

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
GIOVANNA GOMES RODRIGUES**

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA: UMA ANÁLISE
SOB A ÓTICA DA TEORIA DAS PROVAS E DO ORDENAMENTO JURÍDICO
PÁTRIO E SUA UTILIZAÇÃO NA OPERAÇÃO LAVA JATO**

**RUBIATABA/GO
2018**

GIOVANNA GOMES RODRIGUES

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA: UMA ANÁLISE
SOB A ÓTICA DA TEORIA DAS PROVAS E DO ORDENAMENTO JURÍDICO
PÁTRIO E SUA UTILIZAÇÃO NA OPERAÇÃO LAVA JATO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob a orientação do
professor especialista Arley Rodrigues Pereira
Júnior.

RUBIATABA/GO

2018

GIOVANNA GOMES RODRIGUES

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA: UMA ANÁLISE
SOB A ÓTICA DA TEORIA DAS PROVAS E DO ORDENAMENTO JURÍDICO
PÁTRIO E SUA APLICAÇÃO NA OPERAÇÃO LAVA JATO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob a orientação do
professor especialista Arley Rodrigues Pereira
Júnior.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 20/06/2018

**Especialista Arley Rodrigues Pereira Júnior
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Edilson Rodrigues
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista João Paulo da Silva Pires
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Dedico este trabalho à minha mãe, à minha irmã e ao meu namorado por todo amor e apoio durante minha vida acadêmica.

EPIGRAFE

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.” – (Rudolf Von Ihering).

RESUMO

O objetivo desta monografia é analisar se o instituto da interceptação telefônica na operação lava jato está sendo utilizada conforme os limites legais e constitucionais, sob a ótica da teoria das provas e do ordenamento jurídico pátrio, esclarecendo seus limites e possibilidades de utilização para que possa ser instrumento assertivo na persecução penal eficaz, respeitando as garantias individuais do investigado. Para atingimento deste objetivo, o autor desenvolveu o estudo das principais obras no campo do direito constitucional, direito e processo penal, e perpassou pela jurisprudência dos tribunais superiores, assim como pela literatura concernente à investigação dos agentes públicos, situando a atuação na operação Lava jato. Assim, com o acúmulo adquirido, foi possível elaborar a seguinte pesquisa utilizando do método da compilação. Os resultados obtidos apontam para a necessidade de adequação do Código de Processo Penal à Constituição da República e à evolução da sociedade contemporânea, para que possa elucidar os delitos de forma a tutelar, de fato, os bens jurídicos, sem que seja um mero trâmite burocrático mas que para isso siga-se os preceitos do processo penal democrático. No âmbito da interceptação telefônica, foi possível concluir, como resultado desta inquietação, que as interceptações telefônicas realizadas no âmbito da operação lavajato não estão sendo utilizadas seguindo os limites legais e constitucionais, ademais, é necessário um padrão normativo mais claro e objetivo para sua aplicação mais eficaz e justa, sem que seja carregada por subjetivismo judicial.

Palavras-chave: Interceptação; Processo; Prova; Telefônica

ABSTRACT

The objective of this monograph is to identify the telephone interception institute as a means of proof in the criminal process and to locate where it is within the Brazilian legal system, clarifying its limits and possibilities of use so that it can be an assertive instrument in effective criminal prosecution, respecting the guarantees investigated. In order to achieve this objective, the author has developed the study of the main works in the field of constitutional law, law and criminal procedure, and has covered the jurisprudence of the higher courts, as well as literature concerning the investigation of public agents, situating the operation Lava Jato. Thus, with the accumulation acquired, it was possible to elaborate the following research using the compilation method. The results obtained point to the need to adapt the Code of Criminal Procedure to the Constitution of the Republic and to the evolution of contemporary society, so that it can elucidate crimes in order to protect, in fact, legal assets, without being a mere bureaucratic process but for this to follow the precepts of democratic criminal procedure. In the context of telephone interception, it was possible to conclude, as a result of this concern, that a clearer and more objective normative standard is needed for its more effective and fair application, without being burdened by judicial subjectivism.

Keywords: Interception; Process; Proof. Phone

Traduzido por Anaíse Moreira Pimentel Atanásio, graduada em Licenciatura Plena em Letras pela Universidade Estadual de Goiás, Pós Graduada em Metodologia do Ensino de Língua Portuguesa e Língua Inglesa.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRFB/88 – Constituição Federal

N. – Número

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. PANORAMA GERAL DA TEORIA DAS PROVAS, BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL E ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO	14
2.1 TEORIA GERAL DA PROVA... ..	15
2.1.1 VALORAÇÃO PROBATÓRIA.....	15
2.1.2 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS	17
2.1.2.1 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO.....	18
2.1.2.2 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO A FAVOR DO RÉU.....	20
2.2 A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL.....	21
2.3 ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUISITIVO...22	
3.ARCABOUÇO NORMATIVO DAS PROVAS NO DIREITO BRASILEIRO E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA.....	25
3.1 CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA.....	25
3.1.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ATINENTES AO PROCESSO PENAL.....	27
3.1.2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	28
3.1.2.2 JUIZ NATURAL	29
3.1.2.3 VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS	30
3.1.2.4 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	31
3.1.2.5 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	32
3.1.2.6 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	33
3.2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA.....	34
4. O USO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO FRENTE AS NORMAS DO DIREITO PÁTRIO	39
4.1 DA FORMAÇÃO DA ESTRUTURA POLÍTICA NACIONAL À OPERAÇÃO LAVA JATO.....	40
4.2 CONTROVÉRSIAS ENTRE A CONDUÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NAS INVESTIGAÇÕES DA LAVA JATO E A DISCIPLINA LEGAL DO INSTITUTO	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49

1. INTRODUÇÃO

A análise da interceptação telefônica, como meio de prova, vem da necessidade de uma leitura científica de um dos assuntos mais controvertidos na sociedade brasileira atualmente: os eminentes escândalos de corrupção da classe política brasileira e como tem se dado a atuação do poder judiciário diante disso, especialmente na operação lava jato.

Diariamente a mídia vincula o vazamento de interceptações de expoentes governantes investigados que, por mais delituosas que sejam, importam na violação desse instituto como meio de prova, pois esse tipo de investigação deve ser realizada em sigilo, e em caráter excepcional, como preceitua o art. 5º, XII, da CRFB/88.

Ora, se há atribuição de validade desses atos, como preceitua Lopes Junior (2016, p. 292) sob a justificção moral de combate à corrupção, viola-se o Estado de Direito em relação a sua segurança jurídica, tão cara para afastar o despotismo como a própria preocupação com a honestidade dos governantes. Diante desse contexto, surge o tema abordado nesta monografia que tem como problemática: Estão sendo infringidos os limites legais e constitucionais das interceptações telefônicas na operação lava jato?

O objetivo central desta pesquisa é analisar se o instituto da interceptação telefônica na operação lava jato está sendo utilizada conforme os limites legais e constitucionais, sob a ótica da teoria das provas e do ordenamento jurídico pátrio.

Pretendeu-se, ainda, como objetivos específicos, compreender a teoria das provas e os limites da licitude dos meios probatórios; demonstrar os requisitos necessários para o deferimento das interceptações telefônicas; averiguar a aplicação da interceptação telefônica na persecução penal frente às prerrogativas dos agentes políticos do Estado na operação lava jato.

Há uma inflação desmedida na utilização deste meio probatório que, por sua própria natureza, deve ser uma medida excepcional, está se tornando dianteira na investigação e instrução processual penal.

A interceptação telefônica não deve ser utilizada de maneira irrestrita, devendo preservar os limites impostos pela lei, bem como os próprios critérios legais devem ser afunilados para que seja um instrumento benéfico ao exercício do poder de punir do Estado, e não apenas mais um pretexto para arbitrariedades.

Logo, o uso excessivo de interceptações telefônicas não está em consonância com os limites estabelecidos pela Lei n. 9.296/96, visto que deve ser usado em último caso. Quando não houver outro meio de produção de prova, os conteúdos devem ser sigilosos e o prazo de duração deve ser respeitado. Porém, o que se percebe é uma grande quantidade de interceptações, muitas com prazos que extrapolam os limites e conteúdos sendo divulgados nos meios midiáticos, ferindo o princípio da presunção da inocência e o direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações, e por consequência, ferindo a própria Constituição da República e os Princípios formadores do Estado Democrático de Direito.

O tema possui relevância social porque o uso desmedido deste meio, de forma desregrada e arbitrária, pode gerar uma insegurança jurídica e social à própria sociedade, caso não seja ponderado e coerente, pois se torna rotineira a utilização de um método invasivo, prejudicando o direito à intimidade do cidadão e uma série de direitos individuais, sem ao menos, grandes fundamentos. Deve ser preservada a eficácia vertical dos direitos fundamentais, pelo bem da ordem pública.

Além disso, possui ainda grande importância acadêmica, pois agregará conhecimento e domínio sobre o tema, bem como, ao passo que realizará a discussão sobre os limites estabelecidos e a forma com que as interceptações estão sendo aplicadas no cenário atual do país, proporcionará uma análise sobre um instrumento recorrente em processos, e ao apresentar uma nova vertente sobre um tema muito discutido, terá também importância jurídica.

A metodologia aplicada consiste na pesquisa bibliográfica, na utilização do método indutivo e dedutivo para trazer através do estudo de obras no campo do direito e processo penal, do direito constitucional, bem como da filosofia e sociologia jurídica, um apanhado teórico, como também a análise da realidade fática, observando os acontecimentos cotidianos do meio político e decisões proferidas nos juízos e tribunais sobre o tema, especialmente na operação lava jato a fim de construir uma concepção sobre o assunto tanto mais ampla quanto possível.

No primeiro capítulo foi realizada uma retomada dos principais aspectos doutrinários da teoria das provas, passando pela conceituação, os limites de licitude dos meios probatórios, sistemas de gestão e das provas, a busca da verdade no processo penal, e por fim um paralelo entre o sistema acusatório e inquisitivo rumo a uma concepção garantista.

O segundo capítulo traz a abordagem das provas na Constituição da República, nos tratados internacionais e na legislação infraconstitucional, analisando o ordenamento jurídico de um modo transversal sobre esse tema e sua coerência e aplicabilidade e, ainda,

verticalizar no tema da interceptação telefônica como meio de prova, realizando a definição e distinção com demais congêneres como a escuta, a gravação clandestina, a interceptação telemática e a quebra de sigilo, assim como aquela se situa em relação à teoria geral das provas e ao ordenamento.

Por fim, o terceiro capítulo buscou uma averiguação da aplicação desses institutos na persecução penal frente às prerrogativas dos agentes políticos do Estado, e as liberdades públicas dos cidadãos, especialmente, em relação à operação lava-jato, e qual o caminho a ser percorrido para que a interceptação telefônica seja um mecanismo efetivo e eficaz para a investigação criminal, sem, contudo, corromper as premissas fundamentais de liberdade, privacidade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica.

2. PANORAMA GERAL DA TEORIA DAS PROVAS, BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL E ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO

O tema das provas é um dos pilares fundamentais do processo, pois são esses os instrumentos pelos quais busca-se reconstituir a realidade dos fatos discutidos na ação. Especialmente no que tange o processo penal, onde os bens jurídicos eleitos pela norma penal, como mais relevantes dentro de cada sociedade, são resguardados pela jurisdição, importando as sanções mais severas ao indivíduo que as infringe, a prova tem papel primordial a fim de assegurar o direito e a justiça, conforme enuncia Pacelli (2016, p. 283).

Aprioristicamente, pretende-se, nesse capítulo, discutir a construção jurídica das provas no processo penal, dentro de suas particularidades doutrinárias, institutos, princípios e evolução histórica, e analisar o atual estágio em que se encontra o ordenamento brasileiro, para que, no segundo momento desse trabalho, se possa observar todo o arcabouço normativo (Constituição, Legislação Infraconstitucional e Tratados) à luz das formulações teóricas e, posteriormente, possa-se discutir com propriedade onde se localiza a interceptação telefônica no contexto probatório e como se dá a sua aplicabilidade teórica e prática. Realizando, por fim, uma análise crítica de sua implementação na operação lava jato até o presente momento. A estratégia eleita ajuda a desvendar a problemática da pesquisa porque oferece um suporte jurídico adequado para entender as interfaces da aplicação do instituto averiguado, assim como a consonância de sua aplicação prática.

