



UEPB

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
ACADEMIA DE ENSINO DA POLÍCIA CIVIL
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM INTELIGÊNCIA POLICIAL E ANÁLISE
CRIMINAL**

JOÃO HENRIQUES DA SILVA NETO

**AS EXCEÇÕES AO DIREITO À PRIVACIDADE NA INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL**

JOÃO PESSOA – PB

2016

JOÃO HENRIQUES DA SILVA NETO

EXCEÇÕES AO DIREITO À PRIVACIDADE NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Trabalho de conclusão de curso apresentada à Universidade Estadual da Paraíba como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Inteligência Policial e Análise Criminal.

Orientador: Prof. Me. Vinicius Lúcio de Andrade

JOÃO PESSOA- PB

2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S586e Silva Neto, João Henriques da
As exceções ao direito à privacidade na investigação criminal
(manuscrito) / João Henriques da Silva Neto. - 2017.
45 p. : il.

Digitado.
Monografia (Especialização em Inteligência Policial e Análise Criminal) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2017.
"Orientação: Prof. Me. Vinícius Lúcio de Andrade, Departamento de Ciências Jurídicas".

1. Garantias constitucionais. 2. Legalidade. 3. Privacidade.
I. Título.

21. ed. CDD 347.05

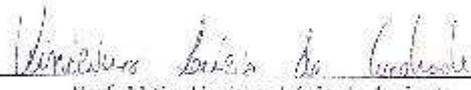
JOÃO HENRIQUES DA SILVA NETO

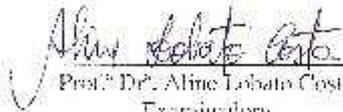
AS EXCEÇÕES AO DIREITO À PRIVACIDADE NA INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL

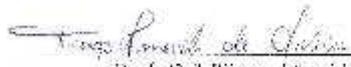
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação Geral dos Programas de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Universidade
Estadual da Paraíba - UEPB, como requisito
parcial para a conclusão do Curso de
Especialização em Investigação Policial e
Análise Criminal.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em: 05 de dezembro de 2016.

Banca Examinadora


Prof. M.Sc. Vitoriano Lúcio de Andrade
Orientador


Prof.ª Dr.ª Aline Lobato Costa
Examinadora


Prof. Dr.º Tiago Almeida de Oliveira
Examinador

João Pessoa
2016

Este trabalho é dedicado aos policiais que fazem a segurança pública em nosso estado. Guerreiros incansáveis que, mesmo contra todos os fatores, ainda tentam promover a proteção dos cidadãos e cidadãos paraibanos.

AGRADECIMENTOS

Por meio desta singela citação, venho agradecer o apoio e a paciência de minha família pelos incontáveis finais de semana de ausência proporcionados pelo deslocamento e frequência nesta pós-graduação tão relevante para minha formação profissional.

Um agradecimento especial também ao coordenador do curso Rômulo. Sempre atencioso, incentivava a todos os alunos mesmo quando o cansaço promovido por nossas rotinas extenuantes nos faziam titubear em nosso compromisso acadêmico.

*"Justo e honrado
é o homem
que mede seus direitos
com a mesma régua
de seus deveres."*

J.B. Henri Lacordaire

RESUMO

A atividade policial, por ser um elemento essencial à sociedade, deve ser pautada na mais ampla honestidade e legalidade para que a população possa se sentir segura quando recorrer a este meio. Para tentar garantir o máximo de respeito e segurança jurídica aos cidadãos, a nossa Constituição Federal de 1988 estipulou uma série de direitos e garantias constitucionais com o intuito de preservar o indivíduo, trazendo o mínimo de dignidade para sua vida particular (privada) e em sociedade. Mesmo tendo como base a constituição alemã, tida como a mais completa na preservação dos direitos fundamentais do indivíduo, ocorre que essa legalidade em excesso, muitas vezes, engessa o trabalho policial, sem que este possa ser exercido com discricionariedade e de maneira mais eficaz. Isso acarreta em um processo de investigação não concluída ou até nem iniciada por requisitos suficientes para deflagrar uma ação policial. Por meio de uma revisão na literatura vigente, tanto em normas nacionais como internacionais, buscou-se fazer uma análise das opções que o profissional de segurança pública tem ao seu dispor no tocante ao desempenho de suas funções sem transgredir a lei. As alternativas encontradas são as exceções a esses direitos, em especial ao direito à privacidade e à intimidade para que policiais e demais profissionais afins possam executar suas técnicas investigativas sem encontrarem empecilhos às suas atividades.

Palavras-chave: Garantias constitucionais, legalidade, privacidade.

ABSTRACT

Police activity, as an essential element of society, should be based on the most honesty and legality so that the population can feel safe when using this means. In order to try to ensure maximum respect and legal security for citizens, our Federal Constitution of 1988 stipulated a series of constitutional rights and guarantees with the purpose of preserving the individual, bringing the minimum of dignity to his private life and society. Even on the basis of the German constitution, which is considered to be the most complete in the preservation of the fundamental rights of the individual, it occurs that this excess legality often encapsulates police work, without it being exercised with discretion and in a more effective way. This entails a process of investigation not completed or even initiated by sufficient requirements to trigger a police action. Through a review in the current literature, both in national and international standards, an attempt were made to make an analysis of the options that the public security professional has at his disposal in the performance of his duties without breaking the law. The alternative found is the exceptions to these rights; in particular the right to privacy and privacy so that police and other related professionals can execute their investigative techniques without finding obstacles to their activities.

Key words: constitutional guarantees, legality, privacy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DIREITO À PRIVACIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL	12
2.1. Conceito de direito à privacidade	13
2.2. Evolução histórica do direito à privacidade.....	14
2.3. Limites e aplicabilidade do direito à privacidade	16
3. EXCEÇÕES LEGAIS NO DIREITO À PRIVACIDADE E INTIMIDADE.....	17
3.1. Exceções ao direito à intimidade e a vida privada.....	17
3.2. Interceptação das comunicações telefônicas e a lei 9.296/96.....	20
3.2.1. Interceptação telefônica versus escuta telefônica versus gravação ambiental ...	21
3.2.2. Direito à intimidade <i>versus</i> a justa causa para interceptar.....	22
3.3. Lei 9.296/96 e a regulamentação das interceptações telefônicas.....	23
3.4. Quebra do sigilo bancário e fiscal.....	25
4. OS LIMITES NA INVESTIGAÇÃO POLICIAL	27
4.1. Princípios que regem a investigação criminal	29
4.2. Inadmissibilidade da prova ilícita	31
5. DIREITO À PRIVACIDADE E SUAS EXCEÇÕES NO DIREITO COMPARADO ...	33
5.1. Interceptação telefônica no direito comparado	34
5.1.1. Grã – Bretanha.....	35
5.1.2. Estados Unidos	35
5.1.3. Portugal.....	36
5.1.4. Itália	37
5.1.5. Tribunal europeu de direitos humanos	37
5.1.6. México	38
5.1.7. Chile	38
5.1.8. Argentina	39
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

1. INTRODUÇÃO

A atividade de investigação criminal, não raras vezes, encontra entraves no direito à privacidade e a intimidade do indivíduo, o que atrapalha a obtenção de provas e, conseqüentemente, a investigação e punibilidade do suposto agente infrator. Ocorre que atualmente temos em nosso ordenamento jurídico dispositivos que não só protegem, mas em alguns casos proíbe a violação de determinados dados e informações, fazendo com que a polícia judiciária procure métodos alternativos para concluir uma investigação criminal.

