;
- II- que a interceptação se afigure necessária, no contexto de uma sociedade democrática;
- III- que essa necessidade se enquadre numa hipótese legal de interceptação;
- IV- que a legislação do país preveja a possibilidade de recurso mediante o qual se possa eventualmente questionar a medida adotada;
- V- que o recurso seja exercitável perante um tribunal independente, imparcial e mediante um processo público, não necessariamente judicial. (AVOLIO, 1999, p. 114) (grifo nosso).

Ainda segundo a lição do mesmo autor, retratam-se algumas legislações estrangeiras singularmente, como as dos países Alemanha, Itália, França, Espanha, Reino Unido, Estados Unidos da América.

2.2.1 Alemanha

Inicialmente, a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações telefônicas era considerada absoluta até a alteração legislativa que inseriu os arts. 100a e 100b no Código de Processo Penal alemão, admitindo a violação por exceção e de acordo com o princípio da proporcionalidade. Na Alemanha os requisitos para ser possível a interceptação são (AVOLIO, 1999):

- I- depende de ordem judicial, ou, se urgente, pode ser determinada pelo Ministério Público, com posterior convalidação judicial;
- II- forma e conteúdo do mandado autorizador previstos particularmente, incluindo prazo de validade e autorização;
- III- a inobservância dos requisitos legais importa na destruição da gravação feita;
- IV- deve haver comunicação ao interessado, assim que possível, sem comprometer o resultado da instrução;
- V- determinada somente quando indispensável para a apuração dos fatos, e nos casos exaustivamente enumerados pela lei, a saber: crimes contra o

Estado, a segurança nacional, a ordem pública, a segurança das tropas dos Estados que aderiram ao Tratado do Atlântico Norte, crime de homicídio voluntário premeditado, de falsificação de moeda, de seqüestro, rapto, tráfico de mulheres, estelionato e crimes de perigo social.

2.2.2 Itália

O antigo Código de Processo Penal (Código Rocco) foi revisto para adequá-lo à ordem constitucional, de tal forma que a Lei n.º 517, de 1955, alterou a sua redação, passando a prever a necessidade de prévia autorização judicial, motivada, para que fosse feita a interceptação. No entanto, essa legislação era deficiente (AVOLIO, 1999).

Segundo Avolio, (1999) em 1974, com a Lei n.º 98, houve nova regulamentação das interceptações, inclusive com tipificação da conduta de interferência ilícita da prova na vida privada com o uso de instrumentos visuais ou sonoros. Houve a inserção, da mesma forma, de uma série de garantias em relação aos casos em que seria possível a interceptação, tais como a existência de sérios e concretos indícios de infração penal; a real necessidade de uso da interceptação, às modalidades e duração das interceptações, à documentação e envio das gravações à autoridade judiciária, à intimação dos defensores, à destruição dos originais, quando for o caso, e à declaração de nulidade, se obtidas ilicitamente.

Não foram disciplinadas por essa lei, as interceptações ambientais e as gravações clandestinas.

A interceptação foi incluída em 1988, após revisões legislativas, ao Código de Processo Penal italiano no art. 266. Deferiu-se, com exclusividade, nesse novo estatuto processual, a prerrogativa de requerer-se ao juiz, fundamentadamente, a autorização para fins de investigação preliminares, com os mesmos requisitos da lei anterior. O Ministério Público poderá determinar sua execução, sem prévia autorização judicial. Procedimento esse que será feito sempre que existir clara demonstração de que a sua demora poderá resultar em grave prejuízo às investigações, com comunicação ao juiz em vinte e quatro horas a torna válida mediante aquiescimento. Se há divergência no entendimento judicial, há imediata interrupção da interceptação e o material colhido não pode ser usado no processo. (AVOLIO, 1999)

A inviolabilidade na Itália é prevista no art. 15 da Constituição italiana, sob os aspectos dos limites impostos ao juiz e sobre as garantias previstas na lei. O art. 15 assim dispõe:

PARTE I
 PARTE I
 DIRITTI E DOVERI DEI CITTADINI
 Direitos e deveres dos cidadãos
 TITOLO I
 TÍTULO I
 RAPPORTI CIVILI
 CIVIL RELATÓRIOS
 (...)

Art. 15.

La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili.

A liberdade e o sigilo da correspondência e de todas as outras formas de comunicação são invioláveis.

La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.

A sua limitação só pode ser motivada a agir com as garantias judiciais estabelecidos por lei. (ITÁLIA. SENADO ITALIANO. https://www.senato.it/1025?sezione=120&articolo_numero_articolo=15.

Acesso em 09 nov. 2015)

Moraes (2013), nessa linha de pensamento:

Igualmente, o artigo 15 da Constituição Italiana prevê que a liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis. Sua limitação pode ocorrer somente por determinação da autoridade judiciária, mantida as garantias estabelecidas em lei. (MORAES, 2013, p.60)

2.2.3 França

Conforme Avolio (1999), não existem disposições específicas sobre interceptações telefônicas na legislação francesa. Fundamenta-se o controle dos telefonemas no art. 81 do Código de Processo Penal francês, que defere ao juiz a possibilidade, baseado em lei, de proceder a todos os atos instrutórios que repute úteis para a apuração da verdade e, por analogia, nas normas que disciplinam a apreensão de correspondências.

Conforme a Corte Suprema francesa, o art. 8º da Convenção Europeia exige que ingerências na vida privada sejam efetivadas apenas nos casos previstos em lei. Por isso, como no Brasil, a ausência de lei autorizativa sobre o assunto,

inviabiliza qualquer interceptação, não sendo o CPP francês suficiente para o assunto. (AVOLIO, 1999)

2.2.4 Espanha

De acordo com Avolio (1999), a constituição espanhola, em seu art. 18, I, garante o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, acrescentando o n.º 3, onde se assegura o segredo das comunicações, em especial postais, telegráficas e telefônicas, salvo ordem judicial, com exercício regulado em lei.

Sucedem que a Lei de Execuções Criminais Espanhola (LECrím), foi alterada pela Lei Orgânica 4, de 1988, possibilitando ao juiz autorizar a interceptação nas comunicações telefônicas, motivadamente, se tiver indícios de obter, por esses meios, a descoberta ou comprovação de algum fato ou circunstância importante na causa. (AVOLIO, 1999)

O inciso 3.º do art. 579 da LECrím, segundo Avolio (1999), prevê que o juiz autorize, por até três meses, prorrogável por iguais períodos, a:

(...) observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indícios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delectivos". Em tradução livre, "a observação das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas das pessoas sobre as quais existam indícios de responsabilidade criminal, bem como das comunicações das que se sirvam para a realização de seus fins delitivos. (AVOLIO, 1999, p. 114)

O inciso 4.º do mesmo art. estabelece que, nos casos de urgência, a autorização poderá ser dada pelo Ministério do Interior ou, na sua falta, pelo Diretor de Segurança do Estado, com imediata ratificação judicial.

A doutrina espanhola critica essa legislação no sentido de indicá-la incompleta, de modo a ser considerada como matéria não regulamentada por não existirem critérios e requisitos exigíveis para concluir a interceptação. Mesmo assim, a doutrina desse país considera superado o problema suscitado pelo art. 8º da Convenção Europeia, que exige norma regulamentadora para violação às garantias relativas à vida privada. (AVOLIO, 1999)

2.2.5 Reino Unido

A legislação inglesa não fixou regras específicas, reconhecendo, genericamente, o sigilo das telecomunicações, regulando apenas o sigilo da correspondência. O uso da interceptação naquele país é apenas na fase investigativa e não como prova em juízo. De qualquer forma, se houver uso, no processo, de prova obtida por meio ilícito ou imoral, caberá ao juiz, discricionariamente, a aceitação, no caso concreto, daquela prova. Essa é a tendência jurisprudencial do Reino Unido, em especial a sua aceitação é *pro reo*, mas sem excluir a sua aplicação *pro societate*. (AVOLIO, 1999)

2.2.6 Estados Unidos da América

Segundo Avolio (1999), foi sancionado em 1968, o *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, disciplinando a proibição das interceptações telefônicas como regra. Mesmo assim, admitiam-se exceções, possibilitando a interceptação telefônica, sempre em processos criminais, via cabo, ou verbal, quando essa medida puder resultar em provas das infrações penais nela enumeradas. É possível também, em casos de urgência, que a interceptação possa ser realizada sem ordem judicial.

A legislação norte-americana estabelece quase todo o procedimento para levar adiante essa interceptação, bem assim ao destino final das conversas gravadas e a inadmissibilidade das provas derivadas, em relação direta com a teoria dos frutos da árvore envenenada. Não está proibida nessa lei a escuta telefônica, entendida por eles como a gravação consentida por um dos interlocutores. (AVOLIO, 1999)

Há muitas críticas sobre essa legislação por considerarem os mecanismos difíceis de compreensão, desencorajando as interceptações autorizadas com fundamento na mesma.

2.2.7 Brasil

Na legislação anterior, a Constituição brasileira não previa exceção ao princípio da inviolabilidade da comunicação telefônica (art. 153, §9.º). Naquela

época, havia permissão de interceptação mediante ordem judicial e para fins processuais penais conforme o Código Brasileiro de Comunicações (Lei 4.117, de 27.8.1962, art.57, II, e). (BRASIL. Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm> Acesso em: 09 nov. 2015.)

O Código Brasileiro de Telecomunicações, atualmente, não está em vigor com relação às interceptações telefônicas. O art. 57 desta lei permitia a violação de recepção de telecomunicações em sua letra "e", o que não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF). (HC nº 69.912 do STF)

O Pretório Excelso tem a seguinte posição quanto ao tema:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROVA ILÍCITA: "DEGRAVAÇÃO" DE ESCUTAS TELEFÔNICAS. C.F., ART. 5., XII. LEI N. 4.117, DE 1962, ART. 57, II, E, "HABEAS CORPUS": EXAME DA PROVA. I. - O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS PODERÁ SER QUEBRADO, POR ORDEM JUDICIAL, NAS HIPÓTESES E NA FORMA QUE A LEI ESTABELECEER PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL (C.F., ART. 5., XII). INEXISTÊNCIA DA LEI QUE TORNARA VIÁVEL A QUEBRA DO SIGILO, DADO QUE O INCISO XII DO ART. 5. NÃO RECEPCIONOU O ART. 57, II, E, DA LEI 4.117, DE 1962, A DIZER QUE NÃO CONSTITUI VIOLAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÃO O CONHECIMENTO DADO AO JUIZ COMPETENTE, MEDIANTE REQUISIÇÃO OU INTIMAÇÃO DESTE. E QUE A CONSTITUIÇÃO, NO INCISO XII DO ART. 5., SUBORDINA A RESSALVA A UMA ORDEM JUDICIAL, NAS HIPÓTESES E NA FORMA ESTABELECIDAS EM LEI. II. - NO CASO, A SENTENÇA OU O ACÓRDÃO IMPUGNADO NÃO SE BASEIA APENAS NA "DEGRAVAÇÃO" DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS, NÃO SENDO POSSÍVEL, EM SEDE DE "HABEAS CORPUS", DESCER AO EXAME DA PROVA. III. - H.C. INDEFERIDO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 69912 RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ. Brasília, 26 nov. 1993).

Ou seja, enquanto a matéria não fosse regulamentada pelo legislador ordinário, toda prova obtida por meio de escuta telefônica deveria ser considerada inconstitucional, ainda que com a autorização da justiça, ou seja, art. 57, II e letra "e" não foi recepcionado pela CRFB/88.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) durante algum tempo entendeu que era perfeitamente válida a interceptação feita com base neste dispositivo.

Com o surgimento da Constituição brasileira hodierna, o cenário jurídico pertinente à matéria teve que se adequar. Mudou-se sobremaneira o entendimento da doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, que assim dispôs:

Ainda antes da convocação da Assembleia Nacional Constituinte, em diversas ocasiões havíamos manifestado o entendimento em que se fazia imprescindível a intervenção do legislador brasileiro, para o adequado tratamento das interceptações telefônicas autorizadas, delineando, para tanto, as linhas mestras a serem observadas pela lei ordinária. Agora, aprovado o projeto de texto constitucional, o próprio mandamento da lei Maior obriga o legislador a disciplinar minuciosamente a matéria. (GRINOVER, 2010)

A preocupação em torno do tema, após a CRFB/88, era de “regulamentar” o inciso XII do artigo 5.º da Carta Magna brasileira, o que só ocorreu oito anos depois com o surgimento da Lei n.º 9.296, de 1996.

Em seus julgados, o STF, desde 1993, vinha afirmando a necessidade de lei ordinária conformadora de direito constitucional ao sigilo das comunicações telefônicas. (HC nº 69.912 do STF, anteriormente mencionado).

2.2.8 Conceitos e dispositivos constitucionais

A carta constitucional brasileira previu, em seu art. 5.º, inciso XII, o seguinte mandamento:

TÍTULO II
Dos Direitos e Garantias Fundamentais
CAPÍTULO I
DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996) (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 09 nov. 2015.).

Nesse contexto, para uma convivência pacífica e harmoniosa em sociedade, é necessária a imposição de limites e regras não havendo direitos

absolutos. No art. 5º, inciso, XII, a Constituição arrolou uma situação em que garantias poderiam ser relevadas, fazendo manifesta menção ao princípio da proporcionalidade. No mesmo sentido arrolou exceções nos casos de estado de defesa e estado de sítio:

TÍTULO V

Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas

CAPÍTULO I

DO ESTADO DE DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO

Seção I

DO ESTADO DE DEFESA

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

(...)

b) sigilo de correspondência;

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

Seção II

DO ESTADO DE SÍTIO

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

(...)

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

(BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Disponível

em:

<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

>. Acesso em: 09 nov. 2015.)

Na Enciclopédia e Dicionário Digital 98, 'interceptar' pode ter o sentido de interromper o curso, barrar o acesso ou a passagem, fazer parar, deter, ou, no sentido que é importante nesse trabalho, como verbo transitivo direto, captar ou apreender (aquilo que é dirigido a outrem) sem que disso se apercebam os que a emitem e recebem, ou, ainda, tornar impossível o funcionamento de ligação telefônica, linha telegráfica, comunicação, etc. (KOOGAN, André HOUAISS. Antonio (Ed.), Enciclopédia e Dicionário Digital 98. Direção geral de André Koogan Breikamam. São Paulo: Delta: Estadão, 1998, 5 CD-ROM).

2.3 Interceptação telefônica

Ao iniciar o estudo do tema em questão, Gomes e Cervíni (1997), fazem a análise dos conceitos elencados a seguir.

2.3.1 interceptação telefônica ou ambiental

Segundo esses renomados autores, a interceptação ambiental ou interceptação em sentido estrito é a captação da conversa entre dois ou mais interlocutores por um terceiro, ou seja, é a captação da conversa por um terceiro sem o conhecimento de qualquer um dos interlocutores.

Nesse sentido, decidiu:

"(...)1. A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.(...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 161053, Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Diário de Justiça. Brasília, 27 nov. 2012) (grifo nosso)

2.3.2 Escuta telefônica

É a captação da conversa com o consentimento de apenas um dos interlocutores, na obra em questão.

In verbis:

"(...) 2. A escuta é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro (...)" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 161053, Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Diário de Justiça. Brasília, 27 nov. 2012) (grifo nosso).

2.3.3 Gravação telefônica ou clandestina

É a gravação efetuada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, seguindo o raciocínio da leitura descrita anteriormente no item 2.3.2.

Para reforçar essa definição temos o *Habeas Corpus* nº 91613 MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe. Brasília, 14 set. 2012. STF: "(...) 2. Gravação clandestina (Gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro) (...)." (grifo nosso).

2.3.4 Escuta ambiental

Finalmente, escuta ambiental é a captação da conversa por um terceiro só que com o consentimento de um dos interlocutores. Posta a jurisprudência:

STJ - RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* RHC 31356 PI 2011/0225222-0 (STJ)
 Data de publicação: 24/03/2014
 Ementa: PROCESSUAL PENAL. ESCUTA AMBIENTAL. REALIZAÇÃO POR UM DOS INTERLOCUTORES. DESCONHECIMENTO DO OUTRO (ORA RECORRENTE). ILICITUDE. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE DO PEDIDO. PERDA DO OBJETO. 1. É pacífico, neste Superior Tribunal e no Pretório Excelso, que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, com o objetivo de preservar-se diante de atuação desvirtuada da legalidade, prescinde de autorização judicial. 2. Fica sem objeto o pedido de trancamento da ação penal diante da superveniente condenação da ré. Precedentes. 3. Recurso ordinário julgado prejudicado, em parte, e, no mais, não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 31356. Sexta Turma. Brasília, DF de 2014. Diário de Justiça Eletrônico - DJe. Brasília, 24 mar. 2014.) (grifo nosso).

A exposição de conceitos entre interceptação e escuta mostrando a distinção entre elas se faz necessária, visto que a Constituição proíbe expressamente a interceptação, só podendo ser realizada nos casos permitidos em lei. Portanto, são lícitas a gravação clandestina e as escutas telefônicas e escutas ambientais, pois não são proibidas expressamente.

Para Luiz Flávio Gomes, a natureza jurídica da norma insculpida no art. 5º, XII da Constituição Federal (CF) é de norma constitucional de eficácia limitada, pois necessita de lei complementando o dispositivo constitucional para ser aplicada ao caso concreto.

De 1988 até 1996 existiram muitas discussões em torno do tema interceptação telefônica por falta de lei regulamentando a norma constitucional. Em todo caso, em 1996 esse debate deixou de existir. Assim, em 24 de julho de 1996, houve a promulgação da Lei n.º 9.296, regulamentando o inciso XII, parte final do art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, sendo

possível de agora em diante a efetivação da interceptação telefônica. O repositório de jurisprudência é numerosa nessa acepção:

HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PAR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72588 PB, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 12 de janeiro de 1996. Repositório Oficial de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - RTJ STF. Brasília, 04 ago. 2000. v. 0199802, n. 00289) (grifo nosso).

2.3.5 A Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996

LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.

Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

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

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

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

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

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

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

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.

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

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

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

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

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

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

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

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

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

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

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art. 10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

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

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

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

(BRASIL. LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm> Acesso em: 09 nov. 2015).

A Lei supramencionada cuidou não só das comunicações telefônicas, mas igualmente da interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática (art. 1º, parágrafo único) que seria a comunicação de dados.

2.3.6 Comunicações em sistema de telemática e informática

Um conceito necessário para se explicitar o tema é o conceito de telemática. Para Raúl Cervini e Luiz Flávio Gomes, telemática é a ciência que estuda a comunicação associada à informática:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS CONCOMITANTE A RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. APREENSÃO DE COMPUTADOR. INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA. OFENSA AO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HOUE O EXAME DAS TESES DE DEFESA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP; Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. In casu, trata-se de impetração concomitante a recurso especial não admitido na origem. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. III - A obtenção de dados sigilosos mediante a apreensão da base física de computador, autorizado judicialmente, não ofende o art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, porquanto o sigilo a que se refere o aludido preceito constitucional é em relação à interceptação telemática propriamente dita, ou seja, "é da 'comunicação de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador" (RE 418416-8, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006). IV - Na linha dos precedentes desta eg. Corte Superior, "a omissão na sentença acerca da tese ventilada pela defesa, na fase de alegações finais, pode ser suprida em segunda instância, não havendo se falar em ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição" (HC 165.789/MG, Sexta Turma, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe de 17/8/2011). Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 283151 SP 2013/0390253-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 26/05/2015, T5 - QUINTA TURMA. Data de Publicação: DJe 24/06/2015) (grifo nosso).

Existe controvérsia acerca do artigo 1º, parágrafo único, da Lei 9.296, de 1996 questionando a sua constitucionalidade.

Minoritariamente Greco Filho (2015), afirma que o artigo 5º, XII da CF deve ser interpretado de maneira restritiva, portanto não se admite como espécies de comunicações telefônicas aquelas efetuadas por meios de sistemas de informáticas e telemática, indicando o dispositivo como inconstitucional.

Na linha majoritária da doutrina, Luiz Flávio Gomes citado por NUCCI (2009), afirma que:

(...) entendemos que o parágrafo único em questão é absolutamente legítimo, inquestionavelmente constitucional. Estão regidas pela Lei 9.296 tantos as comunicações telefônicas como as comunicações telemáticas (independentes de telefonia), seja no que pertine à possibilidade de restrição (interceptação mediante autorização judicial fundamentada e proporcionada – art. 1º, parágrafo único), seja no que concerne ao aspecto de 'garantia', de proteção da intimidade e do sigilo dessas comunicações (art. 10), configurando crime qualquer incursão abusiva na intimidade alheia. Pensar de modo diferente significa tratar o comunicador brasileiro como sujeito com menos direitos que o s comunicadores dos países europeus, que disciplinaram escorreitamente o assunto. (NUCCI, 2009, p. 761-762) (grifo nosso).