A metodologia bibliográfica deu suporte ao desenvolvimento dessa pesquisa, compondo-se do estudo, resumos e fichamentos das obras fundamentais no campo do processo penal, bem como da literatura, jurisprudência e legislação no que concerne ao tema das provas, buscando situar noções gerais acerca do tema, sempre localizando as premissas englobadas - ou não - no direito positivado nacional, contextualizando a filtragem de paradigmas que se deram a partir da inauguração do modelo democrático inaugurado pela Constituição da República de 1988 rumo a uma concepção garantista do processo penal a ser tratada, com profundidade, no segundo capítulo.

2.1. TEORIA GERAL DA PROVA

As provas são elementos que buscam o convencimento do juiz na sua atividade de verificar as circunstâncias alegadas no processo, com a maior fidelidade possível à realidade histórica em questão. Dentro da dialética processual em que tese e antítese são estabelecidas pelas partes acerca da verdade, o magistrado buscará, através dos signos que perduraram no tempo, eleger a síntese de todo o ocorrido como proposição verdadeira. Relevante é a elucidação de Lopes Júnior (2015, p. 288) sobre a temática:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). [...] Isso decorre do paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã).

Há que se diferenciar, no entanto, as provas dos meios de obtenção da prova. Lopes Júnior (2015, p. 295) esclarece que se a prova é a semiótica acerca do possível delito em busca da captura psíquica do julgador para a formulação do teor da sentença, os meios de prova são os instrumentos para alcançá-la. A interceptação telefônica, por exemplo, não consiste em si mesma em prova, mas meio para obter informações relevantes para o fato do processo. As possíveis informações coletadas sobre a matéria investigada são sim o conteúdo probatório.

Ainda, segundo o autor Lopes Júnior (2015, p. 296), os atos de investigação, por outro lado, são hipóteses elencadas na fase pré-processual que não seguem estritamente o contraditório, ampla defesa ou tem caráter público justamente pela natureza investigativa, elencando apenas possibilidades para verificar a pertinência da ação penal. Justamente por tal natureza, esses atos não podem servir de subsidio para a condenação pois não se atentam à dinâmica do devido processo legal. O inquérito policial, como procedimento administrativo, constrói apenas atos investigativos, com valor probatório restrito.

2.1.1 VALORAÇÃO PROBATÓRIA

Até o fim da idade média, discorre Pacelli (2016, p. 283) que o Estado absolutista vinculado à Igreja Católica fundia o conceito de crime e pecado, ao ponto que as condutas

reprimidas pela jurisdição eram as mesmas retaliadas pelos dogmas religiosos. As provas eram construídas através de respostas buscadas por sinais metafísicos como, por exemplo, um julgamento por combate onde o vencedor era considerado o inocente no conflito, ou a passagem do réu descalço sobre brasas, em que no caso de haver queimaduras, era considerado culpado, se não inocente. Ainda hoje existem lastros de uma influência transcendental no processo penal em alguns sistemas que as testemunhas têm de jurar dizer a verdade perante a Bíblia, por exemplo.

Em meados do século XVII e XVIII, com o surgimento do pensamento iluminista e o ideal cientificista crescente, inaugurou-se um momento de racionalização processual que resultou no fim do subjetivismo do julgador no momento de valoração das provas, e limitou o poder de sentenciar de acordo com sua íntima convicção. Passou-se a considerar tanto o rigor do método a ponto de levar a outro extremo: a tarifação das provas, de modo que não era possível ao juiz construir um raciocínio jurídico próprio, de acordo com o caso concreto, mas apenas julgar de acordo com a atribuição de relevância que trazia a lei a cada prova. Criou-se o chamado sistema das provas legais ou prova tarifada, onde a confissão era a rainha das provas, resultando em degenerações na busca incessante pela verdade a qualquer custo, inclusive sob tortura. Continua ainda Pacelli (2016, p. 284).

Nucci (2016, p. 374) traz que o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, do qual o Brasil é aderente, permite que o magistrado realize o julgamento sem critérios prévios de valor da prova, embora deva justificar sua decisão. Lógica fundamental para garantir a lisura e o devido processo legal, pois permite aos discordantes confrontarem o argumento que motivou a decisão, trazendo segurança jurídica e transparência, e, noutro diapasão, ainda imprime credibilidade ao procedimento do poder judiciário com profundidade técnica na decisão onde o juiz tem uma tarefa hermenêutica, valendo-se mais do conhecimento do que dos valores subjetivos. Ao deixar de considerar uma prova na sentença, o magistrado incorre em *error in iudicando*, abrindo precedente à reforma da decisão.

Importante salientar, que o juiz não pode basear a sentença somente em atos investigatórios, havendo necessidade de basear o processo em provas colhidas na esfera judicial, sob o crivo do contraditório, respeitando o procedimento, conforme dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos

elementos normativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A alteração legal remete a nova ordem processual penal, com respeito as garantias individuais do cidadão e o zelo pela legalidade estrita durante a investigação criminal. No rito do tribunal do júri, no entanto, ainda prevalece o critério da íntima convicção, importando um juízo distante do que se almeja como democrático.

2.1.2 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

O Estado de Direito, como aclara Lopes Júnior (2015, p. 327), possui como premissa o controle dos atos dos agentes públicos e é uma garantia do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado em busca de equilibrar a relação entre as partes e, portanto, conferir igualdade substancial, tratar os desiguais na medida de suas desigualdades. Sendo o cidadão hipossuficiente frente ao poder de punir estatal, devem ser estipulados critérios rígidos e seguros para a verificação do povo quanto à persecução penal. Como característica do regime democrático, o poder deve sempre contar com limitação e questionamento por parte de todos que o conferem. Emerge daí o princípio da vedação das provas ilícitas, situado no rol dos direitos fundamentais na CRFB/88, em seu Art. 5º, LVI e replicado no art. 157, caput do CPP, também trazido pela Lei n. 11.690/08.

Em que pese a doutrina trazer diferenciação entre provas ilegítimas (violações processuais) e ilícitas (materiais), toda infração contra o devido processo legal diz respeito ao direito material, sendo, portanto, uma garantia individual trazida por Pacelli (2016, p. 297), visando proteger, inclusive, outros direitos fundamentais referentes à individualidade contidos na Carta Magna, como a honra, intimidade, vida privada (art.5º, X) e todos os seus desdobramentos.

Os meios de provas estabelecidos no processo penal são, em regra, taxativos nos sistemas contemporâneos, como trás o art. 155 do CPP, mas, excepcionalmente, as chamadas provas inominadas são admitidas em virtude da célere evolução da sociedade e da tecnologia que a legislação não consegue acompanhar. Os limites constitucionais e legais balizam a admissão, carecendo de atenção para que não sejam entranhadas provas ilícitas disfarçadas de inominadas. Detectada a ilicitude da prova, esta deve ser desentranhada, imediatamente, dos autos nos termos do art. 157, § 3º do CPP, sob pena de preclusão do direito, conforme Lopes Junior (2015, p. 318).

A prova emprestada, continua Lopes Júnior (2015, p. 320), também esbarra em diversos limites para sua licitude no processo penal. Compreende-se por prova emprestada o aproveitamento de material colhido dentro de outro processo, criminal ou não. Considerando que iniciativas probatórias, como interceptações telefônicas, bancárias, fiscais, necessitam de autorização judicial para serem realizadas por infringirem direitos fundamentais do acusado, deve-se atentar que são limitadas e vinculadas ao pedido. Há de ter cautela quanto ao encontro fortuito de provas para ensejar investigação de novo crime.

A jurisprudência tem se consolidado no sentido de admitir o encontro acidental de provas como meio legal para iniciar-se a apuração de novo crime, como nos respectivos julgamentos do STJ no HC 187.189 e do STF no HC 5 em revisão INQ 4130 QO / PR 81.260/ES, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/4/2002, a respeito de delitos descobertos em interceptações telefônicas de investigações anteriores.

A despeito do entendimento dos tribunais, o tema exige uma análise crítica, pois o precedente pode ser vetor para verdadeira ingerência do poder punitivo estatal na intimidade dos cidadãos, vasculhando dados sob pretexto de investigações genéricas ou até mesmo infundadas, vulnerabilizando a autonomia dos indivíduos e tornando-se, inclusive, déspota. Embora Lopes Júnior (2015, p. 320) seja contundente na defesa da vedação absoluta das provas emprestadas, invocando o princípio da especialidade, há que se ponderar acerca da adequação, segundo princípio da racionalidade e proporcionalidade, compreendendo que nenhum direito fundamental é absoluto, como traz Pacelli (2016, p. 298).

2.1.2.1 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Surgida nos tribunais norte-americanos, salienta Pacelli (2016, p. 312), a chamada teoria dos frutos da árvore envenenada visa resguardar não só a utilização de provas ilícitas no processo como seus desdobramentos, pois não estaria estancada a arbitrariedade na produção da prova se mesmo desentranhada dos autos ela continuasse reverberando seus efeitos indiretamente. Novamente, a aludida reforma de 2008 acrescentou ao Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 157. (...)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução

criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

A teoria da contaminação é um terreno controvertido na doutrina, preceitua Lopes Junior (2015, p. 333) que deve-se ter muito cuidado ao analisar esse princípio sob pena de cair num subjetivismo, onde, de acordo com cada ato, o magistrado sinta-se na prerrogativa de valorar a sua livre escolha, o que permanece e o que sai do processo como desdobramento da ilicitude, não cumprindo o papel pedagógico e retaliativo de estancar a arbitrariedade de colher material probatório através de ofensa de direitos, devendo, portanto, ter a fixação de critérios objetivos.

Por outro lado, a aplicação absoluta desse princípio pode gerar ao réu uma imunidade permanente quanto ao fato em questão, produzindo uma blindagem indesejada decorrente de um erro de quem colheu a prova, seja o particular ou o Estado. O grande problema da ressalva em relação a comprovação do nexos causal é que se restringiu, na legislação, uma garantia assegurada como direito fundamental na Constituição da República, e inverteu o critério hermenêutico do estado de inocência do réu, admitindo a ilegalidade sempre que não for comprovada a relação.

Defendemos exatamente o oposto: salvo se ficar inequivocamente demonstrada a independência, as provas subsequentes deverão ser anuladas por derivação. É uma questão de respeito às regras do devido processo penal e, principalmente, dos valores em jogo. Não se pode admitir que o processo penal vire um instrumento para legitimar a prática de atos ilegais por parte dos agentes do Estado; isso é um absurdo. E, com certeza, se não toda, a imensa maioria das discussões travadas sobre a prova ilícita diz respeito a atos ilegais praticados por agentes do Estado. E, com isso, não se pode pactuar (LOPES JUNIOR, 2015, p. 338).

Em relação à fonte independente, o legislador mergulhou num campo de abstração ainda maior, considerando um evento casuístico no futuro para justificar ilegalidade realizada no passado. Numa tentativa de fazer uma interpretação sistemática da norma, a doutrina estabeleceu um conceito fechado de fonte independente a fim de buscar uma aplicação alheia à extrema mitigação do direito penal garantista. Preceitua Rangel (2015, p. 548):

Fonte independente de prova (FIP) é aquela que foi obtida sem qualquer relação, direta ou indireta, com a prova ilícita. Trata-se de um meio de prova que tem vida própria, autônoma, lícita e que não é contaminada e nem contamina qualquer outra fonte de prova, exatamente pela sua licitude.