Se por um lado o cidadão não pode ter sua intimidade e vida privada devassada, por outro lado não é cabível permitir que crimes sejam cometidos sob o manto do direito fundamental à intimidade e a vida privada, colocando em risco a segurança de toda a sociedade e trazendo prejuízos incalculáveis à segurança pública.

Vivencia-se uma era onde a espionagem digital tornou-se o principal meio de investigação de agências de inteligência, quer sejam internacionais, nacionais ou estaduais. Uma era onde houve uma maior preocupação com os meios de conseguir obter as informações, do que com a capacidade de interpreta-las.

Muitas vezes, na tentativa de conseguir uma determinada informação, o investigador criminal esbarra nas garantias constitucionais, invadindo a privacidade e intimidade do cidadão, e assim, não prosseguindo na investigação criminal por falta de meios de continua-la.

No entanto, sabendo que nenhum direito e garantia fundamental é absoluto, é possível encontrar meios de acessar dados, correspondências e investigar a vida privada de uma pessoa para fins de investigação criminal. Além do mais, há no ordenamento jurídico brasileiro leis infraconstitucionais que regulamentam essa atividade, trazendo, assim, mais legitimidade ao processo investigatório.

O estudo do tema é de suma importância para aqueles que desejam exercer com excelência a atividade policial, como também para quem estuda os direitos e garantias fundamentais na investigação policial, sejam: advogados, acusados/interrogados ou autoridades investigativas. Busca-se encontrar na monografia em tela as seguintes questões: É possível realizar uma investigação criminal sem ofender a privacidade e intimidade alheia? É permitida a quebra do sigilo bancário e de correspondências dos cidadãos? Sem sim, em quais situações?

Procurou-se, neste estudo, fazer um panorama do direito a intimidade e a vida privada, analisando seus conceitos centrais, seus limites e abrangência, de modo que fique clara para o leitor toda a trajetória e luta por tais direitos e seus limites basilares. Foi feito o paralelo entre direito a privacidade e intimidade e investigação criminal, com o foco nas exceções a tais direitos que viabilizam a investigação criminal de forma legítima.

Podem ainda ser ressaltados alguns pontos específicos deste estudo:

- Análise do direito à privacidade e a intimidade, conceituando e analisando sua evolução histórica;
- Elaboração de um panorama sobre a atividade policial e seus princípios norteadores;
- Avaliação dos meios permitidos ou não proibidos por lei de prosseguir uma investigação criminal sem ofender o direito fundamental à privacidade e não trazer constrangimentos e exposições sociais desnecessários.

Tal abordagem para a pesquisa é a qualitativa, fazendo-se o a correlação entre o estudo da atividade de investigação policial e os direitos e garantias fundamentais estabelecidas na nossa constituição Federal, em especial o direito a intimidade e a vida privada, observando quais as alternativas e os métodos utilizados pelas forças policiais para não transgredirem a lei.

Os instrumentos utilizados foram livros, artigos científicos publicados em revistas de grande circulação e o estudo de casos concretos. Além destes, foi feito também um estudo da lei seca, além das jurisprudências e uma análise doutrinária. É um trabalho predominantemente bibliográfico.

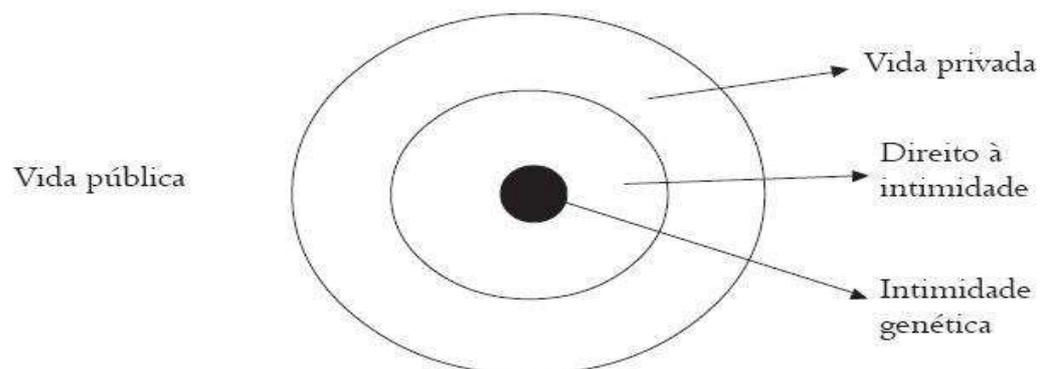
Foi realizado um estudo exploratório por meio de revisão bibliográfica em literaturas que contemplem o estudo do direito à intimidade e a vida privada, além de normas e legislações que tratem da interceptação telefônica.

2. DIREITO À PRIVACIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

O Direito a Privacidade está previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988, porém possui ramificações desse direito nos incisos subsequentes desse mesmo artigo, são eles os incisos XI e XII, visto que, o direito á privacidade engloba o direito a intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das correspondências e comunicações telegráficas e aos dados das comunicações telefônicas.

Antes de estudar mais detalhadamente cada um dos direitos supracitados é importante fazer uma distinção entre privacidade e intimidade, pois ambos são direitos fundamentais à privacidade, porém possui esferas de atuação diferente. A privacidade é algo relativo à vida pública e notória do individuo e de como ele se comporta nela, enquanto a intimidade é algo inerente e pessoal a este, é um estado psicológico do ser.

Em 1953, na Alemanha, Heinrich Hubmann¹ criou a teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada, na tentativa de explicar o que é privacidade, intimidade e público. O estudo se baseia em três círculos: o da vida privada, que são os acontecimentos que o individuo não quer que se torne público; o circulo da intimidade ou confiança, no qual o individuo deseja que apenas determinadas pessoas saibam de fatos selecionados e, por fim, o circulo do segredo ou intimidade genérica, que abrange apenas a esfera mental/psicológica do individuo.



FONTE: tpmagister.lex.com.br

Faz parte do direito à privacidade a inviolabilidade do domicilio, como se pode denotar na leitura do artigo 5º, XI da nossa carta magna. Logo, com exceção do consentimento do morador, flagrante delito ou desastre e durante o dia com determinação

¹ ASSIS JUNIOR. Luiz Cardoso de. **Intimidade Genética, Plano de Saúde e Relação de Trabalho**. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. 2010.

judicial, é proibido pela lei a invasão domiciliar. Como é sabido, é dentro da nossa residência que praticamos nossos atos mais íntimos e pessoais, além de ser o nosso âmbito familiar. Logo é um local onde, em tese, merecemos o mínimo de privacidade.

De acordo com Lord Chatham *apud* Alexandre de Moraes:

O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.

Já no inciso XII do artigo 5º da CF/88 temos outra subdivisão do direito à privacidade. É a proteção ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, podendo o sigilo das comunicações telefônicas ser quebrado por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Quando o legislado relacionou direito a honra e a imagem com a privacidade, nesse caso específico, ele se referiu ao bom nome do indivíduo, que este não seja manchado com divulgações de dados e informações sigilosas. É o caso, por exemplo, do registro no nome Serviço de Proteção ao Crédito (SPC/SERASA) que, caso divulgado, deixará a pessoa com fama de “mal pagador” ou “não honrador dos compromissos”.