Para a posição majoritária na doutrina, dentre os quais, Antônio Scarance Fernandes, a expressão “comunicações telefônicas” estendem-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja a transferência de dados, como seria o caso de um *modem*.

O art.5º, XII da Constituição Federal (CF) quando diz “salvo, no último caso”, somente está inserida nesse contexto a interceptação telefônica em sentido estrito e a escuta telefônica, dependendo esses meios de obtenção de prova de autorização judicial, conforme a Lei nº 9.296, de 1996.

É importante frisar que mesmo a gravação não sendo protegida pela lei supramencionada, ela está protegida pelo direito à vida privada, à intimidade, à honra, direitos que estão insculpidos no art. 5º, X, da Carta Magna.

A gravação telefônica, na maioria das vezes, era considerada uma prova ilícita, pois violaria o direito à intimidade. No momento presente, uma gravação telefônica pode ser considerada uma prova permitida se ficar evidenciada uma legítima defesa ou quando houve justa causa. (GRECO FILHO, 2015)

2.3.7 Intercepção ambiental

A intercepção ambiental, segundo Luiz Flávio Gomes, é a captação da conversa entre dois ou mais interlocutores por um terceiro que esteja no local. Por sua vez, a escuta ambiental é a mesma captação, porém com o consentimento de um dos interlocutores.

A jurisprudência abaixo mencionada confirma:

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ELEITORAL INOMINADO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ART. 22 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE. REJEIÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL A PARTIR DA ÚLTIMA INTIMAÇÃO VÁLIDA. AGRAVO RETIDO. ILICITUDE DA PROVA COLIGIDA. INTERCEPÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA. NÃO COMPROVAÇÃO. PROVA LÍCITA. PRECEDENTES DO STF. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. MÉRITO. REUNIÃO. MEMBROS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE UNIÃO DOS PALMARES. REALIZAÇÃO DE FORMA ISOLADA E EM AMBIENTE PARTICULAR. DIÁLOGOS GRAVADOS EM MÍDIA. APOIO POLÍTICO. NÃO PARTICIPAÇÃO DOS RECORRIDOS. CONJUNTO PROBATÓRIO DESPROVIDO DE ELEMENTOS CONTUDENTES DO ABUSO DE PODER POLÍTICO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O representante da coligação recorrente foi intimado da sentença atacada em 15/10/2012. Nos termos do art. 258, do Código Eleitoral, o prazo para interposição do competente recurso é de 03 (três) dias, a contar da intimação do ato. Portanto, caberia à coligação recorrente à interposição do recurso até o final do expediente do dia 18/10/2012. Logo, conclui-se que o presente recurso, interposto no dia 16/10/2012, é tempestivo. 2. Os recorridos não comprovaram que a prova coligida aos autos (gravação em mídia da reunião realizada), de fato, trata-se de intercepção ambiental clandestina, eis que pode ter sido realizada por um interlocutor sem conhecimento dos demais, sendo, nessa hipótese, lícita, conforme entendimento pacífico do STF (Precedente: AI 560223 AgR - SÃO PAULO/SP, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 12/04/2011, Publicação DJE 079, de 29/04/2011, p. 97).(...) 4. O teor da gravação acostada aos autos revela que terceiros, não detentores de poder para garantir a permanência dos servidores municipais contratados, prontificaram-se a angariar votos para o candidato Manoel Gomes de Barros e para alguns candidatos ao cargo de vereador, motivados por sentimentos próprios e de forma autônoma, sem qualquer ingerência por parte dos recorridos. (...) (BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. Recurso Extraordinário nº 34265. Relator: Ivan Vasconcelos Brito Júnior. Alagoas, 18 de janeiro de 2012. Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral de Alagoas. Alagoas, 19 dez. 2012. v. 261, p. 7-8.)

Nesse seguimento:

Intercepção Ambiental

Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto por MUNDIE E ADVOGADOS, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso extraordinário, por ausência de violação de dispositivo constitucional. O agravante sustenta que, nos autos da ação de origem, o recorrido instruiu seu pedido de indenização por danos morais contra o recorrente com prova que considera ilegítima, obtida através de

escuta clandestina. A decisão recorrida indeferiu o pedido de desentranhamento desta prova, o que teria violado os artigos 5º, LVI, e 133, ambos da Constituição da República, especialmente em razão da garantia de inviolabilidade das atividades do advogado e do fato de a gravação ter sido realizada dentro do escritório de advocacia recorrente. Em suas contra-razões (fls. 711/713), o agravado alega que a prova foi lícitamente obtida, já que ele mesmo, na condição de advogado e sócio do escritório recorrente, era um dos interlocutores do diálogo, que envolvia sua demissão. É o relatório. Decido. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que “A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita” (RE 578.858-AgR, rel. min. ELLEN GRACIE). A decisão agravada tem justamente o mesmo teor: “a gravação clandestina realizada por um dos interlocutores, inexistindo obrigação de guardar segredo, não é prova ilícita, não se confundindo com interceptação telefônica. No caso, o fato de a conversa ter sido gravada no interior de escritório de advocacia não tem relevância, pois a conversa não tinha qualquer relação com o *múnus* advocatício, este sim protegido em seu sigilo. O diálogo, que foi juntado aos autos, refere-se apenas à demissão do recorrido pelos outros sócios do escritório recorrente. Assim, por não haver causa legal de sigilo, aplicam-se os precedentes do Supremo Tribunal Federal na matéria: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GRAVAÇÃO. CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. INEXISTÊNCIA DE CAUSA LEGAL DE SIGILO OU DE RESERVA DE CONVERSAÇÃO. LICITUDE DA PROVA. ART. 5º, XII e LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. (RE 578.858, rel. min. ELLEN GRACIE, DJ 28.8.2009)*GRAVAÇÃO DE CONVERSA. INICIATIVA DE UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE. PROVA CORROBORADA POR OUTRAS PRODUZIDAS EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. Gravação de conversa. A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa. Precedente: Inq 657, Carlos Velloso. Conteúdo da gravação confirmada em juízo.AGRRE improvido.*(RE 402.035-AgR, rel. min. ELLEN GRACIE, DJ 06.02.2004)*ACÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC.É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.*(RE 583.937-RG-QO, rel. min. CEZAR PELUSO, DJ 18.12.2009) Como se nota, o importante não é o lugar da gravação – no caso dos autos, escritório de advocacia -, mas o conteúdo da conversa gravada por um dos interlocutores – se protegido ou não por sigilo legal. Na hipótese, não se cuida de conversa sigilosa, atinente ao *múnus* público do advogado, nem sobre a qual o recorrido devesse guardar segredo, o que torna legítima a prova. Do exposto, nego seguimento ao recurso, por ser manifestamente improcedente, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (art. 38, Lei 8.038/90; art. 21, § 1º, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 25 de agosto de 2010.Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 560223. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 25 de janeiro de 2010. Diário de Justiça Eletrônico - Dje. Brasília, 27 ago. 2010.) (grifo nosso)

De acordo com Lei n.º 9.034, de 1995, em seu artigo 2º, IV, depende a interceptação ambiental de circunstanciada autorização judicial. Para alguns doutrinadores, como Luiz Flávio Gomes, a conversa à rua interceptada de forma ambiental seria válida desde que a conversa não fosse sigilosa. Podem-se mencionar casos concretos como encontros em *shopping* estabelecidos por traficantes; a conversa de Suzane Richthofen com o seu advogado divulgada pela Rede Globo de Televisão.

Nestes termos:

Advogado. Sigilo profissional/segredo (violação). Conversa privada entre advogado e cliente (gravação/impossibilidade). Prova (ilicitude/contaminação do todo). Exclusão dos autos (caso). Expressões injuriosas (emprego). Risca (determinação). 1. São invioláveis a intimidade, a vida privada e o sigilo das comunicações. Há normas constitucionais e normas infraconstitucionais que regem esses direitos. 2. Conversa pessoal e reservada entre advogado e cliente tem toda a proteção da lei, porquanto, entre outras reconhecidas garantias do advogado, está a inviolabilidade de suas comunicações. 3. Como estão proibidas de depor as pessoas que, em razão de profissão, devem guardar segredo, é inviolável a comunicação entre advogado e cliente. 4. Se há antinomia entre valor da liberdade e valor da segurança, a antinomia é solucionada a favor da liberdade. 5. É, portanto, ilícita a prova oriunda de conversa entre o advogado e o seu cliente. O processo não admite as provas obtidas por meios ilícitos. 6. **Na hipótese, conquanto tenha a paciente concordado em conceder a entrevista ao programa de televisão, a conversa que haveria de ser reservada entre ela e um de seus advogados foi captada clandestinamente.** Por revelar manifesta infração ética o ato de gravação – **em razão de ser a comunicação entre a pessoa e seu defensor resguardada pelo sigilo funcional** –, não poderia a fita ser juntada aos autos da ação penal. Afinal, a ilicitude presente em parte daquele registro alcança todo o conteúdo da fita, ainda que se admita tratar-se de entrevista voluntariamente gravada – a fruta ruim arruína o cesto. 7. A todos é assegurado, independentemente da natureza do crime, processo legítimo e legal, enfim, processo justo. 8. É defeso às partes e aos seus advogados empregar expressões injuriosas e, de igual forma, ao representante do Ministério Público. 9. Havendo o emprego de expressões injuriosas, cabe à autoridade judiciária mandar riscá-las. 10. Habeas corpus deferido para que seja desentranhada dos autos a prova ilícita. 11. Mandado expedido no sentido de que sejam riscadas as expressões injuriosas. (STJ, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 29/06/2006, T6 - SEXTA TURMA) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 59967, Sexta Turma. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 29 de janeiro de 2006. Diário de Justiça Eletrônico - DJe. Brasília.) (grifo nosso).

2.3.8 Sigilo de dados telefônicos

É importante não confundir a interceptação das comunicações telefônicas com a quebra do sigilo de dados telefônicos. A interceptação telefônica, que seria o

ouvir, refere-se a algo que está acontecendo. A quebra dos dados telefônicos, referindo-se às contas passadas, relaciona-se com as chamadas telefônicas já realizadas.

Nesse diapasão, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Sétima Turma, deliberou:

MANDADO DE SEGURANÇA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. SIGILO TELEFÔNICO. PEDIDO DE INFORMAÇÃO. CADASTRO DE USUÁRIO DE OPERADORA DE TELEFONIA MÓVEL. DELEGACIA DE POLÍCIA FEDERAL. INQUÉRITO. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DIREITO DE INTIMIDADE. NÃO-VIOLAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. 1. Havendo inquérito policial regularmente instaurado e existindo necessidade de acesso a dados cadastrais de cliente de operadora de telefonia móvel, sem qualquer indagação quanto ao teor das conversas, tal pedido prescinde de autorização judicial. 2. Há uma necessária distinção entre a interceptação (escuta) das comunicações telefônicas, inteiramente submetida ao princípio constitucional da reserva de jurisdição (CF, art. 5º, XII) de um lado, e o fornecimento dos dados (registros) telefônicos, de outro. 3. O art. 7º da Lei nº 9296/96 - regulamentadora do inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal - determina poder, a autoridade policial, para os procedimentos de interceptação de que trata, requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público. Se o ordenamento jurídico confere tal prerrogativa à autoridade policial, com muito mais razão, confere-a, também, em casos tais, onde pretenda-se, tão-somente informações acerca de dados cadastrais. 4. Não havendo violação ao direito de segredo das comunicações, inexistente direito líquido e certo a ser protegido, bem como não há qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade apontada como coatora. (TRF-4, Relator: NÉFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 07/06/2005, SÉTIMA TURMA) (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança - Ams nº 22811 RS 2004.71.00.022811-2, Sétima Turma. Relator: Relator Néfi Cordeiro. Diário de Justiça. Rio Grande do Sul.)

O Tribunal de Justiça de Goiás, da mesma forma, permitiu a quebra do sigilo de dados e telefônicos:

Publicado por Diário de Justiça do Estado de Goiás (extraído pelo JusBrasil) - 4 meses atrás Opor Welington Prudente de Melo. Intime-se o requerente, pessoal mente, e seus defensores, via diário da justiça. Notifique-se o ministério público. Junte-se copia desta decisão nos autos da Ação Penal correspondente. (protocolo n 01501995760). Apos a preclusão desta decisão, certifique-se nos autos e observando-se as cautelas de estilo, proceda-se ao desapensamento e arquivamento deste s autos. Hidrolândia, 25 de junho de 2015. Wilsianne Ferreira Novato juíza de direito. Nr. Protocolo: 224630-72.2015.8.09.0071 Autos nr: 560. Natureza: representação para quebra de sigilo requerente : DPC Despacho : Protocolo: 201502246303 acusado: delegacia de policia civil natureza: representação crime e fazendas publicas - d e c i s a o - trata-se de representação formulado pelo delegado de policia do estado de Goiás, bel. Samuel Pereira Moura, designado para esta comarca de Hidrolândia-GO, que investiga crime de roubo qualificado, com fundamento no artigo 5, inciso XII, da Constituição Federal c /c artigos 1 e seguintes da lei 9.296/96.

O presente caso versa sobre a investigação de crime de roubo na empresa WA carnes, vez que os acusados abordaram as vítimas e adentraram para o estabelecimento comercial das vítimas, tendo subtraídos celulares de alto valor e uma quantia elevada de dinheiro. Dispõe ainda a inicial que o celular objeto da quebra de sigilo com interceptação dos telefones pertencentes as vítimas, vez que estes são de elevado valor e poderão ser utilizados pelos meliantes. Instado a se manifestar, o ministério público exarou parecer, opinando pelo deferimento da medida pleiteada. (fls. 07/08). Sucinto relato. Decido. Os pedidos formulados na representação merecem ser acolhidos, pois vi gora no sistema processual penal brasileiro o principio da busca da verdade real, um de seus pilares de sustentação e não viola o direito a intimidade, pois, o sigilo pode ser quebrado e a interceptação telefônica pode ser realizada quando necessário para investigação crimes, nos limites da investigação. No caso, dos autos, tenho que e perfeitamente possível, pois o que pretende a autoridade policial é, exatamente, elucidar a autoria de um delito ocorrido na circunscrição judiciária desta comarca. Nesta senda, compulsando os autos observa-se que a autoridade policial representa pela interceptação telefônica e quebra do sigilo dos dados dos referidos números telefônicos, pelo período de 15 (quinze) dias contados da prolação desta decisão. Segue os IMEI's a serem interceptados e objeto da quebra de sigilo dos dados: IMEI's: 1. 356512062 097849 2. 356986069633824 diante dos fatos trazidos a este juízo, tenho por bem em deferir, todos os pedidos formulados pela autoridade subscritora do pedido de fls. 02/03. Outrossim, decreto a quebra de sigilo telefônico e interceptação telefônica referente a os IMEI's acima descritos, nos seguintes termos: 1. Em caso de troca de chip, seja efetuada a interceptação do aparelho através do seu respectivo e ultimo IMEI, dentro do período de interceptação autorizado, devendo a ainda a operadora informar o numero (s) do (s) IMEI (s) interceptado; 2. Que os históricos de chamadas durante todo o período de interceptação sejam enviados ao final desta operação, a gerência de operações de inteligência da policia civil. Em arquivo Excel (xls), via o e-mail: goidaapc@gmail.com, ou ainda em mídia para o endereço na avenida anhanguera, n 7364, setor aeroviário, Goiânia-GO, CEP. 74535-010; 3. Que sejam fornecidos os dados cadastrais, histórico de chamadas e localização de ERB em tempo real das linhas/ IMEI interceptados, bem como, dos assinantes que mantiverem contato ou forem citados em conversação com o alvo informado quando realizadas as programações das ERBS em tempo. (GOIÁS, Diário de Justiça do Estado do. Representação para quebra de sigilo. 2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/94890384/djgo-secao-iii-01-07-2015-pg-1445>>. Acesso em: 15 nov. 2015.) (grifo nosso).

2.3.9 Requisitos da Lei n.º 9.296, de 1996 para a quebra do sigilo telefônico

De acordo com a Lei n.º 9.296, de 1996, são requisitos para a quebra do sigilo telefônico:

a) Ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal – art.1º Lei n.º 9.296, de 1996;

Nesse requisito é mister ressaltar que mesmo no caso de uma posterior declinação de competência da justiça federal para a justiça estadual, os atos probatórios continuam sendo válidos, isto é, só recai sobre atos decisórios.

b) Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;

Nucci (2009), afirma que não se poderia começar uma investigação com a interceptação telefônica, pois esse meio de colheita de provas é subsidiário.

c) Que a infração penal seja punida com pena de reclusão. Art.2º da Lei n.º 9.296, de 1996;

No requisito supramencionado, se no curso da interceptação surgir elementos de provas referentes a outros delitos (delito com pena de detenção, ou até mesmo delito praticado por outra pessoa), a doutrina capitaneada por Luiz Flávio Gomes e Antônio Scarance Fernandes chamam essa situação de teoria do encontro fortuito de provas, que ocorre quando o crime que surgiu for conexo àquele investigado, não tendo problema algum a interceptação telefônica do mesmo.

Certifica essa questão, as seguintes jurisprudências do STJ e do STF:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. FALTA DE CABIMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CRIME APENÁVEL COM DETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ILICITUDE DA PROVA POR DERIVAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a impetração de habeas corpus originário como substitutivo do recurso previsto no art. 105, II, a, da Constituição. 2. Inadmissível a interceptação de comunicações telefônicas quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Contudo, é possível se autorizar a quebra do sigilo para apurar crime punível com detenção desde que conexo com outros delitos puníveis com reclusão. Precedente. 3. No caso, no curso da escuta telefônica deferida para a apuração de delito punível exclusivamente com detenção, não foram descobertos outros crimes conexos com ele. Passados quase dois anos, é que se aventou a possibilidade da existência de uma organização criminosa liderada pelo então investigado. 4. As degravações da prova originalmente ilícita não servem de base à decisão de nova quebra de sigilo das comunicações telefônicas. Toda prova daí decorrente está contaminada pela ilegalidade. 5. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, para declarar nulas as interceptações telefônicas decretadas em 10/7/2008, inclusive as prorrogações, bem como para determinar a exclusão de todo material gravado dos autos do Procedimento Investigatório n. 020/2.08.0001313-7, cabendo ao Juiz de primeiro grau verificar se as demais provas produzidas estão ou não contaminadas.(STJ - HC: 186118 RS 2010/0176160-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 05/06/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/10/2014) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 186118, Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 05 de janeiro de 2014. Diário de Justiça Eletrônico - DJe. Brasília, 29 out. 2014.) (grifo nosso).

O Tribunal Pleno do STF assentou o entendimento da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. **APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO.** 1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96. 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). 4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. **5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção.** Habeas corpus indeferido. (STF - HC: 83515 RS, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 16/09/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-03-2005 PP-00011 EMENT VOL-02182-03 PP-00401 RTJ VOL-00193-02 PP-00609) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83515, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 16 de janeiro de 2004. Diário de Justiça. Brasília, 04 mar. 2005. v. 02182, n. 03.) (grifo nosso).

Em delitos praticados por pessoas diversas, entende-se que se essa infração estiver relacionada à prova colhida por meio da interceptação telefônica, deve ser essa prova colhida como *notitia criminis*, ou seja, esta prova continua válida e sendo usada como comunicação à autoridade policial para a abertura de um inquérito destinado à apuração desses novos delitos.

Um dos problemas atuais trazidos pela Lei n.º 9.296, de 1996 é a do crime de ameaça. Neste crime, previsto no artigo 147 do Código Penal Brasileiro, não cabe interceptação telefônica como meio de prova, porque a ameaça é punida com pena de detenção e a lei que permite a interceptação telefônica só é permitida em crimes apenados com reclusão. Se ocorrer uma ameaça de morte de forma

veemente pode-se buscar uma interceptação telefônica para um eventual crime de homicídio, mas acaba por extrapolar os limites da lei em questão.

Nucci (2009), ensina que:

(...) essa foi uma limitação ilógica. Não se permite a interceptação telefônica quando o crime for apenado com detenção. A doutrina brasileira, em várias situações, critica tal cerceamento, inclusive apontando um dos delitos em que a utilização do telefone é bastante comum, sendo apenado com detenção, que é a ameaça. A jurisprudência, no entanto, tem procurado amenizar tal postura legal, afirmando que as infrações penais apenadas com detenção comportam interceptação, desde que conexas aos crimes cuja pena seja de reclusão. (...) (NUCCI, 2009, p. 763) (grifo nosso)

d) Que não exista outro meio de produzir a prova. Art.2º, II da Lei n.º 9296, de 1996;

Nesse requisito existe uma clara manifestação do princípio da proporcionalidade. Este princípio é composto pelo trinômio: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação consiste na restrição imposta pela lei tida como adequada apenas se for apta a realizar o fim por ela visado. No caso da Infração de Menor Potencial Ofensivo (IMPO), de competência Juizados Especiais Criminais (JECRIM), *verbi gratia*, é pacífica a possibilidade de cabimento de suspensão condicional do processo ou transação penal. Para a decretação da prisão preventiva em crimes não pertencentes ao JECRIM, a possibilidade é com base na garantia da aplicação da lei penal.