Numa linha radicalizada, Lopes Júnior (2015, p. 332) defende que há, inclusive, contaminação psicológica do juiz em contato com a prova ilícita por derivação e sua retirada dos autos não significaria nada no resultado final do julgamento, embora a doutrina

majoritária preze pela aplicação da máxima efetividade dos direitos fundamentais, através da técnica hermenêutica de ponderação, de modo a aplicar um direito sem esvaziar o conteúdo do outro, respeitando, portanto, o devido processo legal sem, contudo, esvaziar o direito à segurança pública e à intervenção penal do Estado.

2.1.2.2 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO A FAVOR DO RÉU

Linha de raciocínio é diversa na perspectiva da prova ilícita utilizada em favor do réu pois, no critério valorativo é muito mais caro ao Estado Democrático de Direito, numa opção clara pelo direito penal mínimo condenar um inocente do que preservar os instrumentos processuais ao ponto de engessar a prova de sua inocência. A garantia da ampla defesa, inclusive, endossa tal tese. A doutrina já consolidou, inclusive, (LOPES JUNIOR, 2015, p. 332), bem como a jurisprudência, a validação de gravações ambientais e escuta telefônica clandestinamente por uma das partes, quando ela for a acusada de cometer o delito como no HC no 84.203/RS, Rel. Min. Celso de Mello, em 19.10.2004. Se partir de terceiro, é invocada a nulidade. Sustenta também a ideia os institutos excludentes de ilicitudes, como a inexigibilidade de conduta diversa e o estado de necessidade. Importa chamar a atenção para o tratamento diferenciado quanto aos crimes contra o patrimônio público:

Noutro giro, merece menção o fato de que no julgamento do Mandado de Segurança no 21.729-4, sendo Relator para o acórdão o Min. Néri da Silveira, impetrado em 1995 (a publicação do acórdão veio uma década depois), contra ato do Procurador-Geral da República, que exigia informações sigilosas a respeito do rastreamento de verbas públicas desviadas de sua finalidade, prevaleceu, por maioria, o entendimento segundo o qual, tratando-se de informações relativas a desvios de verbas públicas federais, o Ministério Público poderia obter tais informações diretamente da instituição financeira. No entanto, a bem da verdade, não cuidava a espécie de quebra de sigilo acerca de conta de depósitos e/ou de aplicações financeiras, mas de rastreamento de verbas públicas (PACELLI, 2016, p. 309).

A construção científica do tema e jurisprudencial vem se mostrando extremamente sensível à limitação do poder, no prisma de resguardar ao máximo possível o direito à liberdade, e priorizar a instrumentalidade do processo, buscando sempre a finalidade teleológica da norma, com observância, certamente, a certos critérios que determinem uma margem sólida de segurança jurídica. Embora diante da supracitada jurisprudência, fica demonstrado que não existe nenhuma espécie de opção preestabelecida entre os direitos em choque, homenageando a atividade cognitiva do juiz de conseguir assimilar dentro do caso concreto qual assertiva irá chegar mais próxima ao propósito constitucional, pois os interesses

da coletividade são resguardados como todo na abstração, mas no mundo dos fatos sabe-se que é impossível que os interesses e bens jurídicos não estejam, constantemente, conflitantes na esfera do indivíduo (LOPES JUNIOR, 2015, p. 337) .

2.2 A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Durante muito tempo a doutrina estabeleceu o binômio verdade processual x verdade real, e em razão disso, várias atrocidades foram cometidas ao longo da história em busca de uma impossível e desenfreada forma de se atingir a verdade a qualquer custo. Dentro de um complexo paradoxal, quanto mais violenta a persecução penal em nome da verdade, menor a qualidade das apurações desenvolvidas, levando o poder público a obter confissões através de tortura, por exemplo, de crimes nunca ocorridos. Ainda hoje são adotadas iniciativas extravagantes em busca de uma pacificação social e do punitivismo, que retomam uma ótica no processo penal que não corresponde aos anseios da sociedade brasileira, de ruptura e construção de uma nova ordem política através de uma luta contra o regime ditatorial e inauguração de um novo regime jurídico com a Constituição Cidadã de 1988 (PACELLI, 2016, p. 288).

Não obstante ser uma tarefa impossível a reconstrução fidedigna a uma situação ocorrida no passado, explicita Lopes Júnior (2015, p. 212) que a supressão de liberdades públicas em nome de uma cultura inquisitória que, nos dias atuais, insistem hodiernamente em fomentar a flexibilização de normas processuais por força da pressão midiática, é uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Se bastasse a busca desenfreada pela verdade e justiça através da força, não deveríamos prezar pelo contrato social, e sim por um modelo de autotutela costumeira nas primordiais civilizações.

A certeza jurídica que é buscada dentro do processo, conforme Lopes Júnior (2015, p. 212), não ignora a verdade, mas busca, dentro de limites e parâmetros que compõe o rito, eleger a tese mais racional possível. É o que preceitua a ilustre teoria discursiva do direito que se assenta na busca da legitimidade do ordenamento jurídico pelo próprio procedimento. O autor elenca preceitos objetivos a serem cumpridos para que a busca da verdade esteja dotada de razão e não inspirada em mera paixão ou intuição. É preciso que se justifique de forma pragmática:

A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial.

Essa limitação se manifesta em 4 sentidos:

I – a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma;

II – a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas;

III – deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição;

IV – a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias (LOPES JUNIOR, 2015, p. 212).

Ainda que a apuração judicial não consiga elucidar todos os fatos acontecidos, deve-se basear as decisões nas informações passíveis de confronto, e verificação, mesmo que mais limitadas, dentro do respeito às normas. Nesse ponto, observa-se que a verdade existe como uma só, reportando à realidade histórica relevante ao mundo jurídico onde seus fragmentos trazidos ao processo serão avaliados através do discurso. Funda-se, enfim, na captura psíquica do magistrado acerca dos fatos.

2.3 ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUISITIVO

O sistema inquisitivo tem como elemento essencial a reunião da acusação e julgamento em uma só pessoa, ou órgão somente. Nesse sistema processual, muito comum nos primórdios do ordenamento jurídico nas sociedades, não há publicidade dos atos, contraditório, ampla defesa. A participação do juiz começa na investigação vai até o julgamento. Leciona Nucci (2016, p. 112):

Esse sistema foi utilizado com sucesso em parte da Idade Média para combater os abusos cometidos pelos senhores feudais e pela aristocracia em detrimento de vassalos e pessoas pobres. Diante disso, os reis podiam enviar os juízes inquisidores, em seu nome, com poder suficiente para se voltar contra os ricos, autores de delitos graves, que não podiam ser tratados com absoluta igualdade. Aliás, aplicava-se a ideia da isonomia – tratar desigualmente os desiguais. Atuando contra ricos e poderosos, o processo penal jamais poderia lastrear-se, à época, em plena igualdade. Eis o motivo pelo qual o juiz inquisidor consegue amearhar provas, sem que as testemunhas se furtassem aos depoimentos, com temor de represálias, fazendo-o de maneira sigilosa, até que ficasse pronta a instrução. Assim, vítimas pobres poderiam ver a justiça ser realizada mesmo quando seus algozes fossem nobres ou afortunados.

Apesar da importância histórica desse sistema, ao longo do tempo, ele revelou vários vícios atinentes à concentração de demasiado poder na mão de uma só pessoa e do comprometimento do convencimento do magistrado por formular uma hipótese indiciária na fase pré-processual, estando apenas inclinado a confrontá-la durante a instrução.

Posteriormente, o modelo inquisitivo engendrou uma das maiores tragédias da história da humanidade, a inquisição da igreja católica.

No sistema acusatório há uma clara distinção entre o órgão acusador e julgador, priorizando a isonomia processual, a liberdade de defesa, e a liberdade do réu é a regra, partindo a investigação do estado de inocência do acusado. Esse sistema esteve presente na Roma Antiga, bem como prevalece nas sociedades contemporâneas, alinhando-se aos Estados Democráticos. A justiça penal aqui busca ser restaurativa em relação à vítima, ao acusado e à sociedade, enquanto a justiça no sistema inquisitivo é, em regra, retributiva. Valoriza-se a persuasão racional em detrimento da prova tarifada como no anterior.

A justiça penal de um Estado diz muito sobre o autoritarismo de seu Governo. O texto original do atual Código Penal Brasileiro, de 1941 inspirou-se expressamente no chamado Código de Rocco, da Itália, editado durante o governo fascista de Benito Mussoline, de um sistema notadamente inquisitorial, trazendo, portanto, a gestão das provas à mão do juiz, com prerrogativas investigatórias.

A despeito da reforma do Código de Processo Penal de 2008, que inovou em vários dispositivos no sentido de assemelhar o modelo nacional com o acusatório, ainda restam diversos dispositivos que são notadamente inquisitoriais como, por exemplo, o art. 156 que imprime ao juiz iniciativa probatória, e até mesmo de diligenciar durante a fase pré-processual, e a possibilidade do juiz converter prisão em flagrante em preventiva, conforme art. 310, assim como reconhecer agravantes que ainda não tenham sido suscitadas in loco no art. 385.

Ainda que resistam esses traços inquisitoriais, o processo penal brasileiro caminha para uma concepção garantista, trazida pela CRFB/88. As contribuições de Lopes Júnior (2015, p. 40) para a crítica dos resquícios prevaletentes inquisitórios são válidas, embora não contemple o todo ao definir o modelo brasileiro como neoinquisitorial, visto que a Constituição da República é a norma fundamental do ordenamento jurídico nacional, e introduz premissas essencialmente progressistas, de perfil acusatório, como os direitos fundamentais de primeira dimensão, fortemente embasados em garantias negativas contra o Estado, as atribuições da magistratura, extremamente, enfocadas no juiz natural e atribuições do Ministério Público como defensor da ordem jurídica, não só para acusação na ação penal mas, sobretudo, para a absolvição dos inocentes.

Nesse particular, pensamos que somente uma leitura constitucional do processo penal poderá afastar ou diminuir tais inconvenientes, com a afirmação do princípio do juiz natural e de sua indispensável imparcialidade. Com efeito, a igualdade das

partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. A iniciativa probatória do juiz deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da nova redação do art. 156, II, do CPP, trazida pela Lei no 11.690/08. Não se quer nenhum juiz inerte, mas apenas o fim do juiz investigador e acusador, de tempos, aliás, já superados (PACELLI, 2016, p. 28).

Coaduna-se, portanto, com as investigações de Pacelli (2016, p. 29) acerca de uma progressiva caminhada, do direito brasileiro ao sistema acusatório, através de uma filtragem constitucional pelos mecanismos de controle de constitucionalidade e também de convencionalidade, já que os princípios dispostos em tratados internacionais sobre direitos humanos passaram a receber status de norma constitucional, se aprovados pelo rito das Emendas, como preceitua o § 3º do Art. 5º da CRFB/88, introduzido pela EC 45, conhecida como reforma do poder judiciário.

3. ARCABOUÇO NORMATIVO DAS PROVAS NO DIREITO BRASILEIRO E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

Realizada a análise sucinta da teoria geral das provas e sistemas processuais penais no capítulo anterior, passa-se, agora, a tratar das normas regentes da produção de provas no sistema processual penal do Brasil, a fim de contextualizar o mecanismo da interceptação telefônica no ordenamento jurídico pátrio e, portanto, possibilitar a averiguação científica da legalidade com que tem sido gerido o instituto nos casos concretos da operação lava jato.

Para tanto, coloca-se essencial perfazer o caminho em primeiro momento, tratando os princípios e regras constitucionais atinentes ao processo penal, os tratados internacionais incorporados pelo direito brasileiro, e em quais pontos estes e aqueles norteiam a interceptação telefônica, e, em momento posterior, a legislação infraconstitucional.

Tendo em vista o caráter de monografia jurídica que possui o presente trabalho, vale-se do método da compilação deslindado por Nunes (2015, p. 61), a fim de observar os trabalhos de expoentes doutrinadores constitucionalistas e processualistas penais com o objetivo de sistematizar os conceitos primordiais à compreensão da lógica a ser seguida na gestão das provas, especificamente da interceptação, consoante à Carta Magna.