2.1. Conceito de direito à privacidade

Trata-se de um direito subjetivo, o qual permite o indivíduo de ser o que realmente é e não de exercer um personagem social, que permite que os cidadãos tenham protegida sua vida particular, sendo assim uma prestação negativa do Estado de não interferir na vida privada do indivíduo, garantindo a estes o sigilo de suas informações mais essenciais.

Segundo Alexandre de Moraes² “Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas”. Logo, reafirmamos a ideia que privacidade engloba a imagem social e a intimidade.

É de suma importância frisar que para as pessoas públicas esse direito é relativizado, até porque não temos direitos fundamentais absolutos, visto que a exposição na mídia faz

² Moraes, Alexandre de. **Direito constitucional / Alexandre de Moraes**. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016. P. 121.

parte da vida e da profissão de algumas pessoas. O que não pode ocorrer é o abuso dessa exposição sob a justificativa da profissão do prejudicado.

2.2. Evolução histórica do direito à privacidade

Como é perceptível, o direito à privacidade já é um direito consolidado em diversos países e tendo status de garantia fundamental no Brasil. Mas, para que esse direito se consolidasse no ordenamento jurídico do Brasil, e em outros países, foi necessário que tal garantia passasse por transformações e evoluções desde eras passadas até os dias atuais.

Durante a antiguidade, pode-se ter como primórdio do direito à privacidade no antigo Egito, o código de Hamurabi (1690 a.c), considerada a primeira codificação do direito, conhecido como “olho por olho, dente por dente”. Na Grécia antiga também é possível ter alguns resquícios do direito à privacidade através da influência da Democracia Direta de Péricles e do Pensamento Sofista, e no Direito Romano, com a lei das doze tábuas, um marco para a codificação e escrita dos direitos da liberdade, propriedade e dos cidadãos.

Como muito bem analisa o direito à privacidade na antiguidade, Fábio Alceu de Mertens³ diz que “[...] Na Grécia Antiga também não havia qualquer preocupação jurídico-política com a intimidade e a vida privada dos cidadãos, pois segundo Aristóteles ‘Na ordem natural a cidade tem precedência sobre a família e sobre cada um de nós individualmente’.”.

Foi a partir do período da Pós-Revolução Francesa que os direitos fundamentais e, conseqüentemente, o direito à privacidade tomaram mais corpo. Isso porque com a chegada da burguesia ao poder cresceu a luta pela propriedade e com o direito de, dentro dela, se comportar como o individuo achar prudente. É desse modo que surge a noção de Estado que temos hoje e a busca por direitos e garantias de uma vida digna. De acordo com José Adércio Sampaio Leite⁴:

Não obstante, julgamos que, em princípio, a história do direito fundamental à intimidade e a vida privada será a história do homem em busca de realização e dignidade, será a história de suas lutas contra a opressão, o arbítrio, em prol da afirmação da sua liberdade, confundindo-se, nesse

³ MERTENS, Fábio Alceu. **Análise histórica e Legislativa do Princípio da Inviolabilidade da Vida Privada e Intimidade**. Revista Eletrônica de Direito e Política, Itajaí, v.1, n.1, 3º quadrimestre de 2006.

⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e a Vida Privada: Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e da informação pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p.34.

sentido, com a idealização e positivação dos direitos fundamentais, dos quais, como veremos, será uma especialidade.

Porém, no que concerne ao estudo do Direito à privacidade, tem-se como marco inaugural o período compreendido entre 1890 e 1948, pois, com a invenção da fotografia instantânea, cresceu o apelo pela privacidade e intimidade, em especial para as pessoas públicas. Foi então que os advogados Norte Americanos Samuel Denis Warren e Luís Demobitz Brandeiz publicaram um artigo, o Right of privacy, fazendo uma análise da necessidade da proteção à privacidade, trazendo o magnífico conceito de que “privacidade é o direito de está só”.

Percebe-se que foi com a publicação dos autores estadunidenses que o debate e estudos sobre o tema ganhou repercussão no mundo, gerando assim maiores aprofundamentos e servindo de modelo para outros países. Por exemplo, em 1905 na Alemanha houve, pela primeira vez, a menção expressa pela norma Alemã, do direito à privacidade e a intimidade.

A grande verdade é que após a primeira e segunda guerra mundial e todas as invasões de privacidade sofridas nessa época fizeram com que a consciência mundial mudasse, trazendo ideais e preceitos culturais novos. A sociedade europeia, e posteriormente quase toda a ocidental, tornou-se individualista-liberal, exigindo que seus direitos e garantias de proteção a sua liberdade, propriedade e vida privada fossem positivadas.

Após as duas grandes guerras mundiais e a ditadura militar ter se instalado em alguns países da América Latina, em 1969 é publicado o Pacto de San Jose da Costa Rica, mais conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, um marco para a história dos direitos essenciais a dignidade humana, que trouxe em seu artigo 11º dispositivos que preservavam a privacidade, intimidade e honra dos cidadãos dos países signatários de tal convenção. Vejamos:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

No Brasil, um período que marcou a falta de respeito à intimidade e a vida privada foi durante a Ditadura Militar, onde diversas garantias e direitos fundamentais foram violados e a intimidade de inúmeras pessoas foi devassada. Como mostra a história muito bem, foi durante

a ditadura militar brasileira (1964-1985) que se desenvolveram métodos sofisticados de espionagem, invadindo a intimidade da sociedade em busca do que os militares chamavam de “comunistas que desejavam acabar com a ordem social”.

Na tentativa de evitar o que ocorreu na ditadura militar e assegurar a sociedade o mínimo de privacidade e defesa da intimidade, nossa carta magna de 1988 trouxe o direito a intimidade e a vida privada com status de Direito fundamental, além de existir em nosso ordenamento jurídico outras fontes infralegais que defendam a privacidade e visem dar viabilidade e aplicabilidade da norma constitucional.

2.3. Limites e aplicabilidade do direito à privacidade

O direito a privacidade e intimidade, como todos os direitos e garantias fundamentais, não é absoluto, haja vistas que pode sofrer alguma restrição ou atenuação. A limitação mais clássica é a da pessoa pública (artistas e políticos), que pela própria natureza de suas profissões não podem evitar que determinadas informações sejam divulgadas. Atualmente, com o advento da internet e das redes sociais, fica difícil identificar o que não é uma pessoa pública, já que algumas pessoas ficam internacionalmente conhecidas postando vídeos, fotos e etc.

Mas além das pessoas públicas, existem outras situações que limitam a aplicabilidade do direito à privacidade. É o que ocorre em relação a determinadas informações que serve para arcabouço histórico, científico e cultural de uma determinada região. Nessas situações, pode haver delimitação do direito à privacidade e intimidade.

Quanto a aplicabilidade do direito a privacidade é pacificado em nosso ordenamento que se trata uma norma de eficácia e aplicabilidade imediata, visto que o próprio texto constitucional define que as normas de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Sobre o tema Alexandre de Moraes assinala que:

A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente. (MORAES, Alexandre de. 2016. P.93).

3. EXCEÇÕES LEGAIS NO DIREITO À PRIVACIDADE E INTIMIDADE

O ser humano vive em sociedade, é inerente a nós a vida social, o compartilhamento de ideias e informações. Às vezes o direito a informação ou investigação colide com o direito à privacidade e intimidade, garantia constitucional prevista no artigo 5º, X e com desdobramentos nos incisos XI e XII do supracitado artigo, que tratam respectivamente da inviolabilidade do lar e do sigilo das correspondências, dados, comunicações telefônicas e comunicações telegráficas.