A necessidade resume-se na restrição que deve ser a causadora de menos prejuízo ao réu. Deve-se fazer a seguinte pergunta: existe outra medida menos gravosa apta a alcançar o mesmo objetivo? Pois a ideia de direito penal é a de *ultima ratio*, ou seja, o direito penal deve ser aplicado subsidiariamente - princípio da subsidiariedade, assim como a interceptação telefônica deve ser empregada acessoriamente.

O subitem proporcionalidade em sentido estrito deve ser entendido como aquele que leva a predominar o valor de maior relevância. O princípio da ponderação dos bens está intimamente vinculado a esse assunto.

e) deve ter por finalidade instruir investigação policial ou processo criminal.

Esse requisito está contido no artigo 5º, XII da CF e também é repetido na Lei n.º 9.296, de 1996. Outro questionamento não menos importante seria indagar a

possibilidade de usar-se a interceptação telefônica em um processo civil. Nesse sentido, o exemplo fornecido pela doutrina seria o da mulher vítima de uma ameaça, que posteriormente é vítima de homicídio. Nesse caso existe a autorização da interceptação telefônica. A possibilidade de utilizar-se a interceptação telefônica como meio de prova para uma futura separação de casal só é permitida se houver, primeiramente, um crime para depois ir ao tribunal cível. Neste caso a prova é emprestada e o réu deve ter a oportunidade do contraditório em ambos os processos.

2.3.10 Procedimento para interceptação telefônica – art.3º Lei n.º 9.296, de 1996

Conforme o artigo 3º, o juiz, de ofício pode determinar a interceptação das comunicações telefônicas. Alguns autores entendem que só pode esta Interceptação Telefônica de ofício pelo juiz durante a instrução processual, já que se existisse uma interceptação de ofício na fase do inquérito policial, voltar-se-ia a figura do juiz inquisidor.

O artigo 7º, Lei n.º 9.296, de 1996 autoriza requisitar serviços de interceptação telefônica.

O sujeito passivo da interceptação telefônica é o interlocutor e não o titular da linha telefônica. Portanto, pode-se determinar a interceptação da linha de telefone público ou particular. (NUCCI, 2009)

Em conversa de advogado e cliente não pode ocorrer interceptação telefônica válida. Esta prova não é permitida. A comunicação telefônica entre advogado e cliente é sigilosa e a sua utilização ocasiona a ilicitude da prova colhida, de acordo com jurisprudência já mencionada.

O prazo da interceptação telefônica de acordo com a Lei n.º 9.296, de 1996 é de quinze dias. De acordo com o art. 5º da citada lei é possível a renovação do pedido desse meio de prova por várias vezes enquanto for necessária ao esclarecimento do crime.

2.3.11 O Deferimento da interceptação telefônica é realizado *inaudita altera pars*

Esta prova colhida por intermédio da interceptação telefônica não está ferindo o princípio do contraditório, porque esse princípio fica diferido como a perícia realizada na fase policial.

No indeferimento do pedido de interceptação telefônica cabe o remédio constitucional chamado mandado de segurança. Uma exigência para se utilizar do mandado de segurança é a existência de direito líquido e certo, que no caso em questão seria o direito de produzir provas, pois o sistema acusatório penal brasileiro, pelo disposto no artigo 129, inciso I da CF, atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal. Segundo Ada Pellegrini Grinover, o desdobramento lógico do direito de ação é o direito de produzir provas, portanto este é um consectário do direito de ação.

Pelo artigo 9º da mencionada Lei nº 9.296, de 1996, as gravações que não interessarem serão destruídas.

O art.10 ainda indica como crimes “quebrar segredo da justiça” e a interceptação clandestina.

O STF entende que quando há um pedido de renovação da interceptação não se deve degravar tudo, porque isso inviabilizaria este meio de prova. No momento da renovação da gravação não é necessária a transcrição de todas as conversas, ou seja, é importante somente transcrever as partes que interessam. A autoridade policial deve fazer um relatório e transcrever os trechos importantes. Não é necessária que a transcrição seja feita por peritos, podendo ser feita por qualquer pessoa.

No caso de necessidade de comprovação da autenticidade de voz é fundamental a realização do exame pericial para comprová-la sendo que o acusado não é obrigado a fornecer sua voz.

2.4 Direito militar

2.4.1 Inquérito Policial Militar

Para a monografia apresentada, a Lei 9.296/96 só permite a interceptação telefônica e outros meios de obtenção de prova aos crimes apenados com reclusão. Portanto, o trabalho elaborado indica a importância de explicar o instrumento do Inquérito Policial Militar, a Polícia Judiciária Militar e os Crimes Militares, devido serem estes os meios que a legislação e o sistema penal militar brasileiro utilizam-se para apurar crimes militares, e mais especificamente, os crimes militares nos quais é imposta a pena de reclusão.

A hipótese elaborada no presente trabalho questiona a viabilidade da colheita de prova por intermédio da interceptação telefônica pela PMDF. Demonstra-se neste trabalho, que através do Inquérito Policial Militar (IPM), realizado pelo encarregado, é possível o encaminhamento de uma representação solicitando interceptação telefônica. Esse pedido é feito ao juiz, caso seja demonstrada a necessidade desse instrumento probatório. (NUCCI, 2009)

O IPM, segundo NUCCI (2013), é um procedimento administrativo produzido pela polícia judiciária militar e preparatório da ação penal conduzida pelo ministério público. Seu objetivo está em apanhar previamente provas que conduzam ao resultado da autoria e da prática da infração penal militar.

Nesse ínterim:

Segunda Câmara Cível Apelação Cível nº. 024.080.299.480 Recorrente: Elson de Oliveira Recorrido: Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo. Relator: Desembargador Namy Carlos de Souza Filho. ACÓRDÃO EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR. VALIDADE, PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA EM INQUÉRITO POLICIAL. LICITUDE DA PROVA. APURAÇÃO DE CONDUTA INCOMPATÍVEL COM A DISCIPLINA E O PUNTOR POLICIAL MILITAR. DECISÃO FINAL DIVERGENTE DO PARECER EMITIDO PELO CONSELHO DE DISCIPLINA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE EXPULSAO DOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR. I - A alegação de que existiram dois Procedimentos Administrativos Disciplinares para a apuração das mesmas faltas, além de não ter sido definitivamente demonstrada nos autos, não enseja a nulidade do segundo procedimento, porquanto sua instauração haveria que se fundar na possibilidade de que dispõe a Administração Pública de revisão de seus próprios atos, mormente em se considerando a superveniência de novos elementos probatórios. II - Consoante jurisprudência firme no Excelso Superior Tribunal de

Justiça, é válida a utilização de informações colhidas em Interceptação telefônica, lícitamente autorizada em Inquérito Policial, como elemento de prova em Processo Administrativo Disciplinar. III - Não se vislumbra qualquer vício na instauração de Sindicância para a apuração de suposta falta disciplinar constatada em interceptação telefônica, mormente tendo em vista a iniciativa do próprio Juízo penal em remeter os dados à Administração da Polícia Militar para apuração de responsabilidade disciplinar. Ao contrário, diante de tais circunstâncias, haveria ilegalidade caso a Corporação se negasse à investigação dos fatos constatados, por violação à moralidade administrativa e à honra militar. IV - Em Processo Administrativo Disciplinar inaugurado no âmbito da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo, a prolação de Decisão final compete ao Comandante Geral da Corporação, após receber os autos do Conselho de Disciplina, órgão responsável pela condução dos atos processuais, consoante preceitua o artigo 13, da Lei Estadual nº 3.206/78. V - Verificada a legalidade da utilização da prova colhida em Inquérito Policial no Processo Administrativo Disciplinar, e considerando que as informações obtidas nas gravações telefônicas foram conciliadas com depoimentos pessoais e testemunhais prestados em inteiro respeito ao contraditório e a ampla defesa, não há que se falar em insuficiência de provas, nem mesmo em nulidade da Decisão proferida pela Autoridade Coatora. VI. Recurso conhecido e improvido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, por unanimidade dos votos, conhecer e negar provimento ao recurso. Vitória, 21 de setembro de 2010. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DESEMBARGADOR RELATOR PROCURADOR DE JUSTIÇA (TJES, Classe: Apelação Cível, 24080299480, Relator: NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 21/09/2010, Data da Publicação no Diário: 11/11/2010) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível nº 24080299480, Segunda Câmara Cível. Relator: Relator Namy Carlos de Souza Filho. Diário de Justiça. Espírito Santo, 11 nov. 2010.) (grifo nosso).

Tornagui, citado por NUCCI (2013) em seu Código Penal Comentado, pp. 43 e 44, fornece o conceito ampliativo de inquérito policial, dizendo que:

(...) o processo, como procedimento, inclui também o inquérito. Não há erro, como por vezes se afirma, em chamar processo ao inquérito. Deve subtender-se que a palavra não está usada para significar relação processual, a qual, em regra, se inicia pela acuação (Compêndio de processo penal, t. I, p. 39)

Nesse sentido, o IPM é a ferramenta usada pela Polícia Judiciária Militar na fase administrativa para deliberar se um determinado fato será levado ao conhecimento do Ministério Público Militar como crime militar.

Segundo o renomado autor Mirabete (2007), o IPM instrui de maneira informativa, preparatória e provisória colhendo componentes para uma futura instrução na justiça militar. Nesse diapasão, ele ainda afirma que o inquérito se forma com uma junção de providências policiais tendo por finalidade a busca de material relevante à descoberta da autoria e da prática do crime militar.

Finalmente, para Ferreira (1996), um crime estabelecido em lei para ser considerado no mundo jurídico, precisa ter provas geradas na investigação e um verossímil levantamento a respeito de possíveis cúmplices e autores possibilitando a propositura da ação penal. Ele conceitua IPM como investigação preponderante destinada a justificar o cumprimento ou descumprimento de uma norma legal.

O Código de Processo Penal Militar (CPPM) tem nos Artigos 9º ao 28, o embasamento do IPM. O *caput* do artigo 9º indica a definição legal de Inquérito Policial Militar:

Art. 9º O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal. (BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm> Acesso em: 09 nov. 2015).

Finalmente, o preceito legal supramencionado indica ao Ministério Público Militar (MPM), o *dominus litis* da ação penal militar, os elementos suficientes para a proposição de ação penal delimitando o IPM como mecanismo hábil para apurar a materialidade e autoria de uma infração penal militar (SILVA, 2010).

Na sequência, a gestão das Instituições Militares nos Estados é inerente a cada localidade, interferindo diretamente nas determinações pertinentes à atividade da Polícia Judiciária Militar (PJM).

Em conformidade com a Portaria Nº 552, de 02 DE MARÇO DE 2007 e com fundamento no CPPM, artigo 7º, alínea “a” e §1º, O Comandante Geral da Polícia Militar do Distrito Federal – PMDF, investe à Corregedoria da Instituição através do Departamento de Correição e Controle (DCC), da atividade de Polícia Judiciária Militar.

Nesse sentido, o CPPM dispõe:

TÍTULO II
CAPÍTULO ÚNICO
DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

Exercício da polícia judiciária militar

Art. 7º A polícia judiciária militar é exercida nos termos do art. 8º, pelas seguintes autoridades, conforme as respectivas jurisdições:

a) pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em todo o território nacional e fora dele, em relação às forças e órgãos que constituem seus Ministérios, bem como a militares que, neste caráter, desempenhem missão oficial, permanente ou transitória, em país estrangeiro;

(...)

Delegação do exercício

§ 1º Obedecidas as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, as atribuições enumeradas neste artigo poderão ser delegadas a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado. (BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm> Acesso em: 09 nov. 2015).

Em consonância com a legislação acima mencionada, a Portaria 552 afirma que:

O COMANDANTE-GERAL DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL no uso de suas atribuições legais que confere o Art. 13, itens 3, 14 e 15 do Decreto GDF n.º 4.284, de 04 de agosto de 1978 que regula a Lei n.º 6.450 de 14 de outubro de 1997 e no art. 7º, alínea "a" e seu § 1º do Decreto-Lei 1002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar;

Considerando as atribuições da Corregedoria da Polícia Militar estabelecidas por meio do Art. 3º do Decreto GDF n.º 17.725, de 1º de outubro de 1996;

Considerando o posicionamento favorável da Promotoria de Justiça Militar do Distrito Federal; e

Considerando o princípio da razoabilidade e da celeridade que norteiam as atividades da administração pública.

Art. 1º - **Delegar competência ao Corregedor-Geral**, nos termos **do art. 7º alínea "a" e seu § 1º do Decreto-Lei 1002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar** para que exerça **as atribuições de polícia judiciária militar** previstas no art. 8º, alíneas "a", "b", "c", "d", "e", "f" e "g", do mesmo diploma legal, com **o objetivo de instaurar, homologar e solucionar Inquérito Policial Militar no âmbito da Corporação, (grifos acrescidos)** (BRASIL. PORTARIA PMDF Nº 552/2007. Disponível em: <<https://intranet.pmdf.df.gov.br>>. Acesso em: 09 nov.2015). (grifos acrescidos)

Os encarregados do IPM são oficiais da ativa investidos pelas autoridades previstas no CPPM, artigo 7º, para chefiar o IPM segundo o §1º desse mesmo artigo e já mencionado nesse trabalho.

Existem algumas condições previstas no CPPM, artigo 15, para que um encarregado seja designado para o IPM. Mas nos casos indicados afirma-se que 'sempre que possível' seja oficial intermediário em casos que não atentem contra a segurança nacional. Conforme esse artigo, "..., oficial de posto não inferior ao de capitão...; e, em se tratando de infração penal contra a segurança nacional, sê-lo-á,..., oficial superior, atendida, em cada caso, a sua hierarquia, se oficial o indiciado."

Existem dois trâmites na PMDF para se investigar infrações cometidas por policiais militares que se sujeitam ao IPM. Em um primeiro momento, é atribuída aos

Comandantes das Unidades Policiais Militares (UPM), a instauração do procedimento. Ao final do IPM, o dirigente da UPM da PMDF encaminha o procedimento à Corregedoria, promovendo a sua correição e controle, para em seguida remeter à Auditoria Militar. Mas, incumbe-se também ao DCC abrir procedimento apuratório mediante IPM a todo policial que a tiver infringido a legislação castrense, não invalidando a atribuição dos Comandantes de UPM, de acordo com o artigo 7º, alínea “h” do CPPM abaixo mencionado:

LIVRO I

(...)

TÍTULO II

CAPÍTULO ÚNICO

DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

Art. 7º A polícia judiciária militar é exercida nos termos do art. 8º, pelas seguintes autoridades, conforme as respectivas jurisdições:

(...)

h) pelos comandantes de forças, unidades ou navios; (grifos acrescentados)
 (BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm> Acesso em: 09 nov. 2015). (grifo nosso)

Faz-se necessário indicar a sistematização da PMDF daqueles que são legítimos a produzir o IPM. Essa graduação existe na maioria das corporações policiais militares brasileiras. Os oficiais superiores são Coronel - Cel., Tenente-Coronel – TC e Major – Maj.. O oficial intermediário é o Capitão – Cap., sendo por último, os oficiais subalternos compostos dos primeiros e segundos Tenentes (SILVA, 2010).

Nesse contexto, a PJM é aquela investida em conduzir a solução para os crimes militares elencados na legislação militar através de um rol sistematizado de ações a serem cumpridas, de acordo com o artigo 8º do CPPM. As autoridades incumbidas a esclarecer os crimes militares mediante IPM estão enumeradas no artigo 7º do CPPM.

2.4.2 Polícia Judiciária

A Portaria PMDF nº 484, de 12 de dezembro de 2005, faz um paralelismo entre as nomenclaturas utilizadas no Regulamento Disciplinar do Exército (RDE) e as adotadas pela Polícia Militar Distrital. O artigo 4º dessa Portaria assinala que:

Art. 4º Para efeito de aplicação do RDE passam os termos a seguir a representar as respectivas equivalências:

- 1) União – União e Distrito Federal;
 - 2) Forças Armadas – Polícia Militar do Distrito Federal;
 - 3) Exército Brasileiro – Polícia Militar do Distrito Federal;
 - 4) Comandante do Exército – Comandante-Geral da PMDF;
 - 5) Chefe do Estado Maior do Exército – Chefe do Estado Maior da PMDF;
 - 6) Estatuto dos Militares – Estatuto dos Policiais Militares da PMDF;
 - 7) Organização Militar (OM) – Organização Policial Militar (OPM);
 - 8) Órgãos de Direção Setorial do Exército – Diretorias da PMDF;
 - 9) Órgãos de Assessoramento - Centro de Inteligência (CI), Gabinete do Comandante Geral (GCG), Corregedoria da Polícia Militar (CPM);
 - 10) Comandantes Militares de Área - Comandantes do CPRL, CPRM, CPRO e CP Esp;
 - 11) Oficiais Gerais – Oficiais Coronéis;
 - 12) Comandantes de OM – Comandantes de OPM cujo cargo seja privativo de TC ou MAJ;
 - 13) Comandantes de Subunidades de OM – Comandantes de Subunidades de UPM;
 - 14) Comandantes de elementos destacados com efetivo menor que Subunidade de OM – Comandantes de elementos destacados com efetivo menor que Subunidade de UPM;
- (BRASIL.PORTARIA PMDF Nº 552/2007.Disponível em: <<https://intranet.pmdf.df.gov.br>>. Acesso em: 09 nov.2015).

Desse modo, quando o CPPM, em seu artigo 7º, informa quais são as autoridades encarregadas da instauração do IPM no âmbito das Forças Armadas, essa referência equivalente na PMDF está ilustrada na Portaria Nº 484. Então, O Chefe do Estado Maior da PMDF equivale ao cargo de Chefe do Estado Maior do Exército, ressalvadas as singularidades de cada corporação.

A Polícia Judiciária Militar (PJM) auxilia a Justiça Militar na resolução dos crimes militares. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no §4º do artigo 144, enuncia que é confiada às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia, a apuração de infrações penais, exceto as infrações militares.

Assis (2004), entende que diante dessa norma da Carta Magna brasileira hodierna estão subentendidas as atribuições da PJM em *perscrutar crimes militares*. Portanto, a outorga de ações policiais em crimes militares está relacionada no âmbito federal às Forças Armadas. Já no Distrito Federal e Estados da Federação, essa apreciação é executada pelo Corpo de Bombeiro dos Estados e das Polícias Militares. (ROSA, 2012).

A jurisprudência para orientar o assunto preceitua

HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE ATOS PRATICADOS NO IPM. INVERSÃO DA OITIVA DO OFENDIDO E DO INDICIADO. ATOS DISCRICIONÁRIOS PRATICADOS PELO ENCARREGADO DO IPM. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELA PGJM. REJEIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE NA FASE INQUISITORIAL. HABEAS CORPUS DENEGADO I - Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do habeas corpus, tendo em vista que a alínea i do art. 467 do CPPM preconiza o cabimento do referido remédio jurídico na situação em que se alega, em tese, a existência de constrangimento ilegal "quando o processo estiver evidentemente nulo". II - Não há falar em constrangimento ilegal por parte da autoridade apontada como coatora, considerando que o encarregado do IPM não está adstrito ao cumprimento cronológico dos atos elencados no art. 13 do CPPM. Ao contrário, na fase inquisitiva, o encarregado do inquérito detém uma parcela de discricionariedade na condução das investigações, não significando violação do devido processo legal a oitiva antecipada do indiciado, ou seja, antes do colhimento das declarações do ofendido (alíneas b e c do referido dispositivo legal). Ademais, é pacífico no âmbito da jurisprudência dos tribunais que eventuais vícios no inquérito policial não têm o condão de alcançar a ação penal. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Decisão unânime. Ordem de habeas corpus denegada. Decisão unânime. (STM - HC: 00001948520157000000 SP, Relator: José Coêlho Ferreira, Data de Julgamento: 15/10/2015, Data de Publicação: Data da Publicação: 04/11/2015 Vol. Veículo DJE) (BRASIL. Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 00001948520157000000 SP. Relator: Relator José Coelho Ferreira. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2015. Diário de Justiça Eletrônico - Dje. Brasília, 04 nov. 2015.) (grifo nosso)

A descrição de direito processual penal militar é a composição de normas e princípios que estatuem o cumprimento jurisdicional do direito penal militar, permitindo o exercício da PJM, como o artigo 8º do CPPM assim dispõe. (ASSIS, 2014).

No mesmo sentido, o artigo 6º do CPPM demonstra a utilização das Polícias Judiciárias Militares Estaduais e Justiças Militares dos Estados, nos preceitos do CPPM:

TÍTULO I
CAPÍTULO ÚNICO
DA LEI DE PROCESSO PENAL MILITAR E DA SUA APLICAÇÃO
(...)