3.1 CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

Preambularmente, pretende-se demonstrar, neste ponto, a trajetória construída nos Estados Modernos que levaram à consolidação do modelo constitucional como via de regulamentação social, e como este modelo necessita do reconhecimento e aplicação dos direitos fundamentais para que se faça democrático, inclusive, no exercício do poder punitivo.

A Constituição no seu sentido jurídico-político, é, como aduz Masson (2016, p. 27), a expressão abstrata do poder; é a institucionalização das normas fundamentais que inauguram nova ordem de estruturação de um Estado. Determina, como coloca Nucci (2016, p. 49), o exercício dos poderes públicos e suas limitações.

A noção de constitucionalismo tem como forte marco o documento que ficou conhecido como Carta Magna, elaborado na Inglaterra em 1215, como um pacto de limitação

de poder do Rei João Sem Terra com seus súditos. Após perder a guerra que envolvia toda a Grã-bretanha, o monarca inglês teve sua autoridade colocada em cheque, e para manter-se soberano, teve de ceder parte do poder as normas estabelecidas no referido documento, que embora tenha sido apenas o primeiro de muitos que buscavam a limitar o absolutismo real, serviu de escopo para a elaboração e reconhecimento de uma série de tratados que reivindicaram direitos na Inglaterra, conforme leciona Nucci (2016, p. 51).

Devido a essa caminhada histórica de reconhecimento lento e gradual da normatização do Estado, não houve, no modelo Inglês, a elaboração de uma Constituição formal, em que todas as normas supremas estivessem organizadas dentro de um mesmo documento, como coloca Mendes e Branco (2016, p. 61), e, ainda, observam os autores, que neste modelo construído através da acumulação de costumes políticos ao longo da história, há um forte caráter permanente, já que não tende a acumular, como nos textos sistematizados, regras de caráter transitório e secundário.

Narra Nucci (2016, p. 52) que diante do grande acúmulo trazido pelo constitucionalismo inglês em criar um Estado pautado em leis, e não na vontade irrestrita de governantes, foi que surgiram, no século VIII sob a égide do iluminismo, os documentos fundantes dos Estados Modernos como se conhece hoje: A Constituição Federal dos Estados Unidos, de 1787, sendo a mais antiga em vigor ainda hoje, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução francesa, assim como a Constituição Francesa de 1791.

Ainda de acordo com Nucci (2016, p. 53) “a grande diferença entre o sistema constitucional francês e os sistemas britânico e americano reside, antes de mais nada, na sua origem revolucionária e, depois, na vocação universalista de difusão de ideias que lhe está associada”.

Ora, como fruto de uma ruptura radical pela revolução, e no intuito de eliminar o despotismo aristocrático, tornou-se necessária a elaboração das Constituições escritas para transmitir mais segurança jurídica e impedir o retrocesso de direitos alcançados. Esses documentos inspiraram todo ocidente, sobretudo, no que concerne ao reconhecimento de direitos e garantias do cidadão, analisa Nucci (2016, p. 54).

Quando o poder constituinte originário (força política que cria a Constituição) tem natureza democrática, ou seja, sua titularidade é do povo, denota Masson (2016, p. 105) que, ainda que inicial, este é ilimitado apenas quanto a ordem jurídica anterior, devendo-se basilar sempre nas regras e valores que já constam no seio social, sob pena de ser ilegítimo, ainda que exercido por representantes eleitos. Logo, é sempre necessário ter em vista a democracia

como parâmetro de elaboração e aplicação da constituição, para controlar possíveis incongruências éticas do legislador. A Constituição da República do Brasil de 1988 estabeleceu o caráter de Estado Democrático de Direito já no seu art. 1º. É, justamente, devido a essa premissa que os direitos e garantias fundamentais devem ser assegurados ao povo, ainda que invocados contra o arbítrio dos próprios governantes.

3.1.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ATINENTES AO PROCESSO PENAL

Princípios jurídicos são premissas que se irradiam e conformam todo sistema normativo. Conforme preleciona Nucci (2016, p. 57), os princípios devem servir como fonte de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito. Isso para garantir a máxima efetividade das normas constitucionais, e não deixar aos aplicadores da lei que os ditames fundamentais do Estado e as liberdades públicas do indivíduo sejam esvaziadas de conteúdo e aplicadas ao bel prazer da discricionariedade e interpretação pessoal.

Para distinguir regras e princípios, Mendes e Branco (2016, p. 73) esboçam que os princípios são a institucionalização das normas morais, dotados de uma generalidade maior que as regras, que se aplicam, ou não aplicam, de acordo com a conformidade da situação narrada *in legis* com o caso concreto. Há, no entanto, na seara dos princípios a possibilidade de ponderar sobre a aplicação de determinado conceito em maior e menor grau, desde que não haja o esvaziamento de nenhum pressuposto, pois os princípios são comandos de otimização de todo sentido do ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais, por sua vez, são conquistas históricas no âmbito dos direitos humanos que, internalizadas nos textos constitucionais, transformam-se em normas que visam garantir a concretização da dignidade da pessoa humana, estabelecendo o mínimo existencial a cada indivíduo, sendo oponíveis, sobretudo, contra o Estado para resguardar as liberdades do cidadão contra qualquer arbitrariedade dos agentes do poder público, ou para exigir dos governos prestações positivas de políticas públicas. A diferença entre direitos e garantias consiste no fato de que os direitos protegem diretamente bem jurídicos que estabelecem, e as garantias elencam instrumentos para concretizar direitos, ao passo que direitos são declaratórios e garantias assecuratórias como, por exemplo, a vedação das provas ilícitas que é uma garantia do direito ao devido processo legal, ainda segundo Mendes e Branco (2016, p. 167).

Importa, ainda, destacar que os direitos fundamentais não se esgotam na Carta Magna, por força do § 2º de seu Art. 5º. Também restam reconhecidos aqueles decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, bem como os tratados sobre direitos humanos que, quando incorporados pelo mesmo trâmite de emenda constitucional, será equivalente a esta, como dispõe o § 3º do Art. 5º da CRFB/88, incluído pela emenda constitucional 45/2004, segundo Nucci (2016, p. 82).

A análise desses conceitos é primordial para a aplicação do direito processual penal, pois, o Código de Processo Penal em vigor, de 1941 foi elaborado na Era Vargas, herdando caráter inquisitivo como resultado do regime político ditatorial e tendo sido inspirado no Código de Rocco italiano, diploma normativo consoante ao fascismo de Benito Mussoline. Dada a obsolescência legal, é necessário realizar uma profunda filtragem constitucional, conforme argumenta Lopes Júnior (2015, p. 50), a fim de reduzir danos que as provisões normativas inquisitórias possam trazer ao Estado Democrático de Direito e sua opção clara pelo sistema processual acusatório. Sobretudo no que diz respeito ao Estado-penitência, devem ser respeitadas dentro da estrita legalidade os direitos fundamentais do indivíduo.

Passa-se à análise específica dos princípios constitucionais mais relacionados à problemática da monografia *in locu*, sem a pretensão de esgotar dada a vastidão do tema, mas apenas possibilitar a construção de base teórica capaz de examinar a constitucionalidade da interceptação telefônica.

3.1.2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

A legitimidade do poder jurisdicional funda-se fortemente na garantia fundamental do devido processo legal, que se traduz num profundo respeito às regras do “jogo”. Esta garantia é geral e subsidiária, e sua finalidade é de escudo contra qualquer abuso estatal pois, especialmente no que toca ao direito penal onde quase sempre está em voga o direito à liberdade, a violência da punição só pode ser admitida se justificada pela legalidade dos atos de persecução. Só assim, pode-se postar o poder de punir no Estado Democrático de Direito, pela previsão clara das regras que serão utilizadas para investigar, julgar e punir, sendo aplicadas a todos da mesma maneira e retirando seu fundamento de validade do caráter democrático que deu seu processo de elaboração, sustenta Lopes Júnior (2015, p. 50).

O devido processo legal está esculpido no texto constitucional no art.5.º, LIV, da Constituição da República e comporta diversos desdobramentos, elucidando Mendes e Branco (2016, p. 565) que:

Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica. [...] Nesse sentido, o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação jurídica processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional [...].

A lei é o limite para a dominação, dentro do processo, considerando que a parte mais débil é o acusado, frente ao poder de punir do Estado e legalidade é o único parâmetro que possui o cidadão para certifica-se da concretização do direito e da justiça, esclarece Lopes Júnior (2015, p. 51).

3.1.2.2 JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural incide na eleição prévia pela norma quanto ao órgão e a pessoa que irá julgar o fato, previsto no art. 5.º, LIII, da Constituição da República, e, também, com manifestação no art. 5.º, XXXVII, CRFB/1988, que veda a instauração de juízo ou tribunal de exceção, explica Pacelli (2016, p. 50).

Segundo Nucci (2016, p. 82), os órgãos jurisdicionais são taxativamente previstos na Constituição, inclusive quanto à sua ordem de competência, e não podem sofrer alterações pela legislação ordinária. A preocupação que tem a referida sistemática é com a imparcialidade do magistrado, que não se confunde com uma neutralidade inalcançável, considerando a subjetividade humana, mas com a independência funcional necessária para realizar um justo julgamento. O princípio, ainda, se situa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada pelo Decreto 678/92, no seu art. 8º, item 1.

A imparcialidade do juiz sustenta-se diante das garantias orgânicas da magistratura. Ao juiz não se obriga a decidir segundo as pressões políticas ou a opinião pública. Sua legitimidade democrática advém da sua previsão constitucional e não de cargo eletivo ou anseios da população. É a democracia o exercício de poder pela maioria e o papel do juiz, nesse cenário, é fazer com que se preservem os direitos da minoria, tornando bem assertiva a argumentação de Lopes Júnior (2015, p. 53), nesse sentido e, ainda continua

elucidando que independência é diferente de arbitrariedade. Portanto, o juiz tem a prerrogativa de decidir segundo seu livre conhecimento, desde que seja motivado.

São questões inerentes à imparcialidade do julgador, ainda, as atinentes à gestão probatória, pois no sistema acusatório devem estar claramente distintos os papéis entre acusação e julgamento. Alguns enunciados do Código de Processo Penal se perfilam inquisitórios como no art. 156, que esboça um juiz ator, competente para a produção probatória que retira o caráter de inércia da jurisdição e dentre outras, também a previsão no inciso I do mesmo título do juiz atuar na colheita de provas ainda na fase de investigação preliminar e ser o mesmo que prosseguirá a instrução, expõe Lopes Júnior (2015, p. 58).

O fato de o juiz determinar medidas cautelares como prisão preventiva, interceptação telefônica o levará, segundo a teoria da psicologia social denominada dissonância cognitiva, a buscar dentro do processo, a confirmação da tese que já se propunha a ilustrar na investigação, não sendo possível construir uma relação dialética, pois a tentativa de confirmar a culpa do acusado se faz muito mais forte dentro desse papel, tornando o Ministério Público um ponto de referência e assumindo a defesa um caráter periférico no processo, tendo a difícil tarefa de comprovar a incorreção da denúncia, e não o estado de inocência. Subverte-se, assim, o princípio do *in dubio pro reo* é o que aclara Lopes Júnior (2015, p. 59). É fundamental repensar essas questões, pois o magistrado passa, na prática, do papel de garantidor dos direitos fundamentais do acusado a acusador.

3.1.2.3 VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS

Em que pese o assunto já ter sido tratado com mais profundidade no capítulo 1 dessa monografia, volta-se a mencionar a vedação das provas ilícitas por ser princípio importante à efetivação do processo penal democrático e muito se envolve com o tema da pesquisa pois, as interceptação telefônicas clandestinas são recorrentes no Brasil e, por muitas vezes, admitidas para cominar na condenação.