É mister destacar que a inviolabilidade do sigilo dos dados é uma inovação trazida com a nossa carta magna de 1988, conhecida como Constituição Cidadã justamente por assegurar direitos e garantias aos cidadãos brasileiros, com vistas a proteger os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento da cidadania com dignidade.

No entanto, há uma mitigação ao direito à privacidade, pois uma vez que tal norma assegure as garantias individuais de uma pessoa, tal ordenamento colide com a segurança pública que é um direito coletivo. Prevalece assim a coletividade, pois nesse caso se resguarda o bem jurídico de maior relevância em detrimento do de menor relevância.

Corroborando com a ideia de mitigação das normas fundamentais, Robert Alexy e Dworkin⁵ criaram a teoria do princípio do *sopesamento*, que segundo eles, direitos e garantias possuem pesos diferentes, e conseqüentemente interpretações diferentes. Logo, determinados bens jurídicos possuem um peso maior do que outros.

3.1. Exceções ao direito à intimidade e a vida privada

A própria Constituição Federal, ao elencar o direito a inviolabilidade do lar e do sigilo das correspondências, que são desdobramentos do direito à privacidade, traz em seu bojo algumas exceções a tais direitos. Vejamos:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

⁵ SOARES. Marina. **PRINCÍPIOS: A Regra do Sopesamento de Robert Alexy como Método de Delimitação da Competência Legislativa do Município**. 2013.

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;

Com o texto extraído da Constituição Federal pode-se perceber que a mesma norma que estabelece o direito a inviolabilidade da casa e do sigilo das correspondências e comunicações telefônicas, também estabelece situações onde o direito à privacidade poderá ser mitigado em prol da sociedade.

No caso da inviolabilidade do domicílio é possível afastar essa norma legal nas seguintes situações: (a) flagrante delito ou desastre; (b) prestar socorro; (c) durante o dia e com determinação judicial e por (d) consentimento do morador. Logo, independente da hora, se o morador consentir, é possível adentrar no domicílio.

No que tange ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, este último (comunicações telefônicas) pode ser quebrado se obedecer as seguintes hipóteses cumulativamente: (a) ordem judicial; (b) que esteja o ato na forma que a lei estabelecer; e (c) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O sigilo das correspondências e o direito a privacidade também pode ser mitigado quando decretado Estado de sítio ou Estado de defesa, como bem salienta o artigo 139, III da Constituição Federal, situações onde as garantias fundamentais dos indivíduos podem ser reduzidas.

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

[...]

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

[...]

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

É de suma importância ressaltar que o sigilo das correspondências não atinge aos vestígios que essas correspondências deixam, logo, a carta guardada, a pessoa que recebeu, entregou ou leu o conteúdo dentro outros aspectos podem servir de prova na instrução penal e a busca e apreensão desses dados não ferem o direito à intimidade e vida privada, consistindo assim mais uma hipótese de exceção ao direito à privacidade.

Além do mais, o sigilo a correspondência não é absoluto, podendo haver a interceptação desta, como por exemplo, dentro de presídios. Como bem salienta J.J. Canotilho *apud* Fernando Capez, 2013. p. 484 “Ao invés, sua quebra é necessária para evitar a tutela oblíqua de condutas ilícitas ou práticas contra legem”.

Em relação ao sopesamento do direito à privacidade e a segurança pública, Fernando Capez, 2013. P. 484 acentua de forma maestrosa que:

Portanto, afigura-se possível, observando os requisitos constitucionais e legais, a interceptação de correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguardar as práticas ilícitas.

Muito se discutia, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, se o sigilo das correspondências e comunicações telefônicas era legal, haja vista que não havia naquele momento nenhuma lei regularizando a situação. Tal divergência cessou com a entrada em vigor da lei 9.296/96 que disciplina a Interceptação das Comunicações Telefônicas, trazendo não só a legalidade do ato, mas também os aspectos processuais e procedimentais. A referida lei será tratada em tópico posterior com mais riqueza de detalhes.

O direito de divulgar situações íntimas é limitado pelo direito do receptor aceitar ou não tal divulgação que lhe firam a própria intimidade ou que tragam constrangimentos. Logo, o direito à intimidade e a vida privada, já salientado no estudo em tela, não é amplo e sofre restrições, limitações e comporta exceções quando divergir com os direitos da coletividade ou do direito à intimidade de outra pessoa.

Outra questão que merece atenção é o fato que elementos de identificação não são resguardados pelo direito à privacidade, logo uma pessoa não pode negar-se a identificar-se em questionamentos policiais ou no preenchimento de cadastros públicos alegando ofensa ao direito à privacidade. No entanto as relações de conveniência social são sim resguardadas pelo direito à privacidade. É o caso, por exemplo, de uma lista de clientela com os respectivos dados de cada um dos clientes.

É preciso também salientar que informações de terceiros em relação à vida social de uma pessoa não invade a esfera privada deste, pois são meros reflexos da vida em sociedade. Por tanto, o depoimento de uma pessoa sobre o comportamento de outra, um estudo sobre a vida pregressa realizada por quem de direito não é invasão de privacidade.

3.2. Intercepção das comunicações telefônicas e a lei 9.296/96

Antes do surgimento da lei 9.296/96, a interceptação telefônica por requisição judicial era definida pela lei das comunicações. Dizia que, uma vez que as informações e dados telefônicos fossem requisitados por juiz competente, não constituía violação ao direito à privacidade.

Muito se discutiu a respeito da recepção ou não da lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações). Alguns julgados do STJ entendiam como suficiente a reserva desta lei para atender aos casos de interceptação telefônica. No entanto, foi decidido, por maioria no tribunal, que tal recepção não havia ocorrido e que era necessário uma norma que regulamentasse o tema e trouxesse novos pontos.

A lei 9.296/96 versa sobre a interceptação das comunicações telefônicas de qualquer natureza para fins de investigação criminal e instrução processual penal e veio regulamentar o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal e trazer legitimidade para as investigações criminais que utilizavam as interceptações telefônicas como meio de se obter provas e prosseguir com a investigação.

Um ponto relevante sobre o papel da interceptação telefônica diz respeito ao fato dela não poder ser utilizada para dar início a uma investigação criminal, mas sim para dar prosseguimento a ela e, desde que não possa ser prosseguida por outro meio menos invasivo, pois a preservação da intimidade e vida privada é a regra no nosso ordenamento.

O eminente autor Rogério Greco (2011, p. 65-66) traz a seguinte ideia sobre a interceptação telefônica na investigação criminal:

A interceptação telefônica encontra-se no rol das atividades de inteligência da polícia. Por inteligência policial podemos entender, de acordo com a definição constante no material confeccionado por Alexandre de Assis Silveira para o núcleo de Interceptação e Inteligência policial de Minas Gerais, como “o conjunto de ações que empregam técnicas especiais de investigação, visando confirmar evidências, indícios e obter conhecimento sobre a atuação criminosa dissimulada e complexa, bem como a identificação de redes de organizações que atuem no crime, de forma a proporcionar um perfeito entendimento sobre seu *modus operandi*, ramificações, tendências e alcance das suas condutas criminosas”.