Art. 6º - Obedecerão às normas processuais previstas neste Código, no que forem aplicáveis, salvo quanto à organização de Justiça, aos recursos e à execução de sentença, os processos da Justiça Militar Estadual, nos crimes previstos na Lei Penal Militar a que responderem os oficiais e praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares. (BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm > Acesso em: 09 nov. 2015).

Na CRFB/88, a competência da Justiça Militar dos Estados vem indicada no §4º, artigo 125:

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (BRASIL. Constituição da República do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em: 09 nov. 2015). (grifos acrescentados)

Nesta ocasião, ainda no contexto federal, o artigo 124 da Carta Magna atual determina a competência da Justiça Militar “À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”. Na exposição dos artigos 122, 123, 124 e 125 e §§ 3º ao 5º, todos da CRFB/88, há a exibição da origem jurídica e constitucional da Justiça Militar, alcançando a Polícia Judiciária Militar por ser implantada justamente para alicerçar as ações penais que porventura ingressem no sistema judiciário penal brasileiro.

Destarte, demonstra-se que a averiguação de delitos penais militares no âmbito administrativo é da PJM e o julgamento desses crimes é realizado pela Justiça Militar. A Polícia Militar, Bombeiros e Forças Armadas são os órgãos designados pela legislação a produzir a apuração das infrações porventura praticadas.

Torna-se importante descrever alguns pontos relevantes sobre a Polícia Judiciária Comum, já que a Lei 9.296/96, que regula as interceptações telefônicas no Brasil abrange a polícia federal, civil e polícia militar.

O poder de polícia pode ser definido como uma reunião de prerrogativas da Administração inerentes à contenção das liberdades e direitos das pessoas jurídicas ou naturais, baseados nas convicções do Bem Comum. (LAZZARINI, 1999).

MARINELA, 2010, citada por Lazzarini, certifica que é da polícia administrativa a responsabilidade preventiva em paralisar ou obstar práticas antissociais que recaem sobre atividades ou garantias dos particulares. A Polícia Militar encaixa-se nesse contexto por ter a atribuição de ostensividade e de preservação da ordem pública. Nesse tema Lazzarini conclui que o poder de polícia possui dois representantes na polícia brasileira, a judiciária e a administrativa.

Um das características da polícia judiciária para Mirabete (2007), e para a maioria da doutrina, é a atuação policial decorrente de um ato criminoso já realizado, tornando repressiva a medida e promovendo a junção de material que permita o embasamento de futura ação penal.

Por consequência, através a apuração de fatos as corporações que detêm a função de Polícia Judiciária são as Polícias Cíveis e Federais. Essas instituições policiais têm a incumbência de descobrir a responsabilidade por crimes praticados, ressalvados os crimes militares, permitindo ao *Parquet*, elementos que possibilitam cancelar a ação penal. (SILVA, 1993).

O Código de Processo Penal (CPP), em seu artigo 4º ratifica os Delegados de Polícia como dirigente da polícia judiciária:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. (BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 09 nov. 2015). (grifos acrescentados)

Assim como os encarregados da Polícia Judiciária Militar, os delegados de polícia possuem o Auto de Prisão em Flagrante (APF) e o Inquérito Policial (IP) como mecanismo de junção de provas para autenticar a materialidade do delito e sua autoria viabilizando material para impelir o Promotor de Justiça desencadear a ação penal. (TÁVORA, 2009).

2.4.3 Crimes militares

Loureiro Neto, 2010 assegura que mesmo se tratando de uma das áreas mais remotas do direito, o conceito de crime militar não foi definido pela CRFB/88, pelo CPPM e muito menos pelo CPM.

Inicialmente a divisão era feita através de duas naturezas distintas: em razão da pessoa (*ratione personae*) e em razão da matéria (*ratione materiae*). Na divisão em razão da pessoa não se consideram o lugar, o tempo do crime, o elemento da proteção penal e o sujeito passivo. Nessa espécie, “o sujeito ativo é sempre militar”. (LOBÃO, 1999)

Em razão da matéria, dois requisitos são imprescindíveis: o crime militar deve por alguma razão ou por sua natureza ser especial e o indivíduo ser militar (BANDEIRA, 1919). A *posteriori*, surgiram novos parâmetros, como em razão do tempo (*ratione temporis*) e em razão do local (*ratione loci*). Loureiro Neto (2010), assevera que a categorização de delito militar é determinada por aqueles delitos cometidos em ocasiões incomuns ou realizados em locais submetidos à alçada castrense.

Com demasiada dificuldade em estabelecer um conceito razoável para crime militar (CALDERÓN, 1944), surgiu o conceito em razão da lei (*ratione legis*), com o propósito de delimitar na legislação os conceitos elucidados de crime militar. (LOUREIRO NETO, 2010).

Nesse sentido, Romeiro (1994), fundamentado na classificação da *ratione legis*, posiciona-se afirmando que o que define crime militar é a lei. Essa é a posição majoritária da doutrina atual. (SILVA, 2010)

O CPM nos artigos 9º e 10 elegeu o padrão *ratione legis* apenas listando em rol taxativo as inúmeras circunstâncias que delimitam o crime militar (LOUREIRO NETO, 2010). Seguindo esse raciocínio, Álvaro Mayrink da Costa interpreta que *ratione legis* é o parâmetro no ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas enumera os crimes militares, não trazendo a sua definição (COSTA, 1978).

Lobão (1999), em seus estudos sobre o tema, da mesma forma indica que a CRFB/88 abarcou critério *ratione legis* ao estabelecer no artigo 124 da Carta Magna Brasileira atual a competência da Justiça Militar em julgar e processar os crimes militares definidos em lei.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são ordenados preceitos específicos no âmbito militar. Silva (2010), aponta como crimes militares os elencados nos artigos 9º do CPM e a competência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes militares estabelecidos em lei está nos artigos 124 e 125, § 4º da CRFB/88.

In verbs:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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

(...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

(...)

TÍTULO IV

DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

(...)

CAPÍTULO III

DO PODER JUDICIÁRIO

(...)

Seção VII

DOS TRIBUNAIS E JUÍZES MILITARES

(...)

Art. 124. Compete à Justiça Militar competir processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Seção VIII

DOS TRIBUNAIS E JUÍZES DOS ESTADOS

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais

contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças." (grifos acrescidos)

(BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm
 >. Acesso em: 09 nov. 2015.)

2.4.4 Crimes militares próprios e impróprios

Na vigente CRFB/88, art.5º, LXI, o constituinte ao afirmar... "crimes propriamente militares definidos em lei" permitiu à jurisprudência e à doutrina brasileira a separação quase pacífica de duas espécies de crimes castrenses: crimes militares próprios e crimes militares impróprios. (LOBÃO, 1999).

Nessa lógica:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FRAUDE EM LICITAÇÃO. CRIME SUPOSTAMENTE PRATICADO POR MILITAR EM ATIVIDADE CONTRA PATRIMÔNIO SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. 1. A existência de crimes militares próprios pressupõe, por uma questão de lógica, a existência de outros crimes - doutrinariamente chamados de crimes militares impróprios ou impropriamente militares - os quais podem ser cometidos tanto por militar quanto por civil. 2. Nesses casos, a competência dependerá do bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, da ocorrência ou não de violação de dever restrito e específico que caracteriza os crimes militares, cujas balizas se encontram delineadas no art. 9º do Código Penal Militar. 3. A hipótese dos autos revela nítida violação aos interesses da Administração Militar, porquanto, além do suposto delito (militar impróprio) haver sido praticado por militar da Marinha em atividade, então responsável pelas contratações do Centro de Instrução Almirante Alexandrino, OM à qual pertencia, os procedimentos licitatórios visavam a aquisição de materiais para aquela instituição militar. Logo, a competência é da Justiça Militar, ex vi do art. 9º do Código Penal Militar. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Auditor da 1ª Auditoria Militar do Estado do Rio de Janeiro, ora suscitado. (STJ - CC: 133582 RJ 2014/0096682-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 08/04/2015, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 13/04/2015) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 133582 RJ2014/0096682-0, S3 - Terceira Seção. Relator: Relator Rogério Schiett Cruz. Brasília, 08 de janeiro de 2015. Diário de Justiça Eletrônico - DJe. Brasília).(grifos acrescidos)

Loureiro Neto, (2010), assegura que os crimes castrenses podem ser praticados apenas por militares, em conformidade com o artigo 9º, I, do CPM. Badaró, 1969, com o mesmo propósito, diz que configura crime militar próprio o

crime cuja ação penal seja promovida apenas contra militares em virtude da sua condição castrense, e que o caso concreto não se assemelhe a nenhuma outra situação da legislação penal ordinária, sendo estabelecido tão somente no Código Penal Militar, como o crime insculpido no artigo 187 do CPM (Deserção).

Os crimes militares impróprios são aqueles estabelecidos no artigo 9º, inciso II do referida lei. Eles são qualificados pelo *status* de militar, mas também pelo bem jurídico tutelado. A consequência desse dispositivo é a possibilidade de agentes civis praticarem crimes militares e responderem perante a Justiça Castrense. (LOBÃO, 1999).

Assis (2004) preceitua que os crimes estabelecidos no Código Penal Ordinário, e do mesmo modo no Código Penal Militar, mas que se encaixam no rol do artigo 9º, II do CPM, são considerados crimes militares impróprios. Um exemplo a ser demonstrado seria o crime de furto que está indicado no Código Penal Comum em seu artigo 155, e no artigo 240 do Código Penal Castrense.

2.4.5 Sujeito ativo de crime militar

Depreende-se a importância em verificar como os policiais militares podem responder criminalmente conforme o CPM. O artigo 42 da CRFB/88 afirma que estão sujeitos ao Código Penal Militar, militares, indicando os bombeiros e policiais militares dos Estados e do Distrito Federal nessa condição castrense. Há uma separação entre a esfera estadual e federal da condição militar. No contexto federal abarcam-se os civis e militares federais, e no plano estadual apenas os militares dos Estados estão inseridos. (SILVA, 2010)

Nesse sentido:

TÍTULO III
Da Organização do Estado
(...)
CAPÍTULO VII
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
(...)
Seção III
DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

"Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios."

(...)

TÍTULO IV

DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

(...)

CAPÍTULO III

DO PODER JUDICIÁRIO

(...)

Seção VIII

DOS TRIBUNAIS E JUÍZES DOS ESTADOS

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças."

(BRASIL, Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.) (grifos acrescentados)

Reiterando-se o que foi dito alhures, no âmbito federal a Justiça Militar pode julgar tanto militares quanto civis, mas a Justiça Militar Estadual julga apenas bombeiros militares e policiais militares. (SILVA, 2010)

In verbis:

PENAL MILITAR. RECURSO ESPECIAL. DEFINIÇÃO DE CRIME MILITAR. CRITÉRIO. ESPECIALIDADE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL E JUSTIÇA MILITAR FEDERAL. DISTINÇÃO. I - Para a verificação da ocorrência de crime militar deve-se atentar para o critério da especialidade, porquanto o Direito Penal Militar é especial em relação do Direito Penal Comum, esteja ele previsto no Código Penal, ou em lei extravagante. Dessa forma, plausível, em tese, a adequação típica das condutas no CPM. II - Em princípio, se os fatos descritos na denúncia se referem a condutas, em tese, praticadas por oficiais das Forças Armadas (dentre eles militares da ativa) contra o patrimônio militar, sob a administração militar, a avaliação criminal deve ficar a cargo da Justiça Castrense. III - **Importante destacar que não há que se confundir a competência da Justiça Militar Estadual com a competência da Justiça Militar Federal. A primeira está prevista no art. 125, § 4º da Constituição Federal. Por sua vez, a competência da Justiça Militar Federal encontra-se regulada no art. 124 da Lex Fundamental. Vale destacar que a Justiça Militar Estadual tem competência para julgar apenas crimes militares praticados por militares dos Estados: policiais militares e bombeiros militares. A Justiça Militar Federal compete "julgar os crimes militares (federais), sejam praticados por militares das Forças Armadas ou por civis"** (Denilson Feitosa Pacheco in "Direito Processual Penal - Teoria, Crítica e Práxis", 3ª Edição. Niterói/RJ: 2005, p. 494). Esta última, a hipótese dos autos. Recurso especial desprovido (STJ -

REsp: 914061 SP 2007/0000115-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 06/12/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10.03.2008 p. 1) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 914061 SP 2007/000115-6, T5 - Quinta Turma. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, DF, 06 de janeiro de 2007. Diário de Justiça. Brasília, 10 mar. 2008. p. 1) (grifos acrescidos)

Neves (2005) expõe uma sequência lógica para facilitar o entendimento e reconhecimento de um crime militar. Para esse autor, é necessária a análise de três requisitos primordiais. Inicialmente deve existir um amálgama entre a Parte Especial do CPM e o fato praticado. Logo em seguida, observa-se nos incisos do artigo 9º, Parte Geral, desse mesmo diploma legal, se o fato está inserido no contexto de reprimenda castrense. Por último, é analisado de acordo com o Código Penal Militar se o sujeito ativo pode consumir o crime militar. Caso a resposta a esse terceiro quesito seja negativa, fica descartada a prática de crime por menores de dezoito anos, não obstante o disposto nos artigos 50 e 51 deste diploma legal.

2.5 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Mello (2010) evidencia pelo princípio da razoabilidade que se a Administração não desempenhar suas funções com reserva e com a finalidade exigida, os procedimentos serão inconvenientes e também ilegítimos; e, por conseguinte, jurisdicionalmente invalidáveis; com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de obedecer às finalidades da lei outorgada da discricção manejada.

Segundo este renomado autor, como resultado, o fato de a lei conceder ao administrador certa liberdade - margem de discricção - significa que lhe deferiu o encargo de adotar, em consequência da diversidade de situações a serem confrontadas, o acontecimento bem-sucedido mais adequado a cada um, não agindo arbitrariamente. De igual forma: nenhuma pessoa poderia tolerar como critério interpretativo de uma lei, que esta apoie as providências insanas que o administrador desejaria adotar.

Se com aprovação de discricção administrativa deseja-se evitar a prévia adoção em lei de uma conclusão severa, é porque através dela visa-se ao alcance da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo excelente à finalidade da lei.

É evidente que uma medida administrativa absurda, incapaz de passar com sucesso pelo filtro da razoabilidade, não pode estar de acordo com a finalidade da lei. Logo, se sofrer deste vício, será, obrigatoriamente, violadora do princípio da finalidade. Portanto, será ilegítima, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, serão anuláveis pelo Poder Judiciário, as solicitações urgentes do interessado. (MELLO, 2010)

Claramente percebe-se nesse caso que o princípio da razoabilidade baseia-se nos mesmos ensinamentos que amparam constitucionalmente os princípios da legalidade - arts. 5º, II, 37 e 84 - e da finalidade - também os arts. 5º, II, 37 e 84 e mais o art. 5º, LXIX, como já aludido.

É necessário chamar a atenção para, ainda que a discricionariedade exista para o administrador adotar a melhor providência para o caso, em várias oportunidades, se não na maior parte delas, nem ele nem terceiro poderiam revelar com convicção não oponível qual seria esta medida ideal. Preciso se faz, já que,

havendo reserva quanto ao ato, é ao administrador – e não ao juiz – que compete decidir sobre qual seria a providência adequada.

Não existindo empecilho, na conjuntura de não se ter o direito de saber de que natureza seria o julgamento perfeito, cuja análise é atribuída à esfera administrativa, não exprime, contudo, que não se consiga aceitar quando uma medida delimitada, indubitavelmente, por não ser a mais acertada, não seja aceita na lei ao lado de uma suposição fixada. Conforme a lição do português Afonso Rodrigues Queiró, citado por Celso Antônio, cabe tirar o seguinte exemplo: “*O fato de não se poder saber o que uma coisa é não significa que não possa saber o que ela não é*”.

Examinado o tema da discricção administrativa, Mello (2010) analisando os ensinamentos do notável administrativista Queiró verificou que existem fatos nos quais “só se pode dizer o que no conceito não está abrangido, mas não o que ele compreenda”. Reportando-se aos dois exemplares de ideias determinantes da atribuição para a utilização de atos administrativos, narrou: “no primeiro pode dizer-se o que ela é, no segundo apenas o que ela não é”.

O princípio da proporcionalidade, de acordo com Celso Antônio, demonstra a ideia – simples, além disso, embora habitualmente preterida - de que as atribuições administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade adequadas ao que seja verdadeiramente pedido para realização da finalidade de interesse público a que estão presas. Acompanha-se que os atos cujos conteúdos suplantem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o emprego da competência ficam contaminados de ilegitimidade, porquanto suplantem o contexto da competência.

José Roberto Pimenta Oliveira, em sua monografia a respeito do princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade, diz que esses preceitos são fungíveis entre eles. Registra que “É possível verificar que do mesmo modo em que o ‘direito administrativo’ existente no âmbito da *common law* desenvolveu historicamente a noção jurídica do *razoável*, enquanto *standard*, na sindicabilidade judicial da discricção administrativa nos quadros do *rule of law*, os sistemas da família jurídica romano-germânica (*civil law*) encontraram na noção do *proporcional* equivalente instrumental axiológico para promover a contenção da arbitrariedade no exercício dos poderes administrativos no seio do *Estado de Direito*”. (MELLO, 2010)

Não discutindo a referência das procedências de cada natureza estabelecida, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que tais princípios não se misturam completamente. Para ele, o princípio da proporcionalidade não é senão um lado do princípio da razoabilidade. É digno de uma referência exclusiva, para ter mais evidência do aspecto específico de um vício que pode vir à tona e revela-se incompleto sob este modo de desproporcionalidade do ato, sobressaindo-se, por essa maneira, a possibilidade de reparação judicial sustentada neste alicerce. Habitua-se desagregar o princípio da proporcionalidade em três subprincípios a serem analisados em casos concretos: *a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito*. (MELLO, 2010)

Embora se cuide de uma faceta específica do princípio da razoabilidade, percebe-se que seu alicerce constitucional seja o mesmo. Ou seja, está presente nos dispositivos precisos que dedicam à sujeição da Administração na esteira da legalidade. O teor essencial desta, já mencionado, não distingue a simples coincidência do procedimento administrativo com a letra da lei, mas protesta por adesão ao espírito dela, à finalidade que a encoraja. Assim, o amparo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Maior, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV. O caso de se ter que encontrá-lo pelo protótipo especificado não o faz menos acolhido, nem menos certo ou verdadeiro, portanto a totalidade daquilo que se encontra envolvido em um princípio é tão certa e verdadeira quanto ele. Disse Black, por Celso Antônio, que tanto faz parte da lei o que nele se encontra explícito quanto o que nela implicitamente se contém. (MELLO, 2010)

Diferente de Celso Antônio Bandeira de Mello, Luís Roberto Barroso e grande parte da doutrina afirmam que o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligado à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. Para ele, de fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Em seu trabalho, Barroso indica que modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana. Uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos foi a cláusula do *due process of law*. (BARROSO, 1996)

De acordo com Barroso (1996), as dez primeiras emendas, conhecidas como *Bill of Rights*, tiveram sua aprovação em 15 de dezembro de 1791. A 5ª

emenda estabeleceu que "ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal". O preceito vinculava apenas o Governo Federal. Somente a 14ª emenda, aprovada em 21 de julho de 1868, já após a guerra civil, estendeu a regra aos Estados-membros, ao dispor: "Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal".

Essa proposição que vai ser tratada em todos os tratados e livros de textos de direito constitucional americano. Observam-se, por conseguinte, Corwin, *The Constitution and what it means today*, 1978; Tribe, *American constitutional law*, cit.; Nowak, Rotunda e Young, *Constitutional law*, cit.; Gunther, *Constitutional law*, cit.; Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, *Constitutional law*, 1986; Brest e Levinson, *Processes of constitutional decision making*, cit. De autores americanos, em tradução portuguesa, vejam-se Thomas Cooley, "Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte", 1982; Bernard Schwartz. "Direito constitucional americano", 1966. Entre os autores nacionais, vejam-se: San Tiago Dantas, "Igualdade perante a lei" e "*due process of law*" (contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo), RF, 116:357, 1948; José Alfredo de Oliveira Baracho, "Processo e Constituição: o devido processo legal", s. d.; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 1989, e Ada Pellegrini Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, 1973, indicações trazidas por Barroso (1999) em seus estudos sobre este tema.

É necessário antes de procurar balizar com precisão os contornos do princípio da razoabilidade e suas potencialidades no direito brasileiro, passando resumidamente sobre a sua trajetória no direito norte-americano. Segundo Barroso (1996), o princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tomou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. Para ele, de fato, no mesmo grupo do princípio da igualdade perante a lei, essa versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante meio de defesa dos direitos individuais, dando ensejo ao controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral. (v. Siqueira Castro citado por

Barroso, "O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil", cit., p. 3). (BARROSO, 1996)

Ainda que se tenha feito referência a duas fases, elas não se excluem, e sim, vivem em comum hodiernamente. A primeira versão do *due process*, como dito alhures, teve relevo processual, com expressa rejeição de qualquer conotação substantiva que permitisse ao Judiciário examinar o caráter injusto ou arbitrário do ato legislativo. Para Barroso (1996), tratava-se, inicialmente, de uma garantia voltada para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. De acordo com o renomado autor, seu campo de incidência recaía notadamente no direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo questões como o direito a advogado e ao acesso à justiça para os que não tinham recursos.