Embora grande parte da doutrina admita a flexibilização desse princípio consagrado no art. 5.º, LVI da Lei Maior da República, alinha-se ao pensamento de Nucci (2016, p. 85), que alerta sobre os riscos da relativização desse princípio que tem como finalidade coibir as arbitrariedades cometidas por autoridades policiais. É necessária a decretação da nulidade e desentranhamento dos autos de todas as provas ilícitas, seja no momento da colheita ou da produção, e, ainda, as derivadas dessas, pois, caso contrário, de

nada adiantaria reprimir, por exemplo, a escuta telefônica ilegal, se a partir dela se extraísse os detalhes sobre o local do crime. O magistrado em contato com as provas ilícitas também deve ser afastado da causa, visto que já houve a captura psíquica de seu convencimento.

É certo que nenhum direito é absoluto, devendo utilizar-se da ponderação quando a colisão de princípios fundamentais originar em ameaça ao direito, caso não for excepcionado o princípio em tela, não devendo criar uma imunidade permanente ao acusado quanto ao fato. Também, admite-se, pela melhor doutrina processualista, as provas ilícitas para o benefício do réu, visto que a ordem constitucional também repugna o erro judiciário, e em virtude da ampla defesa, denota ainda Nucci (2016, p. 87).

3.1.2.4 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Consagrado como uma garantia da dignidade humana, a referida premissa já estava prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e orienta a atuação de toda a persecução penal nos Estados democráticos, desde o momento da investigação, consistindo em verdadeira regra de tratamento. Especialmente no que tange ao estabelecimento de medidas cautelares como a prisão, deve-se sempre orientar a atuação dos agentes estatais, visto que uma investigação criminal já é uma grande violência, sobretudo, para quem ao final, é declarado inocente, é como raciocina Lopes Júnior (2015, p. 79).

A adesão ao postulado é explícita na Constituição, no seu art. 5º, LVII, e também deve se operar dentro do processo, no sentido que nada tem a provar o acusado acerca do que lhe é imputado, sendo dever integral da acusação. Noutra diáspora, deve refletir em evitar a exposição desmensurada do réu, a ponto de estigmatizá-lo de forma permanente no corpo social em decorrência da ação penal, um dano que o Estado não poderá reparar em momento posterior. Implica este princípio na excepcionalidade de medidas constritivas como a interceptação telefônica, a quebra de sigilo, tendo em vista também o direito à privacidade. É o que ainda traz Lopes Júnior (2015, p. 80).

Decorre deste princípio a imunidade contra a autoacusação, conforme entendimento de Nucci (2016, p. 78):

A imunidade à autoacusação significa que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito humano fundamental de poder o réu manter-se calado diante de qualquer acusação (art. 5º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir

amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo. O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração.

O aparato normativo em tela serve para expressar a escala de evolução do tratamento penal, que no passado sofreu de grandes afrontas a humanidade como a obtenção de confissão através da tortura, a desumanização da pena e demais crueldades do tratamento inquisitivo, conforme Pacelli (2016, p. 53).

3.1.2.5 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

O contraditório é a possibilidade de ambas as partes participarem com paridade de armas da formação do convencimento do juiz. É o método que se utiliza para comprovar as versões dos fatos, comparar as provas com a verdade. Não se trata apenas de garantia de participação, mas que as partes possam atuar no processo com a mesma intensidade e extensão. Para tanto, o contraditório consiste em garantir o direito à informação as partes de todos os atos ocorridos no processo, é o que raciocina Lopes Júnior (2015, p. 80).

Sedimenta o princípio toda a estrutura dialética do processo, a fim de ofertar uma prestação jurisdicional justa e equitativa, e por isso mesmo, o STF sumulou no seu enunciado de nº 707 que: “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo”, desprende-se da obra de Pacelli (2016, p. 55).

Muito além do princípio do contraditório, explica Pacelli (2016, p. 56), é o exercício da ampla defesa, fundamentados no Art. 5º, LV da CRFB/88. Esta se estende pela justa razão de que o réu é hipossuficiente dentro da ação penal devido a força do aparato do poder punitivo do Estado, e, por consequência disso, decorrem da ampla defesa diversos direitos próprios à parte acusada, como o oferecimento da revisão criminal apenas para beneficiar o réu, mesmo após o trânsito em julgado, caso estejam preenchidos os requisitos da lei, quais sejam, por exemplo, condenação contrária a prova ou evidência nos autos, ou surgimento de novas provas da inocência.

A ampla defesa divide-se em defesa técnica e autodefesa. A defesa técnica reside na impossibilidade do réu ser processado sem advogado, diante da complexidade jurídica do enredo, em que o acusado é leigo, clarifica Lopes Júnior (2015, p. 82), o qual ainda

prossegue: Caso não possua condições de constituir procurador, o Estado subsidiará por meio de defensor público, em homenagem a garantia constitucional de acesso à justiça e caso não haja a instituição da defensoria pública na seara, será nomeado defensor dativo. A autodefesa é aclamada em duas vertentes: positiva, quando o réu dá sua versão dos fatos quando lhe é oportunizada a fala como no interrogatório e negativa, quando o mesmo tem o direito de permanecer em qualquer ato jurisdicional, sem que isso lhe importe prejuízo processual.

3.1.2.6 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Tão importante quanto a oportunização da defesa, coloca Nucci (2016, p. 91), é a garantia em ser julgado em prazo razoável, pois a ação penal e toda a angústia por ela desencadeada constitui em si mesma em punição. No Brasil, este princípio é violado hodiernamente, embora tenha sido incluído pela Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário) o seguinte princípio: art. 5.º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A pena exprime muito mais do que uma limitação espacial; é, sobretudo, uma limitação temporal na perspectiva do acusado, não devendo o processo ser estendido à bancarrota, punindo o réu com a própria morosidade do poder judiciário. A imposição de medidas cautelares expressa sofrimento e restrições as liberdades públicas do processado, como a prisão antes da condenação, a interceptação telefônica e demais que por si só já limitam o livre arbítrio do mesmo. O Código de Processo Penal estabelece tempo para que sejam praticados os atos processuais, mas não estipula sanções para o seu descumprimento, fazendo da lei letra morta e importando graves prejuízos a quem figura como réu dentro de um processo, como expõe Lopes Júnior (2015, p. 67).

Foi tratado, sem a pretensão de esgotar os principais enunciados principiológicos que afetam o instituto da interceptação telefônica dentro do direito penal, o fato de que existe, ainda, um grande rol de princípios constitucionais afins no processo penal que não foram percorridos devido à profundidade do tema e a limitação dos moldes do presente trabalho. Muito embora, foi possível elucidar dentro da pesquisa quais os limites norteadores dentro da Lei Maior para a aplicação do instituto in casu.

3.2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

O presente tópico procura explanar sobre as peculiaridades da interceptação telefônica no plano infraconstitucional, analisando a Lei n. 9.296/96 que regulamenta o meio probatório referido e as considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, sob a ótica da Constituição e demais legislações e preceitos do ordenamento pátrio.

A sociedade da informação tem evoluído de forma assustadora na seara da tecnologia, a ponto de a cada dia ter novos meios de comunicação, em velocidade que as normas estatais não são capazes de acompanhar, e a cada vez inferindo mais na esfera privada. O direito deve estabelecer claros parâmetros de ponderação entre o respeito, a privacidade e ao sigilo de comunicações e o dever de resguardar os interesses da sociedade, punindo aos infratores, como explica Cabette (2015, p. 16).

Na Constituição de 1967, relata Mendes e Branco (2016, p. 570), foi pela primeira vez resguardado constitucional ao sigilo de comunicações e sendo emendada para abranger em momento posterior, as comunicações telefônicas e telegráficas. Antes disso, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62) já previa a possibilidade no seu Art. 57, II, e, de conhecimento dos dados pelo magistrado competente mediante sua requisição.

A despeito da disposição infraconstitucional, muitos doutrinadores compreendiam impossível excepcionar o sigilo de comunicações, já que a Norma Fundamental não trazia nenhuma colocação nesse sentido. Contudo, nenhum direito fundamental é absoluto e com a mesma velocidade que o avanço tecnológico, se deu também a evolução da complexidade do crime organizado, tornando o instituto cada vez mais relevante para a investigação policial. Já naquela época, Ada Pellegrine Guinover sustentava a possibilidade de quebra de sigilo mediante autorização judicial, ressalta ainda, Mendes e Branco (2016, p. 571).

O advento da Constituição da República de 1988 modificou, consideravelmente, o cenário, elencando no rol de direitos e garantias fundamentais a seguinte disposição: “Art. 5º, XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, assinala Cabette (2015, p. 17), e ainda observa que, a partir de então, encerrou-se uma longa e polêmica discussão jurídica sobre a possibilidade de quebra do sigilo, permitindo-a de modo excepcional por ordem judicial, mas, sobretudo, considerando insuficiente. Para tanto, a

menção feita no Código de Telecomunicações, exigiu regramento próprio para que o instituto fosse aplicado.

Somente com o advento da legislação específica regulamentando a interceptação telefônica poderia este meio ser exercido no Brasil, pois o constituinte percebeu insuficiente a mera menção no Código de Comunicações. A Lei n. 9.296/95 foi editada, abrindo um período de lacuna jurídica de 1988 a 1995 em que todas as interceptações realizadas eram ilegais. Pouco depois, a Lei n. 10.217 de 2001 veio a disciplinar os procedimentos adotados na investigação de crimes organizados e, para tanto, admitiu-se a utilização da interceptação telefônica por meio de autorização judicial, e depois o novo diploma que a revogou, passando a Lei n. 12.850 no seu art. 3º, III, a tratar da organização criminosa, continuando no mesmo teor quanto ao tema, mas não elencando a condição de autorização judicial. O mais recente marco legislativo na seara foi a edição da Lei n. 12.965 de 2014, o marco civil na internet que passou a regulamentar direito dos usuários das tecnologias como veículos de comunicação, instituindo o seu sigilo, bem como concebendo os dados armazenados como invioláveis, é o que dispõe o art. 7º, II e III, narra Mendes e Branco (2016, p. 570).

Salienta-se fundamental compreender que a realização de gravação de uma conversa por um interlocutor com o desconhecimento da outra parte, difere do que a lei compreende como interceptação. Tem-se que interceptar comunicação telefônica é capturar de uma comunicação alheia, ter conhecimento de algo que pertence a terceiros (aos comunicadores). É a cognição esboçada por Mendes e Branco (2016, p. 573). Gira em torno deste fato tipificado, um dos maiores debates a respeito da ilicitude da prova. Na interceptação existe sempre uma ingerência alheia, externa, no conteúdo da comunicação, captando-se o que está sendo comunicado.

O entendimento do STF é de que a medida é excepcionalíssima e, além de compreender os requisitos das medidas cautelares, quais sejam, a fumaça do bom direito e o perigo da demora, devem ainda ter sido esgotados os meios aptos a fazer a prova e, ainda, ser determinada apenas para crimes punidos com reclusão, embora admita-se, nesses casos e em momento posterior, o acervo probatório para fundamentar denúncia em crime punido com detenção. O prazo máximo para a medida é de 15 dias, podendo ser prorrogada por igual tempo se comprovada como medida indispensável, assegura Mendes e Branco (2016, p. 573).

Para Streck (1997, p. 43):

A interceptação telefônica, em sentido estrito, é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Considera-se lícita a interpretação, desde que realizada dentro dos parâmetros do ordenamento jurídico. O

seu resultado, que é uma operação técnica, é fonte de prova. Através do meio de prova, (a gravação e sua transcrição) será introduzida no processo.

A norma a que se diz respeito é a Lei n. 9.296/96, que regulamenta o instituto da interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. Cumpre destacar uma diferenciação entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina, conforme propõe Capez (2016, p. 35):

a-) interceptação telefônica: é o chamado "grampeamento" onde há três protagonistas; dois interlocutores e um terceiro que capta a conversação sem o conhecimento daqueles; b-) escuta telefônica: dá-se da mesma forma que a interceptação só que com o consentimento de apenas um dos interlocutores (por exemplo, na conversação com os sequestradores, quando a família autoriza a escuta pela polícia); c-) gravação clandestina: há apenas os interlocutores. A gravação é feita por um deles sem o conhecimento da outra parte.