De acordo com Audi Lammêgo Bulos (2001, p.118):

Comunicação telefônica é a transmissão, emissão, recepção e decodificação de sinais linguísticos, caracteres escritos, imagens, sons,

símbolos de qualquer natureza veiculados por telefones estáticos ou móveis (celular).

Muito se discute atualmente se a transmissão de dados através dos meios de comunicação telefônica (modem) podem ser objeto de interceptação telefônica tratada na lei 9.296/96. Damásio de Jesus *apud* Fernando Capez (2013. p. 485-486) assinala pela constitucionalidade da interceptação dos dados, uma vez que quando a carta magna excepciona a exceção do sigilo das comunicações telefônicas, estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de dados.

Afirmando o que diz Damásio de Jesus, há um julgado do Supremo Tribunal Federal que considerou legal a busca e apreensão domiciliar, mediante mandado judicial, do microcomputador e afirmando que não havia violação ao artigo 5º, XII da CF, pois não estava ocorrendo a interceptação e sim apreensão do bem físico no qual continha os dados. Inclusive, já está pacificado pelo STF que os dados contidos no microcomputador não são salvaguardados pela proteção do sigilo das correspondências, pois são considerados documentos de escritórios⁶.

Existe toda uma sistemática de proteção do segredo de justiça em volta da interceptação. Em um primeiro momento, nas investigações, gravações e transições, o segredo da interceptação e conteúdo dela deve ser absoluto. Num segundo momento, após as gravações, o segredo continua interno, porém, poderá ser parcializado, pois é possível que o investigado tome conhecimento do conteúdo dela. E por fim, mesmo o investigado tendo conhecimento, as informações obtidas por meio da quebra do sigilo telefônico não poderão ser divulgadas a qualquer pessoa.

3.2.1. Interceptação telefônica versus escuta telefônica versus gravação ambiental

Muito se confunde as expressões interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação ambiental, no entanto, há diferenças significativas em ambas, em especial para a investigação criminal. Vejamos as características de cada uma delas:

⁶ PINHEIRO, Aline. **Dados do Computador Equivalem a Documentos do Escritório**. CONJUR, 2006.

- a) Interceptação telefônica: ocorre, de maneira resumida, quando um terceiro consegue não apenas ter acesso a conversa, mas também gravá-la, sem conhecimento de nenhum dos interlocutores;
- b) Escuta telefônica: escuta telefônica com a captação da conversa com a autorização de um dos interlocutores. Muito comum em casos de sequestro, onde a polícia, através dos familiares, intercepta o sequestrador quando este entra em contato.
- c) Gravação ambiental: é a captação feita por um dos interlocutores. Desde que a conversa não seja reservada/sigilosa, trata-se de uma prova lícita.

Não há, pois, nenhuma menção a interceptação ambiental no inciso XII. Até mesmo porque, à época da promulgação da CF/88, o Brasil se encontrava em outro estágio de desenvolvimento tecnológico. Tanto é que, até o ano de 2007, poucas obras nacionais podem ser encontradas sobre o tema de interceptações ambientais. A propósito, observe-se que só em 2001 foi que o legislador se atentou para essa forma de investigação, acrescentando o inciso IV do art. 2º da Lei 9.034/95 (Lei de Combate à Organizações Criminosas).

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

A única modalidade de escuta abrangida pela lei 9.296/96 é a interceptação telefônica, as demais não. A interceptação telefônica é o meio utilizado na investigação criminal e no processo penal como formas de elucidar crimes na esfera penal. Não se utiliza a interceptação na esfera cível.

3.2.2. Direito à intimidade *versus* a justa causa para interceptar

A teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) diz que a prova obtida por meios ilícitos não pode ser usada no processo penal por contaminar todo o processo investigatório e não beneficiar os abusos cometidos pela polícia investigativa sob a

justificativa da colheita de provas. Ocorre que tal teoria sofre uma mitigação pelos princípios da verdade material e da proporcionalidade *pro societate*.

Acontece que a gravação e interceptação ambiental não sofrem incidência do inciso XII artigo 5º da Constituição Federal, logo, no caso concreto, o que ocorrerá é o confronto entre direito à intimidade e a justa causa de interceptar, como acontece no estado de necessidade e na defesa de direitos.

3.3. Lei 9.296/96 e a regulamentação das interceptações telefônicas

Como já foi citado no trabalho em tela, a lei 9.296/96 visa disciplinar o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, normatizando sobre a questão da interceptação telefônica. Já no primeiro artigo da citada lei o legislador tratou de estabelecer requisitos para a permissão da interceptação dos meios telefônicos, que são eles: (a) observar o que está disposto em lei e (b) ordem do juiz competente para a ação principal.

Analisando esses requisitos citados é válido ressaltar que somente o juiz competente pode decretar a quebra do sigilo das comunicações através da interceptação telefônica, ou seja, o promotor de justiça e o delegado de polícia não são autoridades competentes para tal. Além do mais, o juiz tem que tratar da jurisdição penal, haja vistas que o próprio texto constitucional determina que o sigilo das comunicações só seja quebrado para investigação criminal e na forma da legislação do processo penal.

Sobre o tema Damásio de Jesus é muito esclarecedor: “Trata-se de competência funcional e, portanto, absoluta, não se admitindo que seja determinada por outro juiz que não aquele que vai receber a denúncia ou a queixa”⁷.

O artigo 2º traz as situações onde não cabe a interceptação telefônica, o que de alguma forma serve também como requisitos a serem observados em tal procedimento. São situações que visam proteger, até onde possível, o direito à privacidade do indivíduo, fazendo com que o sua intimidade e privacidade só sejam devassadas por motivos realmente necessários. Logo, são requisitos para a concessão da quebra do sigilo telefônico previsto no artigo 2º da lei 9.296/96:

- I- Haja indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal: Discuti o que é razoabilidade de indícios de autoria ou participação é polêmico, mas já é

⁷ Interceptações das comunicações telefônicas: notas da lei n. 9692/96, RT, 735/458.

pacificado que não há necessidade de haver prova plena, basta haver indicação provável do crime (*fumus boni iuris*).

- II- Que a infração penal seja punível com pena de reclusão: A mera detenção e pena de multa não ensejam a quebra do sigilo telefônico e, conseqüentemente, a invasão da privacidade. Como bem saliente Fernando Capez, 2013, p. 495 “Deve incidir, na hipótese, o princípio da proporcionalidade dos bens jurídicos envolvidos, não se podendo sacrificar o sigilo das comunicações em prol de um bem de menor valor”.
- III- Que não exista outro meio necessário: Uma vez que o próprio direito penal se orienta pelo princípio da *ultima ratio*, os meios de investigação seguem a mesma linha. É necessário que a situação apresente o *periculum in mora*.
- IV- Que tenha por finalidade instruir investigação policial ou processual penal: Para não repetir o que já se foi amplamente explorado no referido capítulo deste trabalho, basta assinalar que é o que ordena tanto o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal e o artigo 1º da lei 9.296/96.

Para ratificar a ideia da necessidade de tal meio, o artigo 4º da lei 9.296/96 reafirma o que já se foi trabalhado nos artigos anteriores.

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

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

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

Não é obrigatório que todo o procedimento fique apenas na esfera policial, podendo a autoridade policial requisitar serviços especializados e dados das concessionárias sobre os dados telefônicos. E a gravação que não servir de prova durante a investigação criminal, instrução processual penal ou após está será inutilizada como meio de preservar até onde for possível a intimidade dos investigados.