Barroso (1996) elenca como representativo dessa fase o conjunto de casos conhecidos como *Slaughterhouse Cases*, U. S. (Wall.) (1873), onde a Suprema Corte recusou-se a considerar inconstitucional uma lei da Louisiana que impedia pessoas e empresas de explorarem certa atividade, dando monopólio dessa referida atividade a apenas uma determinada companhia. Conforme Barroso, a decisão fundou-se em que a garantia do devido processo legal destinava-se a proteger as pessoas contra as injustiças de cunho processual, o que não era o caso. (v. *Vitek vs. Jones*, 445 U. S. (1980)):

Due process requires written notice, a hearing at which evidence is heard, including a right of presentation, confrontation and cross-examination, an independent decisionmaker, a written statement by the fact-finder, effective and timely notice of rights, and qualified and independent assistance of legal counsel". V. Barron e Dienes, Constitutional law, cit., p. 175). (Veja-se, e. g., Boddie vs. Connecticut, U. S. (1971) e Little vs. Streater, U.S. 1(1981)).

De acordo com Barroso (1996), o desenvolvimento e a afirmação do *substantive due process* fixam um impulso de ascensão do Judiciário, provavelmente só comparável ao que se verificara quando da introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis, em 1803, com *Marbury vs. Madison*. É que através desse fundamento - o do devido processo legal - abriu-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade. Ainda que se traduza no conceito de justiça, de razoabilidade, expressando o sentimento comum de uma dada época, não se trata de cláusula de

fácil apreensão conceptual, como bem compreendeu o *Justice Harlan*, da Suprema Corte:

"Devido processo" não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada. (Voto proferido em *Griswold vs. Connecticut*, U. S.(1965), citado por Barroso).

A cláusula propicia de todo modo, a verificação da conciliação entre o método empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual. Além disso, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no Texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade.

Luís Roberto Barroso ilustra que a admissão como certa dessa dimensão substantiva do devido processo legal passou por três fases distintas e de certa forma cíclicas, que incluem I - sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; II - seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; III - seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de *Earl Warren*. Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o ativismo judicial - isto é, a intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas -, que se manifestava destacadamente pelo uso substantivo da cláusula do devido processo legal, vive um momento de refluxo, ou seja, volta ao seu ponto de origem. (BARROSO, 1996)

A doutrina do devido processo legal substantivo, relatada por Barroso (1996) começou a se delinear no final do século passado, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. Baseada na ideia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor estimulado com a menor interferência possível do Poder Público nos negócios privados, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal. Após alguns ensaios de aplicação do *substantive due process*, a Corte finalmente invalidou, por inconstitucional, uma lei estadual que impedia que os residentes de Louisiana contratassem seguros de seus bens com empresas de fora do Estado. A decisão que melhor simbolizou esse período, todavia,

foi proferida em *Lochner vs. New York*, onde, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis, inclusive a que estabelecia salário mínimo para mulheres. Esse período ficou conhecido como a era *Lochner*. (v. *Allgeyer vs. Louisiana*, U. S. (1897); U.S. (1905); *Adkins vs. Children's Hospital*, U. S. (1923); U. S. (1935)). (BARROSO, 1996)

De modo histórico, a superação da era *Lochner* deu-se pelo advento do *New Deal*, após a crise de 1929. Presidente eleito em 1932, Franklin Roosevelt iniciou edição de ampla legislação social e de intervenção no domínio econômico. Em 1935, os casos em que essa legislação era contestada começaram a chegar à Suprema Corte que, fiel à doutrina *Lochner* e hostil ao intervencionismo estatal, passou a invalidar diversas leis importantes para o plano de recuperação econômica. Nesse ano, ao julgar o caso *Schechter Poultry Corp. vs. United States*, a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei Nacional de Recuperação Industrial, de 1933, considerada essencial para a continuidade da ação governamental, e que continha normas sobre concorrência desleal, preços e salários, jornada de trabalho e negociações coletivas. (v. *Allgeyer vs. Louisiana*, U. S. (1897); U.S. (1905); *Adkins vs. Children's Hospital*, U. S. (1923); U. S. (1935)) (BARROSO, 1996)

Ainda segundo Barroso (1996), estabeleceu-se um confronto entre o Executivo e o Judiciário. Reeleito em 1936, no início do ano seguinte Franklin Roosevelt envia uma mensagem legislativa ao Congresso modificando a composição da Suprema Corte, com vistas a obter maioria naquele colegiado. Conhecida como *court-packing plan*, a lei não foi aprovada pelo Congresso. Mas, pressionada, a Suprema Corte mudou sua orientação e renunciou do exame de mérito das normas de cunho econômico, encerrando o controle substantivo de tais leis. Daí começa a ruína do devido processo legal substantivo.

A lei proposta baseava-se no seguinte: para cada juiz da Suprema Corte com idade superior a 70 anos e que estivesse exercendo a judicatura há mais de 10, poderia o Presidente nomear um novo, desde que o número total de ministros não excedesse de 15. (sobre esse tema, v. *Gerald Gunther, Constitutional law*, cit., p. 121 e s. V. também *William H. Rehnquist, The Supreme Court: how it was, how it is*, cit., p. 215 e s). (BARROSO, 1996).

A decisão que considerou constitucional lei estadual que estabelecia salário mínimo para mulheres, foi um dos marcos de superação da era *Lochner* - julgamento de *West Coast vs. Parrish*, U. S. (1937) -, onde a Corte reverteu decisão anterior em *Adkins vs. Children's Hospital* (v. supra).

A terceira fase do devido processo legal substantivo, teve como antecedente importante a distinção entre liberdades econômicas e não econômicas, cujo marco mais célebre foi a significativa nota de rodapé n. 4, integrante do voto do Justice Stone ao julgar o caso *United States vs. Carolene Products*. No primeiro domínio, a atitude dos tribunais deveria ser de respeito aos outros Poderes. Mas no tocante às liberdades pessoais, inclusive e especialmente quanto à proteção das minorias, persistia ser indispensável, o intervencionismo judicial. Esses direitos e liberdades não econômicos, que incluem a liberdade de expressão, de religião, bem como direitos de participação política e de privacidade, muitos deles não decorrentes expressamente do texto, foram a tônica do constitucionalismo americano das últimas décadas. Decisões polêmicas na área da igualdade racial, como *Brown vs. Board of Education*, dos direitos políticos; como *Reynolds vs. Sims* e de processo penal; como *Miranda vs. Arizona*, fizeram desse período um dos mais extraordinários e revoltos da história da Corte. (v. U. S. (1938); U. S. (1954); U. S.(1964); U. S.(1966); Stone, Seidman, Sustain e Tushnet, *Constitutional law*, cit., p. XX). (BARROSO, 1996)

Barroso (1996) indica os casos que mais destacadamente marcaram época, pela ousadia, no campo de atuação da aplicação substantiva do devido processo legal, foram *Griswold vs. Connecticut* e *Roe vs. Wade*, onde a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e consagrou um novo direito, não expressamente inscrito na Constituição, que foi o direito de privacidade. Em *Griswold*, invalidou-se uma lei do Estado de Connecticut que incriminava o uso de pílula anticoncepcional ou qualquer outro artigo ou instrumento contraceptivo, reprimindo tanto quem consumisse como quem prescrevesse. Em *Roe*, a Corte considerou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto, e não o admitia nem mesmo antes do terceiro mês de gravidez.

Consoante Barroso (1996), no esforço de escolher ministros que rejeitassem o ativismo judicial deflagrado pela Corte Warren e estivessem dispostos a rever a decisão proferida em *Roe*, todas as nomeações para a Suprema Corte nas últimas décadas de governos republicanos nos Estados Unidos foram nesse sentido.

Ao longo dos anos, essa decisão foi abertamente questionada, mas jamais foi claramente reformada (*overruled*).

Nessa medida, um dos últimos julgamentos sobre o tema ocorreu em *Parenthood vs. Casey*, S. Ct. 2791 (1992), onde o voto majoritário, conquanto exteriorizando divergência quanto à decisão em *Roe*, replicou a própria legitimidade da Corte para reverter tal decisão. (v. Morton J. Horwitz, *Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism*, *Harvard Law Review*, 1993).

Está demarcado, desse modo, o caminho histórico percorrido pela cláusula do devido processo legal e pelo princípio da razoabilidade no direito constitucional norte-americano nas linhas do constitucionalista Luís Roberto Barroso. Entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos tais definições andaram o mundo e fizeram sentir sua influência sobre os ordenamentos jurídicos atentos à constante busca de equilíbrio. É proveitoso, por isso mesmo, investigar mais a fundo o exame do tema à luz dos métodos de argumentação e exposição sistemática que caracterizam o modo de entender e praticar o direito nos países de tradição jurídica romano-germânica. É importante dar relevo que a jurisprudência e a doutrina, tanto na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade. Salvo onde assinalado, um e outro serão nessa explanação empregados de forma mesclada.

Willis Santiago Guerra Filho remonta a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos "razão" (lat. *ratio*) e "proporção" (lat. "*proportio*"), ainda que não faça essa assemelhação e refira-se sempre ao princípio da proporcionalidade, (Sobre o princípio da proporcionalidade, mimeografado, p. 13-4), (BARROSO, 1996)

Para avaliar se os atos do Poder Público estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico, que é a justiça, um critério de valoração desses atos é o princípio da razoabilidade. Por ser mais simples de ser perceber do que de ser conceituado, o princípio se atenua em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. Segundo Barroso (1996), é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, embora possa ela arraigar-se perfeitamente nos princípios

gerais da hermenêutica. Sobre este ponto em particular, veja-se a passagem inspirada de San Tiago Dantas:

"Não é apenas a doutrina do Direito Natural que vê no Direito uma ordem normativa superior e independente da Lei. Mesmo os que concebem a realidade jurídica como algo mutável e os princípios do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos reconhecem que pode haver leis inconciliáveis com esses princípios, cuja presença no sistema positivo fere a coerência deste, e produz a sensação íntima do arbitrário, traduzida na idéia de "lei injusta". (Rafael Bielsa, *Estudios de derecho público: derecho administrativo*, 1950, t. 1, p. 485; *Nebbia vs. New York*, 291 U. S. 502(1934); *Linares Quintana, Derecho constitucional y instituciones políticas*, cit., v. 1, p. 122; 180. Pound, citado por José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo e Constituição: o devido processo legal*, p. 90; V. Bidart Campos, *Interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, 1987, p. 92).

Além disso, sendo interpretada como uma garantia do direito a um processo que se inspirasse em princípios universais e superiores de justiça, a cláusula do devido processo legal, na sua origem norte-americana foi influenciada por concepções jusnaturalistas, conforme noticia Ada Pellegrini Grinover (As garantias constitucionais do direito de ação, cit., p. 33-4):

"Mas, sob a influência de magistrados como Holmes, Cardozo, Frankfurter, percebe-se que os princípios de igualdade e de justiça processual não são a expressão de uma norma abstrata e superior, absoluta e transcendental com relação à normatividade positiva: trata-se, pelo contrário, da enunciação de valores históricos e relativos, que podem impor-se à razão, em determinado contexto histórico (v. também, *Grey, Do have an unwritten Constitution? Stanford Law Review*, p. 703,715-6, 1975;). (v. Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, cit., p. 53; San Tiago Dantas, *Igualdade perante a lei.*, RF, 116:357, p. 362).

Logo depois, após alusão ao sistema americano e ao *due process of law*, finalizou que:

A lei que não pode ser considerada "law of the land" é a lei contrária ao direito. Não a um direito fixado em regras e comandos precisos, que se tornariam, nesse caso, imutáveis; mas ao direito como síntese, como corpo de princípios, como método de criação normativa. (V. San Tiago Dantas, *Igualdade perante a lei...*, RF, 116:357, p. 362).

De qualquer forma, apenas essa delimitação de objeto poderá impedir que o princípio se esvazie de sentido, por ser excessivamente abstrato, ou que se desvirtue num critério para julgamentos *ad hoc*, por isso, é necessário buscar um terreno mais firme e elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade

dos atos do Poder Público, especialmente, para as causas aqui consideradas, as de cunho normativo. (BARROSO, 1996)

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Dessa forma, são elementos que contribuem constantemente e que estão presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Ademais, há de se levar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; e, em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, o acerto de sentido que deve haver entre esses elementos. (Vide, Humberto Quiroga Lavié, *Derecho*, 1984, p. 461). (BARROSO, 1996)

Importante explanação é verificada por Barroso (1996) ao indicar que essa razoabilidade deve ser avaliada, primeiramente, dentro da lei. É a denominada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Nesse ponto, está incluída a razoabilidade técnica da medida. Por exemplo: se, diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão, e a norma, em princípio, afigura-se válida. De modo contrário, se, diante do aumento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público impede o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio) para proibir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável. Isso porque estará rompida a relação entre os motivos, os meios e os fins, já que não existe qualquer vinculação direta entre o consumo de álcool e a contaminação. De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, ou seja: seu ajuste aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. Se a lei transgredir valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente. Imagine-se, por exemplo, que, diante da impossibilidade de conter o aviltamento célere da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade municipal inviabilizasse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não-residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que diminuiria significativamente a demanda por

habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma desse teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade diante da Constituição, por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre brasileiros etc. Essa interessante diferença entre razoabilidade interna e externa encontra-se em Quiroga Lavié, *Derecho constitucional*, cit., p. 462 e s..

Mesmo entre autores das mais diversas localidades é assunto de consenso esse plano de conformação ou adequação dos meios aos fins, que já era presente na construção norte-americana do princípio da razoabilidade. A esse propósito, averbou Linares Quintana, citado por Barroso (1996):

(La razonabilidad) consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procura alcanzar con ellos. ... Tratase, pues, de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que a través de ellos deben alcanzarse. (Linares Quintana, Derecho constitucional y instituciones políticas, cit., v. 1, p. 128).

Segundo Barroso (1996) na mesma linha, J. J. Gomes Canotilho:

Entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins. (J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 488)

Em igual sentido na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, em decisão de 1971, citado por Barroso (1996), pronunciou-se:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental. (V. BVerfGE, 30,292. V. Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de teoria constitucional*, 1989, p. 87).

A exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*) da medida demonstra-se na decisão do Tribunal alemão como um outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade. Conhecido, também, como "princípio da menor ingerência possível", ele é formado pela imposição de que os meios utilizados para o alcance dos fins visados sejam os menos dispendiosos para o indivíduo. É a

chamada proibição do excesso. Uma lei será inconstitucional, por desrespeito ao princípio da proporcionalidade, "se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas". (V. BVerfGE, 39,210. V. Gilmar Ferreira Mendes, Controle de constitucionalidade, cit., p. 44). (BARROSO, 1996)

Para Barroso (1996) proporcionalidade em sentido estrito consiste em um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã. Cogita-se, nesta oportunidade, uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Nas linhas de Canotilho, versa-se "sobre uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim". (V. J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional, cit., p. 387-8).

Ao retirar ensinamentos do conhecimento jurídico produzido na Alemanha, a doutrina tanto lusitana quanto brasileira copia e assevera essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente citado pelos autores alemães. Assim é que deles se extraem os requisitos (1) da adequação, que demanda que as medidas adotadas pelo Poder Público se tornem adequadas a alcançar os objetivos pretendidos; (2) da necessidade ou exigibilidade, que força a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o alcance dos fins visados; e (3) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a consideração entre o ônus imposto e o benefício trazido, para comprovar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. De modo breve, Willis Santiago Guerra Filho, citado por Barroso (1996) aduz que:

Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens. (V. J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional, cit., p. 386-8; Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 1993, p. 318-9; Gilmar Ferreira Mendes, Controle de constitucionalidade, cit., p. 38 e 43; e Willis Santiago Guerra Filho, Ensaios de teoria constitucional, cit., p. 75).

Assimilado principalmente na área do direito administrativo, princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade funcionava como medida da legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada. Ele sempre teve seu campo de incidência mais tradicional no âmbito da atuação do Poder Executivo. Como bom conhecedor do tema, particularizou o professor argentino Agustin Gordillo, citado por Barroso (1996):

A decisão "discricionária" do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é "irrazoável", o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos ou provas inexistentes; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Elementos de direito administrativo*, 1991, p. 66-7, preleciona que:

Este princípio enuncia a idéia singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada, de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atrelados. (V. também Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, 1991, p. 93; Agustín Gordillo, *Princípios gerais de direito público*, 1977, p. 183-4).

Igualmente na autoridade do Poder Judiciário o princípio teve utilização, especialmente no tratamento das medidas cautelares. Sua aplicação como critério comparativo dos atos do Poder Legislativo, todavia, apesar de constituir prática relativamente antiga na tradição norte-americana, e de ser admitida com reservas em países como Alemanha e Itália, provoca alguma controvérsia por confrontar-se com certas noções tradicionais de separação de Poderes. (V. Egas Moniz de Aragão, *Poder cautelar do juiz. Medidas provisórias*, RPGERJ, 42:37, 1990, e Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, *A concessão de medida liminar em processo cautelar e o princípio cautelar da proporcionalidade*, Rf 318:101, 1992). (BARROSO, 1996)

O *Bundesverfassungsgericht* estabeleceu, em decisão de 1951, que não era de sua competência o cabimento da norma, e que sua análise se limitava ao de sua validade. Contudo acrescentou, significativamente: "a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial" (*BVerFGE*, 1, 15; V. Gilmar Mendes, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 41). (BARROSO, 1996)

De acordo com Barroso, na Itália, o art. 28 da Lei n. 87, que organiza a Corte Constitucional, retira claramente do controle de constitucionalidade valorações de natureza política e verificações sobre o uso do poder discricionário. Porém, como assinala Pierandrei, será sempre possível investigar a norma à luz dos fins consagrados constitucionalmente (*Enciclopedia del diritto*, 1962, v. 10, p. 907).

Ao examinar a compatibilidade entre meio e fim, e os aspectos cambiantes de necessidade proporcionalidade da medida acolhida, a atuação do Judiciário ultrapassa à do simples controle objetivo da legalidade. De fato, a avaliação da razoabilidade importa em um juízo de mérito sobre os atos produzidos pelo Legislativo, o que interfere com o delineamento mais comumente aceito da discricionariedade do legislador. E o conhecimento estipulado, da mesma forma que se conhece, não aprova que o juiz se substitua ao administrador ou ao legislador para fazer superpor a sua própria valoração subjetiva de dada matéria. Contudo, na realidade, o juiz ou o tribunal estará, fatalmente, recusando o seu próprio ponto de vista do que seja racional ou razoável ao julgar uma lei para verificar se ela é ou não arbitrária.

Explicando essa convicção, que perdurou indiscutível por um duradouro período, redigiu Canotilho citado por Barroso, (1996) (Direito constitucional, cit., p. 739):

A discricionariedade do legislador ou, como hoje se diz, o âmbito de liberdade de conformação legislativa, não era uma discricionariedade sujeita a pressupostos vinculados, as opções políticas do legislador não eram susceptíveis de controle e os fins da lei eram soberanamente estabelecidos pela própria lei. (V. Siqueira Castro, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, cit., p. 216, fundado em texto de Edward Corwin (*Court over Constitution - a study of judicial review as an instrument of popular government*, 1938, p. 108): "What the Court says is that legislation must not be unreasonable, but what this means inevitably, and all that it means is that legislation must not be unreasonable to the Court's way of thinking").

Consegue-se amenizar a rigidez das formulações clássicas e permite-se a obstaculização da denominada liberdade de conformação legislativa devido ao desenvolvimento dos conceitos. Gomes Canotilho reconhece e analisa o controle finalístico da atuação do legislador que se desempenha sobre dois momentos "teleologicamente relevantes" do ato legislativo (BARROSO, 1996):

(I) Em primeiro lugar, a lei é tendencialmente uma função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (II) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma. Nas duas hipóteses assinaladas, toparíamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da Constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporá os limites

materiais da não contraditoriedade, razoabilidade e congruência. (V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 740).

É necessário levar em consideração que, em um Estado democrático, o sentido das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm a iniciação da representação popular, o que não é o caso de juizes e tribunais. Por ser uma competência fora do comum, que se exerce em domínio sensível, deve o Judiciário atuar com cautela e parcimônia. Mas, quando se trate de defender a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os remanescentes de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz ter dúvidas.

O controle de constitucionalidade se desempenha, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre as impetuosidades circunstanciais. É muito importante destacar novamente, que a última palavra poderá ser sempre do Legislativo. Pois, não concordando com a compreensão dada pelo Judiciário a um preceito constitucional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe a acepção que desejar.