Assim, conforme leciona Gomes (1997, p. 105), o regime a que se submetem às interceptações telefônicas atualmente é o seguinte:

se devidamente autorizada, nos termos da Lei 9.296/96, constitui prova lícita e admissível; se não autorizada, configura crime, nos termos do art. 10 da mesma lei, e, ademais, é prova ilícita, sendo inadmissível, salvo em benefício da defesa [...]. No que concerne à escuta telefônica, por seu turno, sua disciplina jurídica é exatamente a mesma: prova lícita se realizada conforme a lei nova, prova ilícita se concretizada sem autorização judicial (além de configurar, nesse caso, crime).

Pode-se dizer que a Lei n. 9.296/96 aplica-se tanto às interceptações telefônicas, em sentido estrito, como às escutas telefônicas, sendo excluídas, portanto, as gravações ambientais e as gravações clandestinas de telefonemas próprios.

A admissibilidade da prova obtida por meio da interceptação repousará na licitude, ou seja, no cumprimento estrito do que a lei exige. Neste sentido, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2011, p. 195) aduzem: “Evidentemente, tanto as interceptações como as gravações poderão ser lícitas ou ilícitas: serão lícitas quando obedecerem às prescrições constitucionais e legais; ilícitas, quando efetuadas em violação a tais preceitos. Neste último caso, como visto, seu resultado será processualmente inadmissível e ineficaz.”

A interceptação telefônica só é admitida como prova se houver autorização judicial para a sua realização, conforme já dito (art. 3º da Lei n. 9.296/96). Se não há prévia autorização, e se a base da condenação for ela, restará configurado constrangimento ilegal.

Mas, se esta prova foi emprestada de outro processo, em que houve determinação judicial para sua produção, a prova se torna lícita, não havendo nenhuma ilegalidade no seu

uso. Esse foi o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Habeas Corpus 27.145 – SP, de 25 de agosto de 2003.

Insta mencionar que o Código de Processo Penal elenca um rol exemplificativo de meios de prova, os chamados nominados, dentre os quais destacam-se: interrogatório – artigos 185 ao 196, do CPP e na Lei 10.792/03; acareação - artigos 229 e 230; depoimento do ofendido - artigo 201; das testemunhas – artigos 202 ao 225; prova pericial – artigos 158 ao 184; reconhecimento de pessoas e de coisas – artigos 226 a 228; prova documental – artigos 165, 170 e 231 ao 238; e busca e apreensão – artigos 240 ao 250, CPP.

Entretanto, existem os chamados meios de prova inominados, que não se encontram elencados no ordenamento jurídico. Sobre provas inominadas, Lopes Júnior expõe (2011, p. 566):

[...] Cordeiro defende a admissão de tudo aquilo que não for vedado, afirmando que é admissível todo signo útil ao juízo histórico contanto que sua aquisição não viole proibições explícitas ou decorrentes do sistema de garantias. Aceita-se o reconhecimento olfativo, sonoro, tátil, mas veda-se a narcoanálise e o detector de mentira, pois são cientificamente inadmissíveis, além de violarem a dignidade do agente. Partindo da compreensão de que somente podemos pensar em provas inominadas que estejam em estreita observância com os limites constitucionais e processuais da prova, o processo penal – excepcionalmente – poderá admitir outros meios de demonstração de fatos ou circunstâncias não enumeradas no CPP. Se admitirmos que existem provas inominadas, desde que observadas as regras de coleta, admissão e produção em juízo, e que outros importantes elementos de convicção possam ser obtidos com a utilização de outros sentidos que não o visual, a questão passa a ter grande relevância.

De acordo com o art. 6º da Lei n. 9.296/96, a autoridade policial, no exercício das suas funções, conduzirá os procedimentos de interceptação, dentro dos limites fixados pelo juiz (GOMES, 1997, p. 221).

Conforme leciona Greco Filho (2005, p. 52-53): “autoridade policial deve ser entendida como polícia judiciária, estadual ou federal, ou autoridade presidente de inquérito policial militar, caso se tratar de crime de competência da Justiça Militar.”

Para Gomes (1997, p. 222), o Ministério Público não pode conduzir a operação, nem mesmo se estiver gerindo as investigações ou se o investigado for a autoridade policial, posição duramente criticada por Streck (2001, p. 92/96), o qual leciona que ajustes na lei são necessários, a fim de adequar à Constituição Federal, de modo que, a partir disso, o órgão ministerial também estaria autorizado a conduzir o procedimento.

Por fim, cumpridas as diligências, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo

das operações realizadas. Assim é o que disciplina o § 2º do artigo 6º da lei, de modo que corram os autos sob sigredo de justiça, como dispõe o artigo 1º da Lei nº 9.296/96.

Sobre o sigredo de justiça, Greco Filho assevera que “é obvio que a interceptação somente pode ser sigilosa, sem conhecimento do réu; caso contrário seria inútil. O contraditório, no caso, dar-se-á a posteriori, mediante a possibilidade de ser a prova contraditada, impugnada e discutida antes da sentença”.

Todo o estudo realizado pode sedimentar o caráter excepcionalíssimo da interceptação telefônica, bem como a necessidade de que sejam cumpridos os requisitos legais e constitucionais para que o instrumento seja um meio hábil e extremamente útil dentro da investigação, sobretudo de agentes públicos, mas que, para tanto, não viole o processo penal garantista, dentro do Estado Democrático de Direito.

4. O USO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO FRENTE ÀS NORMAS DO DIREITO PÁTRIO

A afamada operação lava jato é o nome dado a investigação realizada pela Polícia Federal que investiga lavagem de dinheiro e esquemas de corrupção envolvendo políticos, partidos e empresários, os grandes empreiteiros beneficiários de favorecimento ilícito na Petrobrás – Petróleo Brasileiro S/A. Conforme analisa Netto (2016, p. 11), este é o processo penal mais relevante da história recente do Brasil, pois ocasionou diversos desdobramentos que atingiram o país com grande impacto transversal, seja nas instituições públicas, na política, na economia e na sociedade. Tamanha repercussão redobra a atenção e responsabilidade em que o Poder Judiciário deve atuar na aludida tarefa: desvendar os crimes que dilapidaram o sistema financeiro nacional há anos sem, contudo, trabalhar de forma induzida pelo povo afoito por respostas e, sobretudo, sem deixar de cumprir o processo penal democrático.

O instituto da interceptação telefônica, como meio probatório, na fase administrativa e judicial das investigações veio à tona dentro da operação, tornando-se um dos principais pilares acusatórios dos investigados, mas diversas polêmicas se instauraram em torno do feito, pois em muitos momentos foram desrespeitadas as garantias fundamentais dos sujeitos submetidos à medida procedimental invasiva que deve ser aplicada, com muita cautela, a fim de não esvaziar o princípio constitucional da intimidade e vida privada, como desprende Marques (2016, p. 4).

Pretende-se com o presente capítulo realizar uma análise crítica da legalidade e constitucionalidade da utilização do instrumento investigativo supracitado, trazendo aos casos concretos a contextualização segundo as premissas normativas e conceituais do direito pátrio através da pesquisa da jurisprudência relacionada, das doutrinas materiais e processuais do direito penal, do direito constitucional e do estudo de artigos científicos sobre o referido tema. Importa, ainda, salientar que o material científico é escasso diante da complexidade e imediatividade que esboçam o tema.

4.1.1 DA FORMAÇÃO DA ESTRUTURA POLÍTICA NACIONAL À OPERAÇÃO LAVA JATO

A democracia brasileira, assim como a consciência coletiva de república, é recente no poder político brasileiro. A trajetória das instituições do país foi marcada por diversas máculas autoritárias, despóticas e egoístas ao longo da história, dado o processo de exploração pela colonização de Portugal e demais potências mercantilistas a partir do Século XVI, ao subjugamento da nação às potências econômicas depois das revoluções industriais, ao estrito controle dos Estados Unidos da América durante a guerra fria, e financiados por este último, a ditadura civil-militar instaurada no Brasil de 1964 a 1985, como elucidada Faoro, na sua célebre obra “Os donos do Poder – Formação do Patronado Político Brasileiro” (2001, p.796).

As raízes da política brasileira, para serem compreendidas, perpassam a história do reino de Portugal que a inspiraram. Entre os séculos XI e XIII, o povo que hoje conhecemos como português, consolidou-se como nação na península ibérica resistindo ao ataque dos sarracenos e dos espanhóis, da invasão germânica e dos mouros. Criou-se, dentro desse certame, a gênese da relação de poder que se instaura entre o rei-general, que conduz o povo contra o caos e os súditos-soldados. A figura política, no contexto, mostrava autoridade absoluta, implacável e ilimitada, assim como em toda a Europa, visando consolidar o seu trono e a respectiva nação. Foi essa filosofia de governo que foi importada ao Brasil colonial, criando-se um enorme abismo entre servos e senhores, maior ainda em relação aos povos originários do continente, e aos negros escravizados, pois eles estavam abaixo dos servos portugueses, por que estes eram nacionais do Estado dominador (FAORO, 2001, p.14).

A história implica na seara da pesquisa porque o povo brasileiro, desde sua gênese, teve alienação imposta sobre si, impedidos de exercer - pela força e/ou pela ideologia hegemônica - o papel de escolher o destino da nação e a gestão da coisa pública. Os governos que se passaram eram arbitrários e irresponsabilizados por seus atos minimamente limitados pela lei e pela sociedade oprimida e alienada, ainda segundo Faoro (2001, p. 793).

A Constituição da República de 1988, explana Mendes e Branco (2016, p.104), conhecida como Constituição Cidadã porque emergiu de um processo de luta política popular contra o regime autoritário militar (1964 – 1985), instaurou no Brasil caráter democrático e garantias fundamentais jamais vistas anteriormente nos curtos períodos de governo democrata que o Brasil experimentou. A Carta Política estabeleceu diretrizes para o país como regime

democrático, republicano, federalista, e correspondeu à tendência internacional de constitucionalização de direitos humanos fundamentais como o direito ao devido processo legal, a ampla defesa, a dignidade da pessoa humana.

No âmbito da administração pública, a Carta Magna foi feliz em estabelecer a limitação do exercício do poder político pelos representantes democraticamente eleitos, à estrita legalidade e a responsabilização dos agentes públicos pelos atos praticados em exercício. No poder legislativo, submeteu a elaboração de leis à conformidade material e formal à Constituição, bem como a recepção, ou não, ao ordenamento jurídico das legislações anteriores a 1988 neste sentido. No poder judiciário previu o respeito ao devido processo legal a fim de evitar qualquer postura inquisitiva do juiz, deixando claros e pré-estabelecidos os critérios para a aplicação do poder punitivo estatal, e estabelecendo uma série de garantias individuais ao acusado, para que possa se defender e provar sua inocência em relação ao que lhe é imputado. (MENDES E BRANCO, 2016, p. 913).

A legitimidade das funções de poder, preceitua Masson (2016, p. 108), advém do caráter democrático da Constituição, elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte eleita em 1987, que contou com os mais diversos setores da sociedade, e uma campanha de massa contundente. Para que o exercício dessas funções não tornasse imperioso, imprevisível e ilimitado foi necessário respeitar a vontade popular, cumprindo, de forma contundente, aquilo que foi eleito pela Carta Política como diretrizes para a nação.

Os juízes, colocados em título próprio dentro da Constituição como autônomos, independentes e imparciais, encontram-se diante do complexo desafio, localizando, especialmente, na operação lava jato, entre o poder-dever de punir os agentes públicos que ultrapassam e contrariam suas funções, que entregam-se às práticas desvirtuosas da corrupção sem, no entanto, descumprir os direitos fundamentais do acusado durante o processo penal, respeitando todas as garantias elencadas aos réus no processo penal. Não é tarefa fácil, certamente. Embora se os magistrados renderem ao punitivismo irrestrito que vem do senso comum, oriundo naturalmente da indignação com a imoralidade na gestão pública e amplamente instigado pelos meios de comunicação, estará descumprindo suas prerrogativas constitucionais e, portanto, sendo tão antidemocrático quanto aquele administrador que subverteu e apossou-se dos bens públicos (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 50).