Para não restar dúvidas das finalidades e da competência para a instauração da interceptação dos dados telefônicos, o artigo 10º da lei em comento finaliza estabelecendo como crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática,

ou quebrar segredo da justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, penalizando com reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Um caso que ficou famoso por sua irregularidade e, conseqüentemente, por sua ilicitude foi o escândalo dos grampos de ACM⁸, em 2002. Na época, o deputado federal Antonio Carlos Magalhães (PFL-BA) valeu-se de seu prestígio político e aproveitou um caso de sequestro na Bahia para, juntamente com os investigados, “grampear” as comunicações telefônicas dos seus desafetos, sua ex-namorada e o marido desta que não tinha nenhuma relação com o citado sequestro. ACM foi denunciado pela MPF por crime de interceptação telefônica sem autorização judicial e formação de quadrilha, mas o STF acabou arquivando a denúncia contra ACM.

3.4. Quebra do sigilo bancário e fiscal

O sigilo bancário e fiscal também é um desdobramento do direito à privacidade, tendo, inclusive na lei nº 9.034/95 (op. cit.), que foi revogada pela lei 12.850/13 (Lei de Combate à Organizações Criminosas), um artigo dedicado para impor requisitos para o acesso aos dados bancários e estando previsto implicitamente como direito fundamental, no artigo 5º, XII da carta magna. O sigilo fiscal está previsto no artigo 198 do Código Tributário Nacional – CTN- e também na lei complementar nº 105/2001 logo no seu artigo primeiro: “Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza, e o estado dos seus negócios ou atividades.

Mas logo em seguida, no parágrafo único do artigo 198 do CTN, o legislador enumera as exceções a essa regra, podendo, assim, o indivíduo sofrer interferências na sua privacidade pelas vias bancárias e fiscais. São as seguintes:

- a) a requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça;

⁸ <http://nossapolitica.net/2015/04/acm-e-seus-famosos-grampos-telefonicos/> <acessado em 20/10/2016

b) solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular do processo administrativo;

c) a prestação mútua de assistência entre a Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Logo, é possível perceber que o sigilo bancário e fiscal não é absoluto, podendo ser quebrando sempre que colidir com a função fiscalizadora do Estado e preencher os requisitos em lei. Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se pronunciar em seus julgados, como este que segue⁹:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FATOS CONCRETOS - FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA - INADMISSIBILIDADE - CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE - CONSEQÜENTE INVALIDAÇÃO DO ATO DE "DISCLOSURE" - INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. A QUEBRA DE SIGILO - QUE SE APÓIA EM FUNDAMENTOS GENÉRICOS E QUE NÃO INDICA FATOS CONCRETOS E PRECISOS REFERENTES À PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO - CONSTITUI ATO INVÁLIDO DE NULIDADE. - A quebra do sigilo inerente aos registros bancários, fiscais e telefônicos, por traduzir medida de caráter excepcional, revela-se incompatível com o ordenamento constitucional, quando fundada em deliberações emanadas de CPI cujo suporte decisório apoia-se em formulações genéricas, destituídas da necessária e específica indicação de causa provável, que se qualifica como pressuposto legitimador da ruptura, por parte do Estado, da esfera de intimidade a todos garantida pela Constituição da República. Precedentes. Doutrina. O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - O Supremo Tribunal Federal, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, neutralizando, desse modo, abusos cometidos por Comissão Parlamentar de Inquérito, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, nesse contexto, porque vocacionado a fazer prevalecer a autoridade da Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Doutrina. Precedentes. (MS 25668 / DF - DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/03/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

⁹ <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4020/A-in-constitucionalidade-da-quebra-do-sigilo-fiscal> < último acesso em 23/10/2016

4. OS LIMITES NA INVESTIGAÇÃO POLICIAL

Assim como todo trabalho realizado tanto pelo judiciário como pela atividade policial, a investigação criminal sofre algumas limitações, não sendo de natureza absoluta. Tais limitações não servem apenas para proteger os cidadãos, mas também para resguardar a validade e eficácia das provas produzidas. Por isso a busca-se de maneira digna a verdade processual, que nada mais é do que a verdade factual juridicamente qualificada.

O direito a produção da prova é garantia derivada do devido processo legal, tratando-se de verdadeira garantia constitucional. As provas produzidas no processo são as que levam o julgador ao mais prudente julgamento da lide. Para que o magistrado declare se alguém receberá ou não uma sanção de natureza penal, deve estar o mesmo convencido de tal, sendo que seu convencimento se dará por meio da prova.

Presenciamos uma participação cada vez maior do particular nas investigações, sejam elas de natureza meramente de auditoria em pessoas jurídicas, seja, por exemplo, na condição de sujeitos obrigados pela lei de lavagem de dinheiro, ou mesmo atendendo a mecanismos de *compliance*¹⁰ no âmbito da lei anticorrupção, tema esse cada vez mais presente no cotidiano das atividades criminosas.

O que se observa é que cada vez mais ao particular tem sido atribuídas tarefas e deveres de atuação no sentido de participação ativa na identificação e comunicação de práticas com indícios de crime. Veja-se, por exemplo, no caso da legislação de prevenção a lavagem de dinheiro, a figura dos “sujeitos obrigados” a reportar as operações atípicas ou suspeitas às unidades de inteligência financeira, cuja atuação negativa pode, inclusive, ser sancionada administrativa e até criminalmente.

Diversos dispositivos trazem regras sobre a investigação policial, mais precisamente: Constituição Federal, Código de Processo Penal e o Código Penal. Mas há também algumas normas infraconstitucionais e infralegais que indiretamente disciplinam o tema, mas é perceptível que a atividade policial se pauta consideravelmente por princípios constitucionais e legais.

¹⁰ estar em conformidade com leis e regulamentos externos e internos.

Uma vez que vivemos em um Estado democrático de direito, é razoável entender que o cidadão possui alguns direitos que devem ser respeitados até na investigação policial, ainda que este seja, de fato, autor do delito investigado. Sendo assim, é dever do órgão que estiver conduzindo a investigação assegurar a proteção do suspeito/investigado/indiciado.

Para ratificar a ideia de uma investigação pautada nos direitos e garantias fundamentais e na legalidade, há o Manual de Formação em Direitos Humanos para as forças Policiais, no qual há um capítulo sobre “Normas Internacionais de Investigação Policial” e traz no seu parágrafo 303 a seguinte redação:

303. A investigação criminal tem por objetivos a recolha de provas, identificação do presumível autor do crime e apresentação das provas em tribunal para que a culpabilidade ou inocência do arguido possa ser determinada. Os princípios fundamentais que emanam das normas internacionais são, assim, os seguintes: • presunção da inocência de todos os arguidos; • direito de todas as pessoas a um julgamento justo; • respeito pela dignidade, honra e privacidade de todas as pessoas.

Com base nesse extrato do referido Manual, podemos perceber que nossa carta magna já recepcionou tais princípios, os quais serão tratados a diante com mais atenção.

O Superior Tribunal de Justiça já possui decisões a respeito dos limites á investigação policial, tratando o que vicia ou não o andamento da investigação. Vejamos:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DECRETOCONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SERCOMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. INVESTIGAÇÕES LEVADAS AEFEITO PELA POLÍCIA MILITAR. EVENTUAIS VÍCIOS NA FASE POLICIAL QUENÃO CONTAMINAM O PROCESSO-CRIME. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIMEPERMANENTE. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NOART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS IDÊNTICASDO RÉUS. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DE PENA EM FRAÇÕES DISTINTAS.FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria [Constituição](#), devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento

de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. A condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Os policiais militares, ao serem informados da prática de narcotraficância no local, invadiram a residência e prenderam a paciente e demais corréus em flagrante, sem que se vislumbre qualquer ilegalidade na segregação, porquanto os milicianos agiram em estrito cumprimento do dever legal.