Concluindo, porém, que isso não atingia a obrigatoriedade do princípio, admitiu *Krebs* a oportunidade de sobreposição de competências, escrevendo sobre a matéria no direito alemão. Ele sustenta que casual "escorregão" (*Gratwanderung*) entre o direito e a política consiste em risco que não se distancia da atividade do constitucionalista (v. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, *JURA*, 1988, p. 617, *apud* Gilmar Ferreira Mendes, *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro*, *RDA*, 191:40, 1993, p. 49). (BARROSO, 1996)

Conforme Barroso (1996), nos Estados Unidos o Congresso editou quatro emendas à Constituição por divergir do entendimento jurisprudencial: a) a 11ª emenda, dando imunidade de jurisdição aos Estados, veio após a decisão em *Chisholm vs. Georgia*, *Dall* (1793); b) a criação de uma cidadania nacional pela 14ª emenda foi uma reação à decisão em *Dred Scott vs. Sandford*, *How.* (1857); c) a admissão de um imposto federal sobre a renda, advinda com a 16ª emenda, deveu-se ao julgamento de *Pollock vs. Farmer's Loan & Trust Co.*, 157 U. S. (1895); d) a extensão do direito de voto em eleições estaduais e nacionais a todos que contassem dezoito anos, introduzida pela 26ª emenda, foi determinada pelo caso *Oregon vs. Mitchell*, U. S. (1970). V. *Edward Conrad Smith, The Constitution of the United States*, 1979, p. 16 e s.

Barroso (1996) reconhece que a razoabilidade dos atos do Poder Público - inclusive dos atos legislativos -, sendo o critério medidor de sua constitucionalidade, tem sido aceita em incontáveis sistemas jurídicos, da forma que ficou demonstrado. Nos Estados Unidos, da maneira que foi dito, o princípio se firma no item do devido processo legal, pertencente das emendas de n. 5 e 14 à Constituição. Como assinala com brio a doutrina, na Argentina, o princípio tem origem no texto original da Carta, que, no art. 28, estabelecia que os princípios, garantias e direitos reconhecidos na Constituição não poderiam ser alterados por leis que regulamentassem seu exercício. No direito constitucional alemão, atribui-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) qualidade de norma constitucional não escrita, sendo proveniente do Estado de direito. Em Portugal, ele vem manifestado em regras corporificadas da Constituição, especialmente a da proibição do excesso.

Um percurso tímido no Brasil deve-se à aderência excessiva a certos preceitos da separação de Poderes fixados ao princípio da razoabilidade. Há um teimoso entrave ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se limita um vasto lugar de desempenho autônomo, discricionário, onde as decisões do órgão ou do agente público são inquestionáveis quanto à sua conveniência e oportunidade. (BARROSO, 1996). Em decisão proferida em 13 de novembro de 1970, foi dado pelo Supremo Tribunal Federal, lição da visão clássica do tema, na qual firmou:

Harmonia dos Poderes. Art. 6º da Emenda Constitucional n. 1. A decisão recorrida invadiu área de estrita competência da Administração Pública ao mandar reabrir e equipar uma enfermaria de hospital fechada por conveniência do serviço público. Inadmissibilidade da apreciação do mérito de tal providência pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e provido. (RTJ, 56:811, 1971, RE 70.278-GB, rel. Min. Aduauto Cardoso).

Todavia, várias decisões dos tribunais superiores acompanharam a razoabilidade como critério de validade de atos provenientes do Poder Público no decorrer da vigência da Constituição de 1967-69, embora de maneira subentendida e até mesmo inconsciente, e sem referência clara ao princípio. Com efeito, foi ela o poderoso vetor de decisões como: a) a que considerou intolerável que delegado aprovado em concurso pudesse ser reprovado na prova de esforço físico (teste de Cooper), levando em consideração que são os agentes, e não o delegado, que de

regra executam as missões; b) a que considerou ocasião oportuna de discriminação a reprovação, em entrevista pessoal, de candidatos à carreira diplomática já aprovados nas provas de inteligência; c) a que também considerou não compatível com o princípio do concurso público o chamado "juízo de consciência", em que o candidato à magistratura podia ser excluído da concorrência com origem em julgamento confidencial sobre sua vida pública e privada. (V. Siqueira Castro, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, cit., p. 192; Remessa *ex officio* n. 110.873-DF, TFR, rel. Min. Washington Bolívar, DJU, 26 fev. 1987; MS 101.898-DF, TFR, rel. Min. Leitão Krieger, DJU, 22 maio 1986; RTJ, 122:1130, 1987, RE 111.411-8-RJ, rel. Min. Carlos Madeira). (BARROSO, 1996)

Esses precedentes na sua totalidade referem-se a atos administrativos. Embora inaugural, questiona-se no Brasil nos últimos tempos, igualmente, à possibilidade de controle de razoabilidade dos atos do Poder Legislativo. O modelo utilizado para sua aplicação foi a introdução de figura clássica originária do direito administrativo francês, reconhecida como *détournement de pouvoir*, isto é, o desvio ou excesso de poder. No controle dos atos administrativos, o conceito foi aplicado de forma pactual e teve seu alcance estendido para abrigar certos casos envolvendo atos legislativos. (BARROSO, 1996). Prende a atenção um precedente sobre a matéria, em decisão do Supremo Tribunal Federal, em que o Ministro Orozimbo Nonato corroborou no sentido de:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como, também, e principalmente o espírito e o dispositivo invocado. (RF, 145:164, 1953, RE 18.331, rel. Min. Orozimbo Nonato). (FEDERAL, Supremo Tribunal. Diário da União. 2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/100346103/stf-18-09-2015-pg-113>>. Acesso em: 15 nov. 2015.)

Pôs-se em uso o princípio da razoabilidade como parâmetro delimitador das restrições de direitos em outra decisão da Suprema Corte, em vocabulário até então mais claro, isso já no regime da Lei Fundamental de 1967-69. Na análise de tema relativo à liberdade de exercício profissional, deliberou-se no sentido de que:

LEI N. 4.116, DE 27.8.62. INCONSTITUCIONALIDADE. EXERCÍCIO LIVRE DE QUALQUER TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO (C.F., ART. 153, PAR.23). E INCONSTITUCIONAL A LEI QUE ATENTA CONTRA A LIBERDADE CONSAGRADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, REGULAMENTANDO E CONSEQUENTEMENTE RESTRINGINDO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO QUE NÃO PRESSUPOE "CONDIÇÕES DE CAPACIDADE." REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE "IN TOTUM".(STF - Rp: 930 DF , Relator: CORDEIRO GUERRA, Data de Julgamento: 05/05/1976, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 02-09-1977 PP-05969 EMENT VOL-01068-01 PP-00009)

"Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não".

(V. Rep. n. 930-DF, rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJU, 2 set. 1977). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp nº 930, Tribunal Pleno. Relator: Relator Ministro Cordeiro Guerra. Brasília, DF, 02 de janeiro de 1977. Diário de Justiça. Brasília, 02 set. 1977. v. 010681.).

Quando a Suprema Corte passou a: a) considerar inválida a regra do Estatuto da OAB que estabelecia a incompatibilidade dos magistrados, membros do Ministério Público e de outras categorias de servidores para o exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos a contar da aposentadoria ou da disponibilidade; b) considerar inconstitucional lei do Estado do Rio de Janeiro que elevava deliberadamente os valores da taxa judiciária voltou-se a aplicar, de modo disperso, embora sem maior desenvolvimento teórico, o princípio da razoabilidade. (V. RTJ, 110:937, 1984, Rep. n. 1.054, rel. Min. Moreira Alves; RTJ, 112:34, 1985, Rep. n. 1.077, rel. Min. Moreira Alves). (BARROSO, 1996)

O mau uso do poder legislativo, quando caracterizado de forma incomum pela análise dos motivos representa vício singular de inconstitucionalidade. Um doutrinador brasileiro a destinar um pouco de consideração à matéria do desvio de poder legislativo foi Caio Tácito, que relata decisões do Supremo Tribunal Federal mantenedoras da anulação de leis que consolidavam os denominados testamentos políticos. Pois, infelizmente, não é inédito a publicação de leis estaduais, ao final de governos vencidos nas urnas, criando cargos públicos em número excessivo ou permitindo benefícios remuneratórios, expondo a perigo as finanças públicas e inviabilizando o novo governo. Observando uma circunstância definida, atestou, Barroso (1996), especialista em direito público que:

A competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo de eficiência e continuidade da administração. Sendo, em

sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência geral da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político, ou tornar ingovernável o Estado, cuja administração passa, pelo voto popular, às mãos adversárias. Tal abandono ostensivo do fim a que se destina a atribuição constitucional configura autêntico desvio de poder (*détournement de pouvoir*), colocando-se a competência legislativa a serviço de interesses partidários, em detrimento do legítimo interesse público". (V. Caio Tácito, O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, RDA, 188:1, 1992. Sobre o tema, veja-se, também, Gilmar Ferreira Mendes, Controle de constitucionalidade, cit., onde se abre um tópico específico para o excesso de poder legislativo (p.38e s.).

Igualmente comprova-se de forma simples, apesar de não ser digno de qualquer alusão manifestada nos Textos Constitucionais de 1946 e 1967-69, o princípio da razoabilidade foi empregado, de forma explícita ou implícita, como alicerce para a declaração de inconstitucionalidade de atos do Poder Público, tanto administrativos quanto legislativos. Nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, que resultaram na Constituição de 1988, fazia o princípio da razoabilidade parte de diferentes projetos e também do texto ao final ratificado pela Comissão de Sistematização. (BARROSO, 1996). Percorria-se visivelmente, no *caput* do art. 44:

A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade.

Contudo, retirou-se a referência positiva ao princípio da razoabilidade na redação definitiva da Constituição de 1988. Mas, consignou-se, formalmente, no inciso LIV do art. 5º, a cláusula do *due process of law*, com a seguinte expressão: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". (BARROSO, 1996)

Abrem-se dois sentidos de construção constitucional sobre essa questão, um e outro orientando para o mesmo fim: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo a verificação de razoabilidade ser posta em prática pelo intérprete da Constituição em algum caso submetido ao seu conhecimento. O primeiro sentido, mais inspirado na doutrina alemã, aponta o princípio da razoabilidade como inseparável ao Estado de direito, fazendo parte de

forma implícita do sistema, como um princípio constitucional não expresso. O segundo sentido, os que decidirem pela importância norte-americana desejarão arrancá-lo da cláusula do devido processo legal, afirmando que a razoabilidade das leis torna-se exigível por força do traço substantivo que se deve dar à cláusula. (BARROSO, 1996)

O princípio da razoabilidade tem considerável aplicação nos países de Constituição sintética, lugar no qual seu emprego original ajuda como instrumento maleável para determinar a Constituição material de cada período. Em nações de Constituição analítica, sua utilização se diminui, mas, não deixa de ter importância. No Brasil, mesmo a Constituição sendo prolixa e casuística, há um grande uso do princípio da razoabilidade como mecanismo de imobilização do impulso arbitrário que condena a rotina da política brasileira de forma comum. (BARROSO, 1996)

É uma consequência do princípio fundamental da isonomia o art. 37, X, da Constituição, que determina que se produza em idêntico período "a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares". Essa cláusula não é, nem razoavelmente poderia ser, um ditame de ausência incessante de alteração da escala referente aos vencimentos subsistentes no dia da promulgação da Lei Fundamental: não inviabiliza, em razão disso, a hodierna avaliação, por lei, em qualquer época, dos vencimentos reais a atribuir a carreiras ou cargos específicos, com a restrição clara de sua irredutibilidade (CF, art. 37, XV). (V. RTJ, 145:101, 1993, ADIn 526-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence). Esse é um dos exemplos, dentre outros, em que o Supremo Tribunal Federal descobriu no princípio da razoabilidade, direta ou indiretamente, alicerce para suas razões de decidir. (BARROSO, 1996)

Nesta mesma direção, seguindo uma interpretação nos devidos termos dos arts. 7º, XXX, 37, I, e 39, § 2º, da Constituição Federal, pode a lei, desde que o faça de maneira razoável, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em funções, empregos e cargos públicos. (V. RDA, 196:103, 1994, RE 174.548-7-AC, rel. Min. Carlos Velloso). (BARROSO, 1996)

A respeito da fixação legal de limite de idade para efeito de inscrição em concurso público e de preenchimento de cargos públicos existe jurisprudência relacionada ao critério da razoabilidade. (V. RDA, 199:153, 1995, RO em MS 21.045-5-DF, rel. Min. Celso de Mello). (BARROSO, 1996)

Ofende o princípio da razoabilidade a norma legal que concede a servidor inativo vantagem pecuniária cuja razão de ser revela-se absolutamente destituída de causa. Este princípio age enquanto projeção caracterizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como intransponível restrição ao poder normativo do Estado (gratificação de férias correspondente a um terço do valor da remuneração mensal). (V. RDA, 200:242, 1995, ADin 1.158-8-AM, rel. Min. Celso de Mello). (BARROSO, 1996)

De acordo com o ministro Marco Aurélio do STF, a regra contida no § 1º do art. 100 da Constituição há de ter o alcance investigado em face não só do princípio da razoabilidade e do objetivo nela previsto, como também do ensinamento efêmero do art. 33, com o qual se ansiou colocar ponto final no esdrúxulo quadro decorrente da jurisprudência anterior à Carta de 1988, no sentido de que os valores devidos pela Fazenda seriam pagos, até o fim do exercício seguinte, considerados os precatórios apresentados até 12 de julho, oportunidade em que é feita a correção respectiva. (RTJ, 152:630, 1995, AI 153.493-SP, rel. Min. Marco Aurélio).

De modo histórico e, mais habitualmente utilizado na procura de emparelhamentos salariais ou remuneratórias, o notável preceito da igualdade aplicado de forma moderada é disposto como um tema menor, assim pela doutrina como pela jurisprudência. A importação e sistematização do princípio da razoabilidade-proporcionalidade no direito brasileiro produziram aplausos na doutrina sobre o princípio da isonomia.

A Emenda Constitucional n. 19, de 4-6-1998, que ensejou na reestruturação administrativa, aboliu a cláusula de isonomia de vencimentos entre cargos de atribuições iguais ou assemelhados, registrado no § 1º do art. 39 do texto inédito.

Reproduzindo o conhecimento convencional, costuma-se afirmar que a isonomia traduz-se em igualdade na lei - ordem dirigida ao legislador -, e perante a lei - ordem dirigida ao aplicador da lei.

É comum alegar-se o princípio básico aristotélico que consiste em "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem". A grandiosidade filosófica de tal afirmação não contribui, contudo, para revelar o núcleo do problema: saber quem são os iguais e os desiguais e estabelecer em quais particularidades o tratamento desigual é constitucionalmente válido. (BARROSO, 1996)

Admite-se que legislar consiste em discriminar situações e classificar pessoas à luz dos mais diversificados critérios. Isso é aplicado hodiernamente mesmo com dispositivos estabelecidos aparentemente de forma definitiva como o princípio genérico da igualdade que vem contido, no direito constitucional positivo brasileiro, como direito individual - "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (art. 5º, *caput*) – e como objetivo básico da República - "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV). (V. Celso Antônio Bandeira de Mello, O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, cit., p. 11; Carlos Roberto de Siqueira Castro, O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional brasileiro, cit., p. 44). (BARROSO, 1996)

Portanto, ao contrário do propugnado na matriz constitucional da isonomia, o princípio, em muitas ocasiões, não veda a instituição de desigualdades jurídicas, como também determina o tratamento desigual. Pois, a própria Constituição desiguala as pessoas com fundamento em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional, nacionalidade, dentre outros.

Barroso (1996) aduz que estabelecida a premissa de que é possível distinguir pessoas e situações para o fim de dar a elas tratamento jurídico diferenciado, cabe determinar os critérios que permitirão identificar as hipóteses em que as desigualdades são juridicamente toleráveis. Em 1985 com pesquisa redigida – anterior à formal superioridade do princípio da proporcionalidade -, mas dito anteriormente a natural evolução da matéria, registra-se:

Parece-me, contudo, que a compatibilização entre a regra isonômica (na vertente do tratamento desigual) e outros interesses prestigiados constitucionalmente exige que se recorra à idéia de proporcionalidade. Somente assim se poderá obter um equilíbrio entre diferentes valores a serem preservados. Vê-se, assim, que é possível discriminar em prol dos desfavorecidos economicamente, em detrimento dos mais abonados. Mas o tratamento desigual há de encontrar limites de razoabilidade para que seja legítimo. Este limite poderá vir expresso ou implícito no texto constitucional, e a conciliação que se faz necessária exige a utilização de um conceito flexível, fluido, como o de proporcionalidade. (V. Luís Roberto Barroso, A igualdade perante a lei. Algumas reflexões, in Temas atuais do direito brasileiro, 1987).

Apesar da vedação genérica para estabelecer diferenças, a Constituição indicou, de forma específica, determinados fatores de discriminação que especificamente condena, a saber: origem, raça, sexo, cor, idade. Contudo, é

fundado no direito e conforme os princípios constitucionais, que: exija-se do estrangeiro residente no país visto de permanência e documentação específica, diferente da dos nacionais; em acontecimento comemorativo do dia da consciência negra, sejam contratados apenas artistas dessa etnia; em seleção pública para guardas penitenciários de um presídio feminino, apenas se admita a inscrição de mulheres; o Teatro Municipal, ambicionando contratar uma bailarina para encenar o *ballet* "Romeu e Julieta", escolha entre pessoas do sexo feminino e jovens. (BARROSO, 1996)

Contanto que se possa demonstrar o tratamento diferenciado, como nos exemplos acima indicados, para ele ser legítimo precisa transpor a verificação da razoabilidade interna e externa, comprovando que o tratamento desigual teve um fundamento plausível e destinou-se a realizar um fim legítimo.

Da mesma opinião, Mello (2010), em "O conteúdo jurídico do princípio da igualdade", cit., p. 29-30: "É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas, quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas".

Por isso, é legítimo que se acolha o critério constituição física na escolha dos soldados que constituirão a tropa de choque, mas não para a seleção dos que servirão como digitadores ou auxiliares administrativos. Isso indica que, tem de haver racionalidade na desequiparação, ou seja, adequação entre meio e fim.

A desigualdade, além disso, terá de ser indispensável para a realização do objetivo visado, proibido o excesso, ou seja, o tratamento diferenciado além do que é imprescindível. Por exemplo, em um concurso público no âmbito da Secretaria de Segurança Pública, é possível eliminar da disputa, por cargos que exigem habilidade física, os candidatos portadores de deficiência motora. Mas se a restrição estender-se a cada cargo daquele órgão, inclusive os de natureza burocrática, será nula por ter ido além do estritamente necessário, sendo colhida pelo subprincípio da vedação do excesso.

Enfim, deverá existir proporcionalidade em sentido estrito. É essencial que o valor promovido pela desigualdade seja mais importante do que o que está se abrindo mão. Barroso (1996), com maestria, elucida com o seguinte exemplo: imagine-se que o Museu Imperial, querendo assegurar mais sossego aos seus

visitantes adultos, impossibilite a entrada de menores de quatorze anos. A lesão que tal medida traz à formação cultural e humanística dos jovens interessados em visitar o museu está acima do desejo dos demais visitantes de não conviverem com o tumulto provocado por crianças ou adolescentes.

Ultrapassada a verificação da razoabilidade interna - adequação meio-fim, necessidade/vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito -, é necessário investigar se o tratamento desigual não se altera ao exame de sua razoabilidade externa. Ou seja, se o meio empregado e o fim visado são harmônicos com os valores constitucionais.

É possível sintetizar as ideias desenvolvidas neste tópico informando que o princípio da razoabilidade é um instrumento de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele torna possível ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos no momento em que: inexistir vinculação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; haja meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual, sendo que a medida não seja exigível ou necessária; o que se perde com a medida seja de maior relevo do que aquilo que se ganha por não existir proporcionalidade em sentido estrito.

Por ausência explícita na Constituição atrasou-se o ingresso do princípio da razoabilidade na jurisprudência nacional, devido a um positivismo estabelecido na formação jurídica brasileira. Contudo, por ser evidente, ele origina-se naturalmente do Estado democrático de direito e do princípio do devido processo legal. Mas o princípio, evidentemente, não desobriga o juiz dos limites e possibilidades trazidos pelo ordenamento. Não se trata, neste diapasão, de espontaneidade. A razoabilidade, neste meio tempo, proporciona uma escolha de atuação melhor do Judiciário para a produção de resultado superior, embora quando não seja o único possível ou mesmo aquele que mais claramente resultaria da aplicação da lei sem uma análise. (BARROSO, 1996)

O princípio da razoabilidade impõe relevante companhia ao princípio da isonomia. Sobre o panorama da comprovação de que legislar consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios, a razoabilidade é norma de comparação pela qual é avaliado se o motivo da diferenciação é aceitável e se a conclusão por ela visada é conforme a lei.