A operação lava jato iniciou-se, segundo Netto (2016, p. 9), devido ao agravamento da crise política e econômica que eclodiu-se no Brasil, reflexo de acontecimentos nacionais e mundiais que arrojaram a situação do país, com o povo assolado pela desigualdade e descaso dos governantes, e padecido da necessidade de trazer as claras o

problema endêmico da corrupção. O primeiro ato da investigação foi a quebra de sigilo em 2014 do posto Torres em Brasília, a fim de desvendar esquemas de lavagem de dinheiro no Paraná. Das informações obtidas em escuta telefônica, veio a prisão do doleiro Carlos Alberto Yousseff, por ordem do juiz Sérgio Moro, da 13ª vara da Justiça Federal de Curitiba, e sob acordo de colaboração premiada, o acusado revelou a articulação com o diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa, para o pagamento de propinas vultuosas em troca de favorecimentos dentro da empresa estatal.

A partir desse *start* uma cadeia de acontecimentos abalou o Brasil, pois as revelações do doleiro incluíam a participação de partidos, empresas, políticos influentes, agentes públicos das empresas estatais, para administrar influências e negócios ilícitos que implicaram na economia nacional, e sua revelação surtiu forte efeito na insatisfação popular e no descrédito às instituições públicas. Houve um levante de massa, especialmente em março de 2016, envolvendo milhões de pessoas pedindo o fim da corrupção e o prosseguimento das investigações (NETTO, 2016, p. 10)

Ainda segundo Netto, (2016, p. 11), quando o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, já na mira das investigações, foi nomeado Ministro da Casa Civil no governo da ex-presidente da República, Dilma Vana Rousseff, o juiz Sérgio Moro decidiu suspender o sigilo das escutas telefônicas e tornar público os diálogos extraídos entre ambos, a fim de impedir a posse do primeiro como ministro, e, por conseguinte, evitar que ele gozasse do foro privilegiado por prerrogativa de função que relocaria a função de investigá-lo ao Supremo Tribunal Federal, por mandamento constitucional expreso.

A estratégia do magistrado foi temerária, pois segundo Vasconcellos (2016, p. 1), ao divulgar conversas com a presidente em exercício, Moro invadiu a competência do STF, disposta no Art. 102, I, b da Constituição de processar e julgar Dilma quanto ao cometimento de crimes comuns, assim como Jaques Wagner, que, também, esteve entre os interlocutores e era ministro do Planalto. Foram espoliadas, ainda, as prerrogativas da advocacia, pois foram gravados diálogos entre o ex-presidente e seus advogados, previstas no Estatuto da Advocacia e da OAB.

Ainda quanto a todos os envolvidos, ao ser divulgado na imprensa nacional, sobretudo, o procedimento inferiu o direito fundamental à intimidade e à vida privada, esculpidos no Art. 5º, X, da Constituição Federal, e o direito ao sigilo das comunicações, que pode ser excepcionado para o uso das interceptações telefônicas somente no curso do processo penal, por ordem da autoridade judicial competente, como traz o mandamento do inciso XII do mesmo título constitucional. Ainda contrária, a atitude do juiz supramencionada,

disposição expressa da Lei n. 9.296 de 1996, que rege o tema, pois o diploma prevê em seu art. 8º, o sigilo dos dados interceptados no curso do processo (VASCONCELOS, 2016, p. 1).

No título aludido, dentro do presente trabalho, foi possível demonstrar através da pesquisa, a relevância da temática no meio acadêmico, tendo em vista as incoerências detectadas entre a lei e a atuação judicial pelo aprofundamento na problemática.

4.2 CONTROVÉRSIAS ENTRE A CONDUÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NAS INVESTIGAÇÕES DA LAVA JATO E A DISCIPLINA LEGAL DO INSTITUTO

O ativismo judicial tem sido um fenômeno polêmico de mudança na postura da atuação dos juízes, como elucida Marques, (2016, p. 2) Em que pese o positivismo jurídico ser uma filosofia superada, pois o direito não é uma ciência estática, e não deve ser carregada de engessamento tecnicista, mas sim contar com a atividade intelectual de cognição do magistrado, deve-se ter bastante cuidado para não cair na vagância subjetivista e resultar num decisionismo carregado de arbitrariedade. A mídia teve um peso muito grande sobre a lava jato. Não se esperaria ser diferente diante da enorme repercussão da operação em toda a seara da vida pública brasileira, embora os impactos do sensacionalismo tenham sido negativos em certo ponto, pois inflaram o ego dos agentes da persecução penal ao ponto de alguns se renderem ao populismo judicial, extravasando, inclusive, as regras do devido processo legal, especialmente quanto à presunção da inocência, assumindo um caráter notadamente inquisitório quanto aos investigados.

Noutrora, quando conduzia a operação Sundown, em 2008, o juiz Sérgio Moro determinou a prorrogação além do máximo previsto no art. 5º da Lei n. 9.296/1996 (15 dias prorrogados por mais 15), totalizando quase dois anos. Prossegue Reis (2018, p. 1) explicando que o Conselho Nacional de Justiça, entendeu naquele ano que o limite legal poderia ser avançado a depender do surgimento de fatos novos para a continuação da medida, embora não fosse o caso.

O tema ganhou grande repercussão nos tribunais superiores, ensejando muita polêmica, pois esse hiperativo dos magistrados faz com que estejam legislando na prática, ferindo expressamente dispositivo de leis federais. Diversas decisões foram proferidas ferindo a legislação. Neste sentido:

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. [...] Esta Corte possui inúmeros precedentes admitindo a possibilidade de sucessivas prorrogações do procedimento de interceptação telefônica. (HC 120.027, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 18/2/2016; HC 120.027, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 24/11/2015; HC 106.225, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22/3/2012)...” (STF – HC 145569 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fuz, Primeira Turma, julgado em 01/09/2017, publicação em 28-09-2017 – ementa parcial).

E ainda decisão emblemática do Superior Tribunal de Justiça, com relator Ministro Nilson Naves:

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito”. (HC 76.686/PR, Rel. Ministro Nilson Naves, 6ª Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 10/11/2008)

Dentro da operação lava jato, a prática encontrou lugar comum. A interceptação em seu primeiro momento em Brasília, do doleiro Carlos Habib Chater totalizou 45 dias, segundo Marques, (2016, p. 2). A medida da interceptação é extremamente excepcional, pois fere direitos fundamentais do acusado e de terceiros, portanto, deve ser aplicada de forma excepcional, como prevê a própria Constituição e, por isso mesmo, foi regulamentada por um espaço tão curto de tempo. É arbitrária e neoinquisitorial a postura dos magistrados em prorrogar o tempo utilizado a seu bel prazer.

O exercício do poder deve ser regulamentado. Se, permite-se no Estado Democrático de Direito o descumprimento das regras e dos princípios fundamentais que regem o processo, cria-se um ambiente de insegurança jurídica, e no contexto que foi explanado no tópico anterior, aumenta o descrédito das instituições públicas. As garantias constitucionais do juiz natural, presunção da inocência e do contraditório não devem ser

esvaziadas em nenhum momento do processo. O Código de Processo Penal, como foi tratado em momento oportuno, por ser inspirado em modelos políticos autoritários da década de 1930, na Itália e no Brasil, possui marcas de inquisitorialidade como a possibilidade do magistrado produzir provas de ofício no art. 156, mas deve ser realizada uma filtragem constitucional dos dispositivos, pois essa espécie de conduta não soa bem dentro do modelo processual acusatório. Devem ser distinguidas, de forma clara, as funções dentro do processo para que seja transparente e homogênea a prestação jurisdicional, principalmente, quanto aos critérios para manusear poderoso e perigoso instrumento investigativo, como é a interceptação telefônica, explicita Marques (2016, p. 3).

O encontro fortuito da doação de Yousseff a Paulo Roberto Costa, insta salientar conforme Marques (2016, p. 4), não possuía naquele momento condão para revelar todo o esquema forjado na Petrobras, ferindo a excepcionalidade na medida, pois transformou-se por si só, como único indício em nova investigação, e não ocorreu no Paraná, nem tinha relação com a investigação principal, sendo feridos os princípios do juiz natural e da proporcionalidade, quando tornou-se este juízo preventivo para investigar a ação. Mais grave ainda é a situação, pois a delação premiada dos dois envolvidos foi o alicerce do processo inteiro. O autor ainda expõe sobre a necessidade de instituir um método claro e objetivo para a implementação, por parte do poder judiciário, das medidas restritivas de direito excepcionais, que estão se tornando corriqueiras e desarrazoadas, para evitar implementação de verdadeiro tribunal de exceção (Marques, 2016, p. 5):

1) previsão na lei de quais crimes admitem qual(is) modalidade(s) de investigação clandestina; 2) avaliação do grau de suspeita do investigado com o máximo de concretude; 3) análise da necessidade e adequação da medida, com vistas a autorizar o método oculto menos invasivo ou de exigir o emprego de uma técnica tradicional (não clandestina); 4) informação da pessoa atingida imediatamente após o término da medida; 5) reavaliação obrigatória do juízo de admissibilidade e de legalidade, considerando as condições existentes no momento da autorização e o estado em que se encontrava a investigação.

As interceptações telefônicas precisam sair da obscuridade inquisitória. É urgente, e necessário, que seja efetuado o registro do seu trâmite, para que, ao fim da medida, o acusado tenha alguma possibilidade de verificar o controle de legalidade e constitucionalidade da investigação, e garantir a ampla defesa, para aferir o diálogo no todo e não trechos descontextualizados, se não todos os cidadãos estão passíveis de monitoramento a todo tempo, a fim de descobrir de modo fortuito alguma conduta que confirme sua subversão, perseguição aplicada aos moldes da inquisição eclesiástica medieval (MARQUES, 2016, p. 6).

Outro ponto lastimável dentro da operação lava jato foi o vazamento seletivo de trechos de diálogos interceptados a grande mídia. Além de ferir o texto do art. 8º da Lei Própria, isso retirou toda a presunção da inocência, feriu a honra, a intimidade, a vida privada o devido processo legal, o juiz natural e a garantia do contraditório e da ampla defesa daqueles que foram expostos em rede nacional, e a partir de então sentenciados pela opinião pública. Ilustra o presente argumento, a conversa inconstitucionalmente vazada da presidenta Dilma Rousseff, que teve papel central no seu processo de *impeachment*. Todos os diálogos divulgados tiveram um resultado almejado, e conseguiram consequências arrasadoras sob clara ofensa constitucional e legal, aclara Vasconcellos (2017, p. 1).

O Jornalista Reinaldo Azevedo, também amargou as consequências dos impulsos arbitrários da investigação, pois, foi vazado, de forma escusa, do segredo das autoridades competentes, diálogos entre ele e Andrea Neves, irmã do senador Aécio Neves. A situação teve peculiaridades, ainda, mais notórias, pois o jornalista não havia cometido nenhum crime, embora criticasse a atuação do Ministério Público Federal na operação e reportagem divulgada pela revista Veja, da qual foi demitido. Violou-se no certame, além das demais supracitadas, a garantia fundamental do sigilo da fonte atribuída a profissão de jornalista. Vasconcellos (2017, p. 1) ainda continua discorrendo que, caso semelhante houve entre conversa do Ministro Gilmar Mendes e do senador Aécio Neves.

Sob notável recorrência voltou a acontecer a quebra do sigilo da fonte quando o juiz Sérgio Moro determinou em novo momento a interceptação do Blog da Cidadania, sob o subterfúgio de descobrir quem vazava informações ao canal de imprensa. A decisão foi derrubada em segunda instância, no Tribunal Regional Federal nº 4. Chama atenção, para tanto, o fato do titular do canal de imprensa, Eduardo Guimarães, não ser um dos acusados no inquérito que determinou sua interceptação. Ainda assim, foi conduzido coercitivamente para prestar depoimento. Em resposta, quanto à contrariedade à quebra do sigilo da fonte, Moro afirmou que blogueiros não são jornalistas (ALESSI, 2017, p. 1).