V. Tratando-se de crime permanente, torna-se despicienda a expedição de mandado de busca e apreensão, sendo lícito ao policial militar ingressar na residência do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, a fim de fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente encontrada no local.

VI. A remansosa jurisprudência desta Corte reconhece que eventuais nulidades ocorridas na fase policial não têm o condão de tornar nula a ação penal, pois aquele procedimento resulta em peça informativa e não probatória, podendo ser até mesmo dispensado, caso o Parquet, titular da ação penal, entenda já dispor de indícios de materialidade e autoria do delito bastante para o oferecimento da denúncia.

VII. O reexame da dosimetria em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade, como se infere na hipótese em apreço.

VIII. Colegiado de origem que, ao analisar situações similares, ainda que submetidas a julgamento em apelações apartadas, deu tratamento judicial diferente aos réus quando da aplicação da pena.

IX Deve ser parcialmente concedida a ordem para reformar o acórdão aquo, determinando que o Juízo das Execuções aumente o índice de redução da pena pela incidência do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 no patamar de 1/3 (um terço), mantendo-se, no mais, o inteiro teor do decreto condenatório.

X. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

4.1. Princípios que regem a investigação criminal

A maioria dos princípios estão previstos em dispositivos legais diferentes, de maneira a concretiza-los em nosso ordenamento jurídico. Trata-se de normas-princípios que se complementam. Vejamos:

- a) Princípio da dignidade da pessoa humana: pode-se dizer que este é a mola mestra da base principiológica, visto que de certa forma, direta ou indiretamente, ele engloba todos os demais. Tratar o ser humano com dignidade é não apenas

respeita-lo, mas garantir que todos os seus direitos sejam observados na investigação criminal.

- b) Princípio da legalidade: tal princípio está previsto tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Penal e no Código Penal e possui duas vertentes: limita o Estado de fazer *APENAS* o que está previsto em lei e permite o cidadão comum a fazer tudo que não seja proibido por lei. É a verdadeira base de um Estado democrático de direito.
- c) Princípio da moralidade: as condutas ética e moral devem estar presentes na atividade policial, pois para que tal instituição execute suas atividades de forma ampla é essencial que a população sinta segurança em relação à instituição. O conceito de moralidade é amplo, pois é pautada em valores sociais e culturais.

Os princípios da investigação policial abaixo mencionados são encontrados no Manual de Formação de Direitos Humanos na Força Policial e citados por Rogério Greco (2011, p. 57-58).

- Todo indivíduo tem direito à segurança pessoal;
- Todo indivíduo tem direito a um julgamento justo;
- Todo indivíduo tem direito à presunção de inocência até que sua culpa fique comprovada no decurso do processo equitativo;
- Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência;
- Ninguém sofrerá ataques a sua honra e reputação;
- Não será exercida qualquer pressão física, psicológica ou mental, sobre os suspeitos, testemunhas ou vítimas, a fim de se obter informações;
- A tortura e outros tratamentos desumanos são absolutamente proibidos;
- As vítimas e testemunhas deverão ser tratadas com compaixão e consideração;
- A informação sensível deve ser tratada com cuidado e o seu caráter confidencial respeitado em todas as ocasiões;
- Ninguém será obrigado a considerar-se culpado nem testemunhar contra si mesmo;
- As atividades de investigação deverão ser conduzidas em conformidade com a lei e apenas quando devidamente justificada;

- Não serão permitidas atividades de investigação arbitrárias ou indevidamente intrusivas.

4.2. Inadmissibilidade da prova ilícita

Pode-se compreender que a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos como sendo um limite à atuação policial nas investigações criminais, pois, uma vez que vivemos em um país democrático de direito, não é aceitável que se passe por cima dos direitos e da dignidade humana dos cidadãos.

A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Pelo contrário as provas ilícitas, tem natureza substancial quando, embora servindo mediatamente também os interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.

Questão de manifesta importância hodiernamente. As provas ilícitas por derivação são aquelas a que se chegou após um início probatório ilícito. Exemplifica-se com uma confissão mediante tortura, onde o autor do delito aponta quem foi seu comparsa. A posição mais garantista originou-se da Suprema Corte Estadunidense, com a teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual o vício da planta se estende a todos os seus frutos, tornando imprestáveis as provas lícitas obtidas por derivação de ilícitas.

Sobre o tema Renato Brasileiro (2016, p. 836) afirma que:

Outra característica da prova ilícita é que esta, em regra, pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este. Daí se dizer que a prova ilícita é aquela obtida fora do processo com violação de norma de direito material.

Sobre o tema a nossa carta magna traz em seu texto no artigo 5º, algumas situações de colheita de prova que são consideradas ilícitas se não forem feitas dentro da lei, são elas:

- Inviolabilidade da intimidade e vida privada, a honra e a imagem;
- Inviolabilidade do domicílio e das correspondências e dados;

- Vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante;
- Respeito à integridade física e moral do preso, dentre outras.

Aceitar a prova obtida por meios ilícitos é corroborar com dois problemas: primeiro, o abuso policial sob a desculpa de estar colhendo provas, o que já foi tratado em tópicos anteriores, e segundo, a colheita de confissões falsas, conseguidas através de tortura ou outros meios cruéis, colocando, assim, um inocente na cadeia e deixando um criminoso viver em sociedade.

5. DIREITO À PRIVACIDADE E SUAS EXCEÇÕES NO DIREITO COMPARADO

No que concerne ao direito à privacidade e intimidade, não difere muito dos demais países democráticos, haja vista que a proteção a tais direitos é inerente aos estados democráticos de direito. Um excelente exemplo disso é a Constituição Portuguesa que em seu artigo 26 prevê que a palavra e a intimidade da vida privada familiar serão preservados, porém, no seu artigo 18 da supracitada Constituição, é previsto a restrição a tais direitos através das escutas telefônicas para fins de investigação criminal, muito similar as nossas normas.

Já a Constituição da Espanha, no que se refere aos direitos fundamentais à intimidade, em seu artigo 18, deixa claro o direito à honra, à dignidade pessoal e familiar e protege as comunicações telefônicas e postais, mas excepciona essas proteções por ordem judicial, onde elas poderão ser quebradas ou abrandadas. Há a possibilidade de suspensão, mediante intervenção judicial, de alguns direitos e liberdades. O elenco das ações interceptava é grande. No entanto, seu âmbito de aplicação não está restrito às interceptações telefônicas, mas também a toda apreensão de sons pela utilização de escuta, gravação, transmissão e reprodução.

Apesar disso, o Código de Processo Penal Espanhol é considerado por demais lacunoso. O vácuo legislativo está presente em diversas matérias, a exemplo o rol de suspeitos justificadores da medida, o objeto e o procedimento da interceptação, a transcrição do conteúdo das gravações e principalmente o valor probatório das interceptações inconstitucionalmente obtidas.