Assim sendo, uma avaliação diagnóstica de alguns desses aspectos polêmicos da lei sobre interceptação telefônica, considera as dificuldades trazidas

em torno do tema. A interceptação telefônica não deve focar apenas a prova a ser colhida, mas todos os princípios constitucionais pertinentes, e a resposta para apuração do fato criminoso, sendo o princípio da proporcionalidade o princípio fundamental a ser analisado no caso concreto.

Posto o objetivo específico do presente trabalho que é descrever como a interceptação telefônica com fundamento no princípio da proporcionalidade pode ser realizada pela Polícia Militar no sentido de permitir a prova com suas repercussões no caso concreto, é evidente a necessidade de alteração legislativa na seara da Lei de Interceptação Telefônica.

De acordo com a jurisprudência indicada, ficam evidenciados os esforços dos tribunais em constituir razoabilidade e proporcionalidade nas medidas que se socorrem do Poder Judiciário que versem sobre o tema. Pode ser citado como exemplo, o crime de ameaça que não é contemplado pela lei por ser apenado com detenção. Os magistrados e ministros do judiciário brasileiro percebendo a necessidade em solucionar a questão estão decidindo positivamente sobre a Interceptação em crimes apenados com detenção, desde que se demonstre um possível crime de reclusão conexo, como homicídio ou lesão corporal grave e outros crimes graves, conforme jurisprudência mencionada.

O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, pelo exposto, deveria ser observado tanto na lei de interceptação como em sua aplicação pelos operadores do direito. Esse princípio atualmente é condição *sine qua non* para desenvolver uma investigação criminal nesse ínterim. Portanto, o Encarregado de Inquérito Policial Militar na PMDF deve observar a real necessidade da colheita de provas através desse instrumento para que o IPM não incorra em nulidades desnecessárias.

2.5.1 Exposição de motivos

Em sete de abril de 2003, Grinover e outros renomados juriscultos expuseram os motivos da necessidade de alteração da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Eles deixam evidente que a legislação sobre o assunto não observou o Princípio da Proporcionalidade e outras questões relevantes.

Grinover *et all*, sete anos depois da publicação da Lei em vigor, já questionavam a necessidade de atualização legislativa sobre interceptação

telefônica. A Lei 9.296/96 completou dezenove anos esse ano e nenhuma alteração legislativa foi realizada.

Abaixo está a Exposição de Motivos elaborada por Grinover e alguns dos mais renomados doutrinadores do Direito Brasileiro que se basearam no Projeto de Lei 1.258, de 1995 de Pedro Simon. Infelizmente esses relevantes motivos ainda não estão incorporados na legislação brasileira.

1 - A quebra do sigilo de comunicações telefônicas, excepcionalmente admitida pela Constituição Federal, na parte final do inciso XII do artigo 5º, exclusivamente para fins de investigação criminal e instrução processual penal, constitui, certamente, poderoso meio posto à disposição do Estado para fins de obtenção da prova, mas também instrumento insidioso de quebra da intimidade, não só do investigado, como também de terceiros.

Por isso, diante do princípio da reserva de lei proporcional, a regulamentação da matéria há de resultar da **escrupulosa ponderação dos valores em jogo, observando o princípio da proporcionalidade, entendido como justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados. E a proporcionalidade deve levar em conta os seguintes dados: a – adequação, ou seja, a aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos; b – necessidade, como exigência de limitar um direito para proteger outro, igualmente relevante; c) proporcionalidade estrita, ou seja a ponderação entre a restrição imposta (que não deve aniquilar o direito) e a vantagem alcançada, o que importa na d) não excessividade.**

2 - O defeito maior da vigente lei 9.296, de 24 de julho de 1996, que dispõe sobre interceptações telefônicas e de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, talvez consista exatamente na inobservância do princípio da proporcionalidade, quando, por exemplo, permite a interceptação relativamente a todos os crimes punidos com pena de reclusão – no que não observa o princípio da adequação e da não excessividade, estendendo a operação técnica indicada para qualquer tipo de crime, desde que punido com reclusão, e deixando de fora crimes punidos com detenção, mas para os quais a interceptação se apresenta como o meio mais adequado de investigação, como na ameaça cometida por telefone; quando permite o pedido formulado verbalmente, o que evidentemente corroi a verificação da necessidade e da adequação.

Mas há outros graves defeitos na lei, como quando transborda da autorização constitucional para prever interceptações de comunicações em sistemas de informática; quando não permite ao acusado o pedido de interceptação; quando não dá vista ao MP do requerimento da diligência pela autoridade policial; quando não dispõe com clareza sobre o incidente probatório no qual deve dar-se conhecimento às partes do conteúdo das operações técnicas, em contraditório pleno; quando omite completamente o tratamento das chamadas "interceptações ambientais"; quando considera a interceptação como único meio de intromissão legal numa comunicação telefônica, olvidando o impedimento, a interrupção, a escuta e gravação. E, sobretudo, a lei em vigor não cuida dos controles necessários a evitar os abusos a que freqüentemente sua aplicação deu margem: controles sobre a representação e requerimento da polícia e do Ministério Público, controles sobre a autorização judicial e a forma de seu encaminhamento, controles mais rigorosos sobre os prazos e, sobretudo, controles sobre as operações técnicas, hoje deixadas exclusivamente a critério da autoridade policial, sem a fixação de qualquer parâmetro.

3 - O projeto de lei 1258, de 1995, do Senador Pedro Simon, aprovado no Senado no mesmo ano, parou nos meandros da Câmara dos Deputados. Referido Projeto era sensivelmente melhor do que a lei que entrou em vigor, retomando muitas das idéias do Projeto Miro Teixeira (projeto n.3.514/89, aprovado na Câmara dos Deputados). No entanto, decorridos quase dez anos, algumas modificações nas modalidades criminosas justificam a inclusão de novos crimes entre os sujeitos às operações técnicas e, sobretudo, tecnologias mais modernas podem dar o norte para operações técnicas seguras, sob o ponto de vista da inviolabilidade dos elementos probatórios obtidos.

O presente Anteprojeto de Lei, ora apresentado pela Comissão instituída pelo Ministro da Justiça Márcio Thomás Bastos, e constituída por Ada Pellegrini Grinover (co-autora do Anteprojeto acolhido pelo Projeto Miro Teixeira), Antônio Carlos de Almeida Castro, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Guilherme Vieira, quer representar uma melhoria e uma modernização do Projeto do Pedro Simon, que por sua vez se inspirava no Projeto Miro Teixeira, aperfeiçoando-o, sem embargo de novidades ditadas pela experiência dos diversos operadores do direito ouvidos.

Com efeito, além de ouvir em audiência pública as sugestões da Polícia, Federal e Estadual, do Ministério Público e das prestadoras dos serviços de telefonia, além dos técnicos especialistas nos sistemas operacionais, e além de incorporar diversas idéias apresentadas pelo IBCCrim, a Comissão entrou em contato com a Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal e do Rio Grande do Sul, com a Superintendência da Polícia Federal do Distrito Federal, com o Ministério Público de São Paulo e com os juízes do DIPO de São Paulo, ouvindo, ainda, as prestadoras de serviços de telefonia e a ANATEL.

Isso tudo para que, além de avançar nos aspectos jurídicos, o Anteprojeto não ficasse distanciado das modernas técnicas de interferência nas comunicações telefônicas, no intuito de garantir a segurança, a inviolabilidade e a preservação do sigilo.

4 – O Anteprojeto ora apresentado aponta, no art. 1º, as diversas técnicas de interferência na comunicação telefônica: a interceptação (a captação por um terceiro da conversa entre dois interlocutores), o impedimento (a intervenção para que a comunicação não chegue a seu destino), a interrupção (a obstrução da comunicação, em determinado momento), a escuta (a interceptação feita com o conhecimento de um dos interlocutores) e a gravação das conversas captadas. As comunicações telefônicas são equiparadas todas as formas de telecomunicações, hoje enumeradas na Lei n.9.472/97.

No mesmo artigo, o anteprojeto aponta, em obediência ao princípio da proporcionalidade, os crimes relativamente aos quais a interferência é admissível. O rol é bastante amplo, de modo a compreender novas modalidades criminosas (como o chamado seqüestro relâmpago ou os crimes contra a ordem tributária), de natureza grave ou particularmente adequadas a serem investigados na forma prevista na lei, como o de ameaça quando cometida por telefone.

Logo a seguir, trata das denominadas "interceptações ambientais", tanto de conversas como de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, determinando sua sujeição, no que couber, às mesmas regras previstas no Anteprojeto (art.2º). A este, ao contrário, não fica sujeita a gravação de conversa própria, sem conhecimento do interlocutor, por telefone ou por outros meios, mas sua divulgação só será permitida para o exercício regular de um direito (art.4º).

Desde logo se exclui toda e qualquer intromissão nas comunicações entre o suspeito ou acusado ou seu defensor, de modo mais amplo de quanto o façam a lei em vigor e o projeto Pedro Simon (art.3º).

O art. 5º cuida minuciosamente do pedido, formulado mediante requerimento do MP ou representação da autoridade policial (ciente, neste

caso, o MP), que deverá conter todos os elementos, cuidadosamente enumerados, aptos a convencer o juiz da necessidade e da legalidade da operação técnica requerida. Esbatendo uma dúvida prática que tem gerado controvérsia nos tribunais, a lei confere ao MP e à autoridade policial o poder de requisitar das prestadoras dos serviços de telefonia, exclusivamente para os fins de formulação do pedido, o cadastro relativo ao nome, número de telefone e endereço do titular da linha. O suspeito ou acusado, assim como ofendido – quando se trate de ameaça cometida por telefone – também poderão formular o pedido.

O art. 6º cerca de cuidados a autorização judicial que, precedida de distribuição, e evidentemente fundamentada, deverá referir-se de forma expressa aos pressupostos autorizadores da diligência, taxativamente enumerados. Da decisão que deferir ou indeferir a operação técnica cabe recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo (art. 7º).

O art. 8º toma o cuidado de determinar que o inteiro teor da decisão que autoriza a operação técnica seja transcrita na ordem, a ser assinada pelo juiz e entregue, em duas vias, uma para a prestadora do serviço de telefonia e outra à autoridade policial, com ciência ao MP. Resolve-se, assim, outra questão prática que gerava dúvidas e escapava de controles. Especial cuidado tomam os arts. 9º e 10 com os prazos das operações técnicas, exigindo maior controle do juiz sobre os mesmos.

O art. 11 responde a outra dificuldade prática hoje existente, substituindo a precatória por qualquer meio rápido de comunicação, a ser confirmado em 48 horas por documento oficial, quando as operações técnicas devam ser realizadas fora da área de competência do juiz. No caso de falta de comunicação oficial, está prevista a imediata suspensão das operações, pelo juiz, e a inutilização da prova porventura colhida.

Especial cuidado mereceram as operações técnicas, durante as quais hoje ocorrem os maiores abusos. Sua execução é atribuída à autoridade policial, sujeita a controle do MP, porquanto o compromisso com o interesse público e com o sigilo, assim como a necessária especialização, desaconselham que a função seja atribuída às operadoras dos serviços de telefonia. Mas o Anteprojeto determina a necessidade de as operações serem efetuadas em órgão próprio, exclusivo e centralizado, sob a responsabilidade direta da Chefia de Polícia. Esses sistemas de gerenciamento centralizado, já existentes em diversos Estados da Federação e no Distrito Federal, asseguram a inviolabilidade da informação obtida, sem engessar as operações. Trata-se de sistema indevassável, cujo padrão deverá ser estabelecido, em 90 dias, pelo Ministério da Justiça, de modo a atender às especificidades das Polícias Federal e Estadual, enquanto caberá à ANATEL, entre outras atribuições, regulamentar o padrão de protocolo a ser utilizado por todas as prestadoras de serviços telecomunicações. Prevê-se a possibilidade de Convênios entre União, Estados e Municípios (arts. 12 a 15).

Findas as operações técnicas, a autoridade policial encaminhará imediatamente, em uma única cópia, todo o material obtido ao juiz competente, juntamente com os autos circunstanciados com o resumo das operações realizadas, devendo zelar para que nenhum registro fique armazenado no sistema (art. 12, parágrafo único).

Recebido o material pelo juiz, tem início o incidente probatório, em contraditório pleno. As partes escutam em juízo as gravações, indicando os trechos cuja transcrição pretendem, sem prejuízo da atividade supletiva do juiz. Dúvidas sobre a autenticidade da gravação ou da voz serão decididas pelo juiz aplicando-se, no que for cabível, as regras do CPP sobre o incidente de falsidade. Da decisão do juiz sobre as transcrições e as dúvidas de autenticidade cabe recurso em sentido estrito, com efeito suspensivo restrito ao incidente probatório (Art. 16).

Segundo o art. 17, a transcrição dos trechos indicados instruirá os autos, conservando-se em cartório, em absoluto segredo de justiça, as fitas magnéticas ou elementos análogos, até o trânsito em julgado da sentença.

A lei não se preocupa com o incidente de inutilização dos trechos de conversa estranhos à investigação dos crimes, não só porque o produto do Sistema Centralizado é totalmente indevassável, mas sobretudo porque não se pode retirar das partes o direito de voltar a escutar as gravações, que ainda podem ser úteis à defesa e à acusação.

O art.18 inaugura o Capítulo atinente à utilização da prova resultante de operações, determinando sua imprestabilidade quando feitas fora dos casos, modalidades e formas previstas na lei. E o art. 19, tratando das operações técnicas lícitas, adverte que a prova delas resultante só pode servir em relação aos crimes para os quais houve autorização, com exceção dos crimes conexos ou de qualquer dos outros crimes constantes do rol do art.1º. Ademais, não se permite a utilização da prova assim colhida em procedimentos ou processos não-penais.

No capítulo VI do Anteprojeto, que cuida das sanções penais, são tipificadas as seguintes condutas: a) proceder às operações de Interceptação, impedimento, interrupção, escuta ou gravação de comunicações telefônicas, e das telecomunicações a elas equiparadas para efeito desta lei, fora dos casos, modalidades e formas estabelecidos nesta lei; b) gravar clandestinamente a conversação entre presentes, bem como a proceder à captação ou interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, registrá-los, analisá-los ou utilizá-los, fora dos casos, modalidades e formas estabelecidos nesta lei; c) divulgar ou utilizar o conteúdo das operações ilegais; d) previsão de qualificadora quando o agente for funcionário público, prevalecendo-se do cargo ou função; e) divulgar ou utilizar, por quaisquer meios, resultado de interceptação, escuta e gravação obtida nos termos desta lei, protegida por sigilo judicial; f) divulgar gravação de conversa própria, telefônica ou não, executada sem conhecimento do interlocutor, salvo no caso de exercício regular de um direito; g) fazer afirmação falsa ou induzir a erro a autoridade judicial, com o propósito de obter a autorização; autorizar as operações técnicas fora dos casos, modalidades e formas previstas na lei. Se a divulgação, em qualquer das modalidades tipificadas pela lei, se der por meio de imprensa ou pela internet, prevê-se o aumento de pena de um terço e a apuração da responsabilidade penal segundo os arts. 37 a 39 da Lei n.5.250, de 1967.

Por último, nas disposições finais e transitórias, prevê-se o segredo de justiça para os inquéritos e processos que contenham elementos informativos ou provas obtidos na forma da lei (art.27). No artigo 28, numa disposição transitória, regulamenta-se a forma de execução das operações técnicas, enquanto o Ministério da Justiça e a ANATEL não definirem e regulamentarem o sistema de gerenciamento, atribuindo ao Chefe de Polícia a responsabilidade de estabelecer a forma de execução, de modo a possibilitar o controle do Ministério Público e a garantir a regularidade, inviolabilidade e privacidade do sistema utilizado; o art. 29 cuida da entrada em vigor da lei, prevendo uma *vacatio legis* de 60 dias; e, finalmente, o art. 26 traça a regra de direito intertemporal, pela qual a lei se aplica imediatamente aos processos pendentes, em que não tenha sido observado o disposto nos artigos 1º e 19 da lei.

5 – Finalmente, a Comissão Especial constituída por Vossa Excelência quer salientar que a filosofia do anteprojeto se funda na ação integrada da Polícia Judiciária e do Ministério Público, bem como na fixação de um sistema unificado de gerenciamento das operações, a ser estabelecido pelo Ministério da Justiça, com a regulamentação das atividades das prestadoras de serviços de telecomunicações, a ser especificada pela ANATEL. Tudo sob o controle do juiz e observados sempre os direitos de defesa, de modo a dotar o Estado de um poderoso meio de investigação, necessário conquanto excepcional, o qual não deve prestar-se a excessos e abusos, mas deve ser perfeitamente adequado aos fins a que se destina.

Antônio Carlos de Almeida Castro
Antônio Magalhães Gomes Filho
Antônio Scarance Fernandes
Luiz Guilherme Vieira (grifos acrescidos)
GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Exposição de Motivos. Disponível em:
http://www.mj.gov.br/sal/PDF/EXP_MOTIVOS-Interc.pdf.

2.5.2 Anteprojeto de Lei

Anteprojeto de Lei
Comissão Ministerial
Versão final

Disciplina o inciso XII, in fine, do artigo 5º da Constituição Federal e dá outras providências

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I

Da admissibilidade

Art. 1º. A interceptação, o impedimento, a interrupção, a escuta e a gravação das comunicações telefônicas somente são admissíveis para fins de investigação criminal ou instrução processual penal relativamente aos seguintes crimes:

I – terrorismo;

II – tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins;

III – tráfico de mulheres e subtração de incapazes;

IV – lavagem de dinheiro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a ordem econômica e tributária;

VII – contra a administração pública, desde que punidos com pena de reclusão;

VIII – falsificação de moeda;

IX – roubo, extorsão simples, extorsão mediante seqüestro, seqüestro e cárcere privado;

X – homicídio doloso;

XI – ameaça quando cometida por telefone;

XII – decorrente de organização criminosa.

Parágrafo único. Equiparam-se às comunicações telefônicas, para efeito desta lei, todas as formas de telecomunicação (artigo 60, par.1º, da Lei nº 4.972/97).

Art. 2º. As gravações clandestinas de conversas entre presentes, bem como a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro, análise e utilização, sujeitam-se às mesmas regras previstas nesta lei, no que forem cabíveis.

Art. 3º. As operações referidas nos artigos anteriores não serão permitidas, em qualquer hipótese, quando se tratar de comunicações entre o suspeito ou acusado e seu defensor.

Art. 4º. Não se sujeita a esta lei a gravação de conversa própria, sem conhecimento do interlocutor, por telefone ou por outros meios, mas sua divulgação só será permitida para o exercício regular de um direito.

CAPÍTULO II

Do pedido e da autorização judicial

Art. 5º. O pedido será formulado por escrito ao juiz competente, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, ouvido, neste caso, o Ministério Público, e deverá conter:

- I. a clara descrição da situação objeto da investigação;
- II. a qualificação do investigado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;
- III. a indicação da existência de indícios suficientes da prática de qualquer dos crimes previstos no artigo 1º;
- IV. a demonstração de ser a operação técnica estritamente necessária e da impossibilidade de ser a prova obtida por outros meios.

§ 1º. O requerimento ou a representação deverá indicar o número da linha telefônica (código de acesso), com seu código de área, podendo o Ministério Público e a autoridade policial requisitar das prestadoras dos serviços de telefonia, exclusivamente para os fins da formulação do pedido, o cadastro relativo ao nome, número de telefone e endereço do titular da linha.

§ 2º. O suspeito ou acusado e, no caso do inciso XI do artigo 1º, o ofendido ou seu representante legal, poderá formular o pedido mediante requerimento dirigido ao juiz competente.

Artigo 6º. O requerimento ou a representação será distribuído e autuado em separado, sob sigilo de justiça, devendo o juiz competente, no prazo máximo de 24 horas, proferir decisão fundamentada, que consignará de forma expressa, quando deferida a autorização:

- a) a existência de indícios suficientes da prática de qualquer dos crimes previstos no artigo 1º;
- b) a existência de indícios suficientes de autoria ou participação do investigado em qualquer dos crimes referidos no artigo 1º, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;
- c) a demonstração de ser a providência estritamente necessária, não podendo a prova do crime e de suas circunstâncias ser obtida por outros meios disponíveis;
- d) a indicação do número da linha telefônica (código de acesso), incluindo seu código de área, objeto da operação técnica, justificada a sua relação com os fatos investigados.

Art. 7º. Da decisão que deferir ou indeferir o pedido cabe recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo, devendo o tribunal, se for o caso, determinar a inutilização da prova eventualmente obtida, bem como a sua forma, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

Art. 8º. O inteiro teor da decisão que autorizar a operação técnica será transcrito na ordem, assinada pessoalmente pelo juiz, a ser expedida em duas vias, uma para a prestadora de serviço de telefonia e outra para a autoridade policial.

Art. 9º. O juiz fixará a duração das operações até o prazo de 15 dias, renovável por igual período, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida.