A possibilidade do uso do habeas corpus para dirimir a concessão da interceptação é tema controvertido na doutrina. A hipótese é conjecturada porque a decisão que concede a interceptação não se encaixa nas decisões que são elencadas em rol taxativo para ser confrontadas por recurso em sentido estrito e apelação. Por isso mesmo, faria jus admitir o habeas corpus como único meio de se impugnar essa decisão, como será bem fundamentado abaixo, apesar de que se tem aceitado o mandado de segurança como um meio de se atacar essa decisão.

O Habeas Corpus é um remédio jurídico constitucional previsto no art. 5º, LXVIII, pois é um instrumento que garante ao indivíduo, perante o Estado, um direito fundamental que é a liberdade de ir e vir. Sua função precípua é evitar ou fazer cessar violência ou a coação à liberdade individual proveniente de ilegalidade ou abuso de poder. Sua origem histórica encontra-se no fim da Idade Média e começo do Absolutismo, na Inglaterra do século XIII, onde foi positivado o habeas corpus na Magna Carta. Nosso ordenamento jurídico pátrio adotou esse remédio constitucional desde o Código de Processo Penal de 1832. É de bom alvitre citar as lições de Pacelli (2016, p. 56) acerca do cabimento do Habeas Corpus, in verbis:

O habeas corpus dirige-se contra o ato atentatório da liberdade de locomoção. Para que se configure um ato atentatório ao direito de locomoção, não é necessário que haja já uma ordem de prisão determinada por autoridade judiciária ou que o seu titular (do direito) já se encontre preso. Será objeto do writ tanto a ameaça real, concretizada, como a ameaça potencial. Por ameaça potencial estamos nos referindo ao simples início de qualquer atividade persecutória que tenha por objeto a apuração de fato imputado ou imputável à pessoa individualizada. Nesse sentido a simples instauração de inquérito policial ou de procedimento investigatório será suficiente para configurar situação de ameaça potencial à liberdade de locomoção, quando dirigida a fato certo e a pessoa previamente determinada, e desde que, para a conduta, seja prevista imposição de pena privativa de liberdade.

Para romper este ciclo de injustiças e ilegalidades que cerca o instituto da interceptação, colocado em destaque no bojo da operação lava jato, sugere-se que se implemente o quanto antes, um incidente processual a fim de levar seu conteúdo à análise dentro da lide, logo após o seu término em toda sua integridade e registros de abrangência, não apenas buscando fragmentos esparsos de conversas que oponham de forma maniqueísta o acusado da opinião pública. O tema das provas, já verticalizado dentro dessa pesquisa, é fundamental para apoiar as sentenças em elementos objetivos, atribuindo ao livre conhecimento do juiz, motivações concretas e argumentações razoáveis para punir determinado cidadão. Se a produção probatória não está de acordo com as regras do jogo, e nem o trâmite processual, fica em prejuízo o sistema acusatório e o modelo constitucional democrático, abrindo margem à atuação volitiva indiscriminada dos juízes. Para o bom equilíbrio entre os poderes, e para a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, é mister o respeito às regras e à dialética processual (MARQUES, 2016, p. 10).

Foi possível esclarecer onde residiram as ilegalidades e inconstitucionalidades das interceptações telefônicas dentro da operação lava jato, e quais os fundamentos jurídicos que as cercam, objetivo do presente trabalho, rumo a construção de um processo penal que

caminhe simultaneamente com as escolhas da Carta fundante da ordem política democrática que floresceu no Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou uma análise crítica e dialética entre a teoria das provas no processo penal, os princípios constitucionais, a disciplina da interceptação telefônica e a aplicação desses institutos dentro da operação lava jato, contextualizada no cenário político brasileiro. Ao examinar a evolução da gestão das provas dentro do processo penal, percebe-se que quanto mais democrática é a sociedade, mais claros e objetivos são os requisitos para operar a persecução penal. Dentro do sistema acusatório, perfilado pela Constituição da República de 1988, a busca pela verdade no processo não justifica mais as arbitrariedades cometidas contra o réu, como anteriormente se admitia no sistema inquisitivo. Dentro do processo penal democrático, preza-se pela elucidação dos atos infracionais sem, contudo, desrespeitar as liberdades individuais.

Concebeu-se, ainda, que o Código de Processo Penal vigente não está apto a acompanhar essa evolução na processualística, pois foi elaborado sob outra perspectiva política, não democrática, em meados de 1940 e, por isso, ainda possui traços inquisitivos. É preciso interpretar o diploma referido à luz da nova roupagem trazida pela Constituição da República de 1988.

A separação das funções no processo em sujeitos distintos, atribuindo ao Ministério Público o dever de acusar, e ao juiz o dever de julgar revestido de imparcialidade, é uma das premissas constitucionais fundamentais a serem seguidas na nova ótica do ordenamento brasileiro, denominado princípio do juiz natural. A teoria da dissonância cognitiva demonstra que quanto mais o juiz está envolvido, inclusive, quanto à fase administrativa, na produção das provas do delito, mais busca confirmar sua teoria dentro do processo, não atribuindo o mesmo peso valorativo à defesa. O estado de inocência deve ser a regra, a ser modificado apenas com evidências massivas da conduta infracional.

O instituto da interceptação telefônica, nesse contexto, deve ser utilizado com bastante cautela, pois é uma medida excepcional utilizada dentro do processo, a ser adotada apenas quando já houverem indícios suficientes da autoria e materialidade do crime que a autorizem. A normatização desse instrumento é bastante taxativa, a estabelecer critérios que tornem possível a restrição temporária do direito à liberdade e intimidade do acusado, para a investigação, sem, contudo, esvaziar o núcleo essencial desses direitos. Nesse sentido, a lei disciplinadora prevê o sigilo dos dados obtidos, a necessidade de provas anteriores, e a impossibilidade de sua utilização se houverem outros meios de investigação. Para o bom cumprimento das premissas teóricas da gestão da prova, existe a vedação das provas ilícitas.

Todas aquelas que não estejam em conformidade legal devem ser nulas e desentranhadas do processo. Contudo, a aplicação nesse instituto é falha porque a gestão dessa prova é realizada na obscuridade, sem o detalhamento e nem a publicização posterior do *modus operandi* em que foi conduzida, sendo assim impossível, na prática, aferir a legalidade das provas obtidas por esse meio. A doutrina orienta a criação de um incidente processual em que se discuta no processo os dados e a forma em que se deu a interceptação do réu, para constatar sua legalidade.

A operação lava jato é a ação mais relevante da polícia federal dos últimos anos. Porém, é questionável a técnica jurídica em que têm sido conduzidas as investigações. É paradoxal que a intervenção do judiciário na busca de sanar o abuso do poder, por parte de membros do executivo, abuse das próprias prerrogativas também. Para que haja eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais, é necessário que todos os agentes públicos atuem dentro da estrita legalidade.

Dentro da aludida operação foram divulgados na imprensa o conteúdo aferido nas interceptações, a *contra sensu* de texto expresso da Lei n. 9.296/1996 (que disciplina a interceptação telefônica) e do Art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Também foi de encontro com a legislação e a Carta Magna, a interceptação de sujeitos que não eram réus no processo, a quebra do sigilo da fonte jornalística, e a utilização por longo prazo da medida excepcional que deve ser aplicada por 15 dias, e prorrogada, se necessário, apenas por mais 15.

Restou compreendido por essa pesquisa, portanto, que a imaturidade do processo penal democrático, a crise política e econômica que o Brasil enfrenta, e a ânsia da população que conclama a punição de corruptos e corruptores, serviram de gatilho para uma atuação política e pouco técnica dos membros do judiciário, adotando uma postura neoinquistorial e infringindo as regras do devido processo legal.

A pesquisa em questão não é e nem pretende ser conclusiva, diante da vastidão e da sistemática estruturante à qual a problemática está assentada. Trata-se da realidade emergente no país, ainda carente de tempo para ser elucidada, de forma contundente. Além da pouca densidade de informações, é necessário, ainda, aprofundamento teórico da comunidade acadêmica para compreender os crimes oriundos do sistema político, e a eficácia e a validade da postura do poder judiciário diante disso, muito embora possa, esse trabalho, servir de vetor para novos estudos e verticalização do tema, bem como contribuição para a cultura jurídica. Marca-se por essa pesquisa, uma posição processualista penal fortemente garantista como fundamento de validade e credibilidade das instituições públicas em tempos crise do modelo

político e de suas instituições. Aponta-se o poder judiciário como precursor de uma nova filosofia da vida pública, através da mudança de comportamento e de tomada de atitude para agir conforme a normatização elegida pelos representantes do povo em Assembleia. Almeja-se, também, que a investigação criminal distinga-se da tendência midiática e adote uma hermenêutica mais humanística, tendo como base os direitos fundamentais.

Foi delineado, de maneira bastante satisfativa, o objeto central deste esforço intelectual, que é a compreensão da dificuldade de implementação da persecução penal eficaz dentro do Estado Democrático de Direito, sem que sejam abandonados seus fundamentos. Este é um problema social pujante para a efetivação da democracia no país. O enfoque que a operação Lava jato. A trajetória histórica do povo brasileiro ante a histórica colonização, inexperiência democrática e arbitrariedade dos agentes públicos, são o plano de fundo desta situação.

O quadro se mostra, especialmente, urgente diante da crise de credibilidade e atuação das instituições públicas. Para reverter esse cenário, é necessário um intenso esforço da comunidade jurídica a fim de aprimorar a aplicação dos institutos processuais, de forma a torná-los mais claros e isonômicos, e de uma nova postura do legislador que aclare os meios de investigação, e garanta a sua análise dentro de cada processo, além de uma nova normativa Processual Penal coerente com a Constituição da República.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. **Divulgação indiscriminada de gravações provoca críticas a juízes da Lava Jato.** In: El País. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/24/politica/1495659673_925165. Acesso em 15 de abril de 2018 às 19 h.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica.** Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria e Editora, 2001.

BARRETTO JÚNIOR, Mário Flavio De Oliveira. **Interceptação Telefônica E Os Limites De Sua Licitude.** Monografia apresentada como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/3130/1/MONOGRAFIA%20FINAL%20%283%29.pdf> . Acesso: 02 de junho de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

. _____. **Código de Processo Penal.** Decreto Lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: *Vade Mecum Penal e Processual Penal*, Juspodium, 2017.

CANÁRIO, Pedro e VASCONCELLOS, Marcos. **Sem Competência Sergio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de for.** In: *Conjur*, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>>. Acesso: 15 de abril de 2018 às 20:00h.

CAPEZ, FERNANDO. **Curso de Processo Penal.** 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DA PAIXÃO, Daniel de Oliveira da. **A quebra do sigilo das conversas telefônicas e sua posterior publicização em relação a autoridades com prerrogativa de foro no âmbito da lava-jato.** 2016. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – Campus Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Disponível em: <http://ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1422/1/tcccapadura.pdf> Acesso: 02 de junho de 2018.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação Do Patronato Político Brasileiro** 3.a edição, revista, Rio de Janeiro: Globo, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9ª. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a lava jato?** Publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais 2016 RBCCRIM Vol. 122 (Agosto 2016). Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.08.PDF>. Acesso em 16 de março às 23:50 h.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed. Ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NETTO, Vladimir. **Lava Jato: O juiz Sergio Moro e a operação que abalou o Brasil**. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016. Recurso digital

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lênio. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

VASCONCELLOS, Marcos De. **"Lava jato" viola a lei ao divulgar conversa grampeada de Reinaldo Azevedo.** In: Conjur, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/pgr-quebra-sigilo-fonte-usar-grampo-conversa-jornalista>>. Acesso em 16 de dezembro de 2018 às 23:00.