§ 1º. Após a primeira renovação, as demais, por igual período, dependerão da verificação da excepcionalidade do caso concreto, baseada na apresentação ao juiz competente de relatório circunstanciado a respeito do resultado das operações já desenvolvidas, não podendo, contudo, o prazo máximo das operações técnicas exceder a 60 dias, exceto quando se tratar de investigação relativa a crime permanente, enquanto não cessar a permanência.

§ 2º. Para cada prorrogação, será necessária nova ordem judicial, devidamente motivada, observado o disposto no artigo 6º.

Art. 10. Os prazos previstos no artigo 9º e seus parágrafos correrão de forma contínua e ininterrupta, a partir da data em que a prestadora do serviço de telefonia proporcionar a realização da operação autorizada, comunicando o fato, por escrito, imediatamente ao juiz.

Art.11. A solicitação de um juiz a outro, para efeito da realização das operações técnicas fora da área de sua competência, será feita por qualquer meio rápido de comunicação, distribuído e autuado sob sigredo de justiça, devendo ser confirmada em 48 horas por documento oficial, sem prejuízo do imediato início das operações.

Parágrafo único – Não sendo feita no prazo a comunicação oficial, as operações serão imediatamente suspensas, com inutilização da prova porventura colhida, na forma a ser determinada pelo juiz, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

CAPÍTULO III

Das operações técnicas

Art. 12. A execução das operações técnicas de que trata esta lei ficará sujeita ao controle do Ministério Público e será efetuada somente pela autoridade policial, em órgão próprio, centralizado e exclusivo, sob a responsabilidade direta da Chefia de Polícia.

Parágrafo único. Findas as operações técnicas, a autoridade policial encaminhará imediatamente, em uma única cópia, todo o material obtido ao juiz competente, acompanhado de autos circunstanciados com o resumo das operações realizadas, devendo zelar para que nenhum registro a elas relativo fique armazenado no sistema.

Art. 13. O Ministério da Justiça definirá, no prazo de 90 dias, o padrão de sistema de gerenciamento centralizado, de forma a atender às especificidades das polícias federal e estadual.

§ 1º – Definido o sistema descrito neste artigo, a ANATEL regulamentará, no prazo de 90 dias, o padrão de protocolo a ser utilizado por todas as prestadoras de serviços de telecomunicações.

§ 2º. Sem prejuízo da aplicabilidade imediata do disposto neste artigo, a União, os Estados e o Distrito Federal poderão celebrar convênios para a disciplina do sistema de gerenciamento centralizado, com vistas a assegurar a máxima eficiência, a preservação do sigilo e a inviolabilidade das informações obtidas.

Art. 14. Caberá à ANATEL, no prazo de 90 dias, regulamentar as formas e as condições em que as empresa de telecomunicações prestarão serviços técnicos especializados, quando requisitados pela autoridade policial.

Art. 15. O ressarcimento das empresas pelos serviços prestados e pelo uso da rede de telecomunicações será estabelecido pela ANATEL.

CAPÍTULO IV

Do incidente probatório

Art.16. Recebido o material obtido nas operações técnicas, o juiz competente dará ciência do mesmo ao Ministério Público, ao suspeito ou acusado e seu defensor.

§ 1º. A partir desse momento e em prazo não inferior a dez dias poderão as partes as examinar os autos circunstanciados e escutar as gravações, indicando, em 48 horas, os trechos cuja transcrição pretendem.

§ 2º. O juiz determinará a transcrição dos trechos indicados pelas partes e pela autoridade policial, bem como de outros que entenda pertinentes e relevantes.

§ 3º. As dúvidas a respeito da autenticidade da gravação ou da voz serão decididas pelo juiz, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 145 a 148 do Código de Processo Penal.

§ 4º. Das decisões previstas nos parágrafos 2º e 3º deste artigo cabe recurso em sentido estrito, com efeito suspensivo restrito ao incidente probatório.

Art.17. A transcrição dos trechos indicados instruirá os autos, conservando-se em cartório, em absoluto sigredo de justiça, as fitas magnéticas ou elementos análogos, até o trânsito em julgado da sentença, quando serão destruídos na forma a ser indicada pelo juiz, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

Parágrafo único. É permitido às partes extrair cópias das transcrições e escutarem, em juízo, as gravações, cabendo ao juiz zelar pela preservação da inviolabilidade e privacidade da prova.

CAPÍTULO V

Da utilização da prova resultante das operações

Art. 18. Os resultados da interceptação, impedimento, interrupção, escuta e gravação, realizados fora dos casos, modalidades e formas estabelecidos nesta lei, não poderão ser utilizados como prova em qualquer investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza.

Art. 19. Os resultados das operações técnicas realizadas nos termos desta lei não poderão ser utilizados para a instrução de processos ou investigações relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi dada, salvo quando se tratar de crime conexo ou de outro crime constante do artigo 1º desta lei, hipótese em que se observará o disposto nos artigos 16 e 17.

Parágrafo único. Serão igualmente inutilizáveis os resultados das operações técnicas em procedimentos ou processos de natureza não-penal.

CAPÍTULO VI

Das sanções penais

Art. 20 . Constitui crime proceder à operação de interceptação, impedimento, interrupção, escuta ou gravação de comunicação telefônica e das telecomunicações a ela equiparadas, fora dos casos, modalidades e formas previstas nesta lei.

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º. Incorre nas mesmas penas quem divulga ou utiliza o resultado das operações ilegais descritas no caput deste artigo.

§ 2º. A pena é aumentada de um terço se o agente for funcionário público, prevalecendo-se de seu cargo ou função.

Art. 21 . Constitui crime a gravação clandestina de conversa entre presentes, bem como a captação ou a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro, análise ou utilização, fora dos casos, modalidades e formas previstas nesta lei.

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º - Incorre nas mesmas penas quem divulga ou utiliza o resultados das operações ilegais descritas no caput deste artigo.

§ 2º - A pena é aumentada de um terço se o agente for funcionário público, prevalecendo-se de seu cargo ou função.

Art. 22. Constitui crime divulgar ou utilizar, por quaisquer meios, o resultado das operações técnicas realizadas nos casos, modalidades e formas previstas nesta lei, protegido por sigilo judicial:

Pena — reclusão, de 1 (hum) a 3 (três) anos, e multa.

Art.23 . Constitui crime a divulgação da gravação de conversa própria, por telefone ou por outro meio, gravada sem o conhecimento do interlocutor, salvo para o exercício regular de um direito.

Pena — reclusão, de 1 (hum) a 3 (três) anos e multa.

Art. 24 . No caso dos crimes previstos nos artigos 20, parágrafo 1º, 21, parágrafo 1º , 22 e 23, a pena é aumentada de um terço se a divulgação se der por meio de jornais e outras publicações periódicas, serviços de radiodifusão e serviços noticiosos, bem como pela internet.

Parágrafo único — A responsabilidade penal, nesses casos, será determinada na forma dos artigos 37 a 39 da Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

Art. 25 . Constitui crime fazer afirmação falsa ou induzir a erro a autoridade judicial, com o propósito de obter autorização para as operações previstas nos artigos 1º e 2º desta lei.

Pena — reclusão, de 1 (hum) a 3 (três) anos e multa.

Art.26. Constitui crime autorizar as operações previstas nos artigos 1º e 2º desta lei fora dos casos, modalidades e formas nela estabelecidas.

Pena – reclusão, de 1 (hum) a 3 (três) anos, e multa.

CAPÍTULO VII

Disposições finais e transitórias

Art. 27. Ressalvadas as prerrogativas das partes, correrão em segredo de justiça os inquéritos e processos que contiverem elementos informativos ou provas obtidos na forma desta lei.

Art. 28 – Enquanto o Ministério da Justiça não definir e a ANATEL não regulamentar o sistema de gerenciamento a ser utilizado para as operações técnicas descritas nesta lei, a Chefia de Polícia estabelecerá a forma de sua execução, de modo a possibilitar o controle do Ministério Público e a garantir a regularidade, inviolabilidade e privacidade do sistema utilizado.

Art. 29. Esta lei entrará em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação, aplicando-se, no que forem compatíveis, as normas do Código de Processo Penal e do Código de Processo Penal Militar.

Art. 30. Ficam revogadas as disposições em contrário, e especialmente a lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, aplicando-se a nova lei aos processos pendentes, ainda não transitados em julgado, em que não tenha sido observado o disposto nos artigos 1º e 19 desta lei.

(DEPUTADOS, Câmara do. Projeto de Lei nº 1.258, de 1995. 1996. Disponível em:

<<http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD12JAN1996.pdf&npagina=524>>. Acesso em: 15 nov. 2015.)

Outro projeto de lei referente à interceptação telefônica é o projeto nº 3.272 de 2008. Infelizmente esse projeto mais moderno não traz muitas inovações, não se coaduna com o pensamento do STF e tribunais superiores e do mesmo modo não promove a utilização do princípio da proporcionalidade. (DEPUTADOS, Câmara do. Projeto de Lei nº 3.272, de 2008. Esse projeto mais recente Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=391056>>. Acesso em: 15 nov. 2015.)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Interceptação Telefônica deve ter a busca pela prova como sua função Estatal e Social; além da formação de convicção e outros aspectos inerentes ao processo. Isto vem mostrar que o caminho da investigação com base na interceptação telefônica deve priorizar o seu aprimoramento na realidade da sociedade hodierna, para assim levar para o processo penal a construção de alicerces sólidos para uma condenação equânime.

Retomando a hipótese básica que norteia esta pesquisa, ou seja, se é possível a obtenção da prova por meio da interceptação telefônica atual, permitindo conseguir a prova de maneira satisfatória e observando os princípios constitucionais, conclui-se que é possível promover o desenvolvimento de uma prova com resultados almejados, com aprimoramento, e desde que se adotem instrumentos que valorizem não apenas o resultado alcançado na questão de uma condenação, mas também a clarividência dos meios que permitiram esse caminho de maneira lícita e proporcional. Neste sentido, o papel da interceptação telefônica é o de criar condições que propiciem a cada uma das investigações o equilíbrio entre o aspecto probatório e processual, mantendo o conjunto de fatores, os quais agem entre si, e determinam a conduta daqueles que permeiam no engajamento da prova lícita, a perscrutação e a concentração necessárias à sustentação da prova, na busca da solução do problema. Porém, na realidade, a Lei que conduz a esse meio de obtenção de prova que é a interceptação telefônica, continua se preocupando em repassar questões que pela sua amplitude acabam por infligir um evidente atentado às garantias constitucionais, não bastando para o processo probatório, visto que este deve ser mais abrangente em algumas ocasiões e deixando de ser apenas seletivo em outras.

Nesse sentido, limitou a atuação estatal, assegurando, como exemplo, os direitos à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, bem como a livre manifestação do pensamento, às liberdades religiosas, intelectuais, artísticas e científicas, a inviolabilidade de domicílio, das correspondências, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados.

Com relação à tutela da intimidade, especialmente no caso do sigilo das comunicações telefônicas, o cidadão tem direito de reservar os fatos da sua vida pessoal, não permitindo a devassa da sua vida privada. É uma tendência das

legislações mais atuais buscarem esse tipo de restrição. É importante frisar que, apesar disso, não existem direitos absolutos, pois numa sociedade, sempre haverá a necessidade de serem conciliados os direitos e deveres, cabendo à Ciência do Direito e a Moral, a estipulação dos limites visando à convivência pacífica e tranquila de uma sociedade.

É patente a importância da modificação na Lei de interceptação telefônica, já que o objetivo específico do presente trabalho é descrever como a Interceptação Telefônica fundamentada no princípio da proporcionalidade pode ser realizada pela Polícia Militar no sentido de permitir a prova com suas repercussões no caso concreto.

De acordo com a jurisprudência indicada, está demonstrada a quantidade de julgados existentes que promovem razoabilidade e proporcionalidade nas situações que buscam o Poder Judiciário a respeito do assunto. Esse princípio deve ser analisado tanto na lei de Interceptação Telefônica como pelos operadores do direito que buscam a utilização desse instrumento de obtenção de provas. Ele é condição sem a qual a investigação criminal não evolui de maneira lícita e legal. Pelo que foi dito, o Encarregado de Inquérito Policial Militar na PMDF, deve, nesse procedimento administrativo, analisar a importância e a necessidade de aplicação dos mecanismos de colheita de provas para tornar o IPM legítimo e apto à instrução criminal.

Como dito alhures, em nome da proteção do Estado, da segurança nacional e da sociedade, não se pode compreender como garantia absoluta da privacidade, o sigilo, no processo penal, mas também não se pode permitir, de acordo com o princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos examinados com atenção e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios ilícitos.

O princípio da proporcionalidade, nesse sentido, permite a análise da norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito, devendo o juiz na análise do caso concreto, tomar com a mão o peso de outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, que não supere em valor aquela que está sendo violada. Portanto, nesse contexto, é justa aplicação do princípio da proporcionalidade nos aspectos referentes à interceptação telefônica.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Ramagem. **Comentários ao Código Penal Militar de 1969**. São Paulo: Juriscred, 1972.
- BANDEIRA, Esmeraldino. **Direito, Justiça e Processo militar**. Rio: Francisco Alves, 1919.
- BARROSO, Luiz Roberto. "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional". *Revista Forense*. vol. 336, p.125-136, ano 92, outubro-dezembro de 1996.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.
- _____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0667.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.
- _____. **Decreto-lei nº 1.001/69, de 21 de outubro de 1969**. Decreta o Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0667.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.
- _____. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Decreta o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 31 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0667.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.
- _____. **Decreto-lei nº 3.689/41, de 03 de outubro de 1941**. Decreta o Código Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0667.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.
- _____. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm> Acesso em: 09 nov. 2015.
- _____. **Lei nº 9.296, DE 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm> Acesso em: 09 nov. 2015.
- _____. **Projeto de Lei nº 4.205 / 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2001/msg211-010308.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 161053**, Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. *Diário de Justiça*. Brasília, 27 nov. 2012. Acesso em: 09 nov. 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 31356**. Sexta Turma. Brasília, DF de 2014. *Diário de Justiça Eletrônico - DJe*. Brasília, 24 mar. 2014. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 59967**, Sexta Turma. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 29 de janeiro de 2006. Diário de Justiça Eletrônico - DJe. Brasília. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 186118**, Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 05 de janeiro de 2014. Diário de Justiça Eletrônico - DJe. Brasília, 29 out. 2014. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 133582 RJ2014/0096682-0**, S3 - Terceira Seção. Relator: Relator Rogério Schiett Cruz. Brasília, 08 de janeiro de 2015. Diário de Justiça Eletrônico - DJe. Brasília.

_____. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus nº 00001948520157000000 SP**. Relator: Relator José Coelho Ferreira. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2015. Diário de Justiça Eletrônico - DJe. Brasília, 04 nov. 2015. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 251445 GO**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 21 de junho de 2000. Diário de Justiça. Brasília, 03 ago. 2000. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 69912 RS**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ. Brasília, 26 nov. 1993. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91613 MG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 15 de janeiro de 2012. Diário de Justiça Eletrônico - DJe. Brasília, 14 set. 2012. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 72588 PB**, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 12 de janeiro de 1996. Repositório Oficial de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - RTJ STF. Brasília, 04 ago. 2000. v. 0199802, n. 00289. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 560223**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 25 de janeiro de 2010. Diário de Justiça Eletrônico - DJe. Brasília, 27 ago. 2010. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 83515**, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 16 de janeiro de 2004. **Diário de Justiça**. Brasília, 04 mar. 2005. v. 02182, n. 03. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 914061 SP 2007/000115-6**, T5 - Quinta Turma. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, DF, 06 de janeiro de 2007. Diário de Justiça. Brasília, 10 mar. 2008. p. 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rp nº 930**, Tribunal Pleno. Relator: Relator Ministro Cordeiro Guerra. Brasília, DF, 02 de janeiro de 1977. Diário de Justiça. Brasília, 02 set. 1977. v. 010681

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação Cível nº 24080299480**, Segunda Câmara Cível. Relator: Relator Namy Carlos de Souza Filho. **Diário de Justiça**. Espírito Santo, 11 nov. 2010.

_____. Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. **Recurso Extraordinário nº 34265**. Relator: Ivan Vasconcelos Brito Júnior. Alagoas, 18 de janeiro de 2012. **Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral de Alagoas**. Alagoas, 19 dez. 2012. v. 261, p. 7-8. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação em Mandado de Segurança - AMS nº 22811 RS 2004.71.00.022811-2**, Sétima Turma. Relator: Relator Néfi Cordeiro. **Diário de Justiça**. Rio Grande do Sul.

CALDERÓN, Ricardo. **Derecho penal militar**. México: Minerva, 1944.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed.. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando **Curso de processo penal / Fernando Capez**. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**, Antônio Carlo de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco – São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

DEPUTADOS, Câmara do. **Projeto de Lei nº 1.258, de 1995**. 1996. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD12JAN1996.pdf&npagina=524>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **Diário da União**. 2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/100346103/stf-18-09-2015-pg-113>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A Interceptação Telefônica. Constituição Federal**. A lei 9.296/96. In: **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Avilmar. **Inquérito policial militar e sindicância**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Mini Aurélio Eletrônico** versão 5.12, 7ª. edição, revista e atualizada, 2004 by Regis Ltda..

FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. **Manual de Direito Administrativo**, 19ª Ed, revista, ampliada e atualizada até 31.10.2007. Editora Lumen Juris, - Rio de Janeiro. 2008. Págs. 16-35.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOIÁS, Diário de Justiça do Estado do. **Representação para quebra de sigilo**. 2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/94890384/djgo-secao-iii-01-07-2015-pg-1445>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

GOMES, Luis Flávio **Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24.07.96**, Luis Flávio Gomes, Raúl Cervíni, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. **Concurso de pessoas / Rogério Greco**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. **Curso de Direito Penal / Rogério Greco**. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96 / Vicente Greco Filho**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Exposição de Motivos**. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sal/PDF/EXP_MOTIVOS-Interc.pdf.

_____. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2015

_____. **Do regime das interceptações telefônicas no Projeto do novo CPP- propostas de emendas do IBDP**. Boletim IBCCRIM, v. 18, p. 2-3, 2010.

HOUAISS. Antônio, **Dicionário eletrônico da língua portuguesa, 3.0, junho de 2009**.

ITÁLIA. **SENADO ITALIANO**.

<https://www.senato.it/1025?sezione=120&articolo_numero_articolo=15>. Acesso em 09 nov. 2015

KOOGAN, André; HOUAISS, Antonio (Ed.) **Enciclopédia e dicionário digital 98**. Direção geral de André Koogan Breikman. São Paulo: Delta: Estadão, 1998. 5 CD-ROM.

LAZZARINI Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. Sistematização Rui Stoco. 2ª edição. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1999.

LETRAS, Academia Brasileira de. **Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/nossa-lingua/busca-no-vocabulario>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 5 ed., 2010

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar Atualizado**. Brasília: Brasília Jurídica, 1.999.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar Atualizado**. Brasília: Brasília Jurídica, 2.004.

- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4.^a ed., Niterói: Impetus, 2010.
- MARQUES, José Frederico. Rev. e atual. Por NALINI, José Renato e DIP, Ricardo. **Da competência em matéria penal**. 1^a ed. Atual. Campinas: Millennium, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18.^a ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8^a ed. Malheiros: São Paulo, 1996, p. 545.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 27^a ed. revisada e atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010, Malheiros Editores, 2010, págs. 95-135.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional / Alexandre de Moraes**. São Paulo: Atlas, 2013.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas". *Revista Forense*. vol. 337, p.125-134, ano 93, janeiro-março de 1997.
- _____. **Direito aplicado**, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 170.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado / Guilherme de Souza Nucci**. 7 ed. ver., atual e ampliada. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **Código penal militar comentado / Guilherme de Souza Nucci**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Código de processo penal militar comentado / Guilherme de Souza Nucci**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Leis penais e processuais comentadas / Guilherme de Souza Nucci**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal / Eugênio Pacelli de Oliveira**. 7. ed. rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- PLANO Estratégico 2011-2012, Governo do Distrito Federal, Polícia Militar do Distrito Federal, "Planejando a Segurança Cidadã do Distrito Federal no Século XXI", Brasília – DF, Fevereiro/2011.
- PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores / Leandro Cadenas Prado**. – Niterói, RJ: Impetus, 2006.
- RIVERO, Jean, *Libertés publiques*, v. I, Paris: PUF, 1973, p.167.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Princípios constitucionais e inquérito policial militar**: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1584/principios-constitucionais-e-inquerito-policial-militar>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

SÃO PAULO. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 3. ed. Salvador: Jus Podvum, 2009.

ANEXO I – DEFINIÇÃO DE TERMOS

INTERCEPTAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO: É a captação da conversa por um terceiro sem o conhecimento de qualquer um dos interlocutores.

ESCUITA TELEFÔNICA: É a captação da conversa com o consentimento de apenas um dos interlocutores.

GRAVAÇÃO CLANDESTINA: É a gravação efetuada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.