A norma constitucional estrangeira que mais preserva os direitos e garantias à intimidade e vida privada é a Constituição Alemã, onde este direito é supremo e absoluto. Muito decorrente do período vivido pelo povo alemão durante a Alemanha Nazista, entre 1934 e 1945, onde os direitos e garantias de milhares de judeus foram devassadas, dando margem as maiores atrocidades já cometidas na história da humanidade.

Nossa Constituição sofreu forte influência doutrinária alemã no que concerne ao surgimento do direito à privacidade na norma brasileira. Sobre este fato, De Gredori & Hundertmarch *apud* Leonardi (2013. pág. 751) afirmam que:

O direito à privacidade surgiu em momento anterior à publicação da Constituição Federal de 1988, [...] a forte influência na doutrina internacional é decorrente da Constituição Alemã de 1949.

Apesar de no direito alemão a busca pela verdade real não poder afrontar os direitos fundamentais, há uma exceção no que concerne a crimes de segurança pública, a ordem pública, homicídio voluntário premeditado, falsificação de moedas, sequestro, rapto, tráfico de mulheres, estelionato e crimes de perigos sociais.

Assim como no direito espanhol, o direito alemão prevê que o sigilo telefônico só poderá ser quebrado através de autorização judicial. No entanto, essa regra comporta a exceção de que o ministério público poderá, em situações de emergências, proceder a quebra do sigilo telefônico, sendo assim, mais um ponto de diferença com as normas brasileiras, onde apenas o juiz poderá decreta a quebra do sigilo telefônico.

Também muito similar às normas brasileiras de direito a intimidade e vida privada, é a Legislação Italiana, onde é permitida a quebra do sigilo postal e telefônico apenas em situações excepcionais, levando em consideração o princípio da proporcionalidade, e desde que sejam motivadas por autoridades judiciárias e atendam aos requisitos exigidos.

5.1. Interceptação telefônica no direito comparado

Com relação ao direito comparado, Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e Chile, por exemplo, possuem a matéria regulada em seus códigos de processo penal. Nos Estados Unidos, por sua vez, a matéria é disciplinada pelo Omnibus Crime Control and Safe Streets Act, (Lei Omnibus de Controle da Criminalidade e Ruas Seguras) de 1968, que, em seu capítulo 119, trata do tema das interceptações. Igualmente, no Reino Unido a questão é tratada no Regulation of Investigatory Powers Act (Lei de regulação de Poderes de Investigação)–RIPA, de 2000, que consiste num extenso regramento da questão.

Uma das questões mais delicadas em matéria de interceptação telefônica é a identificação de outros fatos praticados por terceiros que se comunicam com o sujeito passivo da interceptação telefônica, cuja autorização judicial, em princípio, não faz menção a ele, o que a doutrina chama de encontros fortuitos.

Esse fenômeno, chamado de serendipidade, consiste em sair em busca de algo e encontrar outra coisa, que não se estava procurando, mas que pode ser ainda mais valioso. A expressão vem da lenda oriental *Os três príncipes de Serendip*, viajantes que, ao longo do caminho, fazem descobertas sem ligação com seu objetivo original.

Em que pese a necessidade de a autorização judicial de escuta trazer a descrição clara da situação, objeto da investigação e a indicação e qualificação dos investigados, conforme bem coloca Luiz Flávio Gomes, pode ocorrer, no curso de alguma interceptação, a identificação de informações sobre outros fatos penalmente relevantes, nem sempre relacionados com a situação que estava sendo investigada e que, como consequência, envolvem outras pessoas.

Partindo-se do pressuposto de que a interceptação telefônica demanda uma comunicação entre dois interlocutores, sendo que um deles pode não ter qualquer relação com o fato que gerou a autorização judicial, inevitável será considerar que a autorização judicial também abrangerá a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado, e não apenas aquele que justificou a providência. Mesmo porque, se assim não pensarmos, a interceptação será inútil.

Contudo, importa ressaltar que esses interlocutores não envolvidos restarão protegidos pelo sigilo das conversas e, conseqüentemente, por todo respaldo legal, cuja violação, inclusive, é tipificada criminalmente.

5.1.1. Grã – Bretanha

No ordenamento jurídico da Grã-Bretanha não há normas que estipulem diretamente a proteção à vida privada do indivíduo. No entanto, o que ocorre nos países ingleses são divulgações não autorizadas emitidas pelos tribunais. Logo, pode-se dizer que a vida privada em tais localidades não é protegida, pois tais divulgações pelos tribunais não possuem força de lei e não solucionam o problema da invasão de privacidade.

Tanto a Grã- Bretanha como os Estados Unidos seguem a teoria de que qualquer prova é válida no processo investigatório, desde que seja relevante. Sendo assim, é praxe da polícia investigatória inglesa utilizar a interceptação como meio investigatório, no entanto, não servindo como meio probatório.

5.1.2. Estados Unidos

Nos EUA encontramos o berço do direito à privacidade ocidental, pois foi lá que surgiu o *Right of Privacy*¹¹, excetuando-se desse direito apenas os homens públicos. No que tange a interceptação telefônica, é possível encontrar na legislação americana mecanismos mais eficazes contra a criminalidade.

A solicitação da interceptação telefônica deve ser feita por escrito, sob promessa ou juramento do juiz competente para decretar a quebra do sigilo telefônico. Nesse mandato deve haver uma série de explicações dos fatos e explicações embasando a solicitação, para que tal medida não seja tomada de forma arbitrária.

Em regra, nos Estados Unidos só se utiliza a interceptação telefônica para meios criminais, porém é permitido que a interceptação seja realizada de forma particular, caso seja considerada razoável, sendo assim o seu resultado admissível no processo.

5.1.3. Portugal

Não muito diferente do que ocorre na nossa legislação, no direito português, as provas obtidas por meio da violação da privacidade não são admitidas no processo, entretanto isso não significa dizer que a inviolabilidade do direito à privacidade seja absoluta no direito luso. A interceptação telefônica é prevista no artigo 187 da Constituição Portuguesa e só é admissível nas situações ali elencadas.

No supracitado artigo, o legislador tratou de ressaltar que será permitida a interceptação telefônica não só nos casos de crimes graves, mas também nos casos em que este seja o único meio de provar determinado caso, haja vista que determinados crimes, como ameaça, injúria e coação podem, e normalmente são, praticados pelas vias telefônicas.

Ainda no direito português, a interceptação telefônica só pode ser realizada com autorização do juiz da instrução criminal, de acordo com sua competência criminal. Há também um rol taxativo de crimes que permitem a quebra do sigilo telefônico. Dessa forma evitam-se ingerências cometidas por autoridades policiais sob o manto da busca da verdade real. Além de tudo isso exposto, há uma limitação de pessoas e ligações na quebra de tal sigilo.

¹¹ *O Direito à Privacidade*, artigo jurídico escrito por Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado em 1890 na revista *Harvard Law Review*.

Em todos os casos sempre encontraremos o princípio da proporcionalidade balizando o assunto, pois nenhum direito é absoluto, e nenhuma proibição também. Sempre será necessário analisar o caso concreto para poder chegar a alguma ideia.

5.1.4. Itália

Em termos gerais, a constituição italiana não muda muito do que já estudamos na legislação brasileira e demais constituições no que se refere a direito à privacidade. Ou seja, resguarda a inviolabilidade das comunicações, permitindo apenas em situações previstas em lei e sob motivação da autoridade judiciária competente.

No caso das normas italianas, o pedido da interceptação deverá ser formulado pelo ministério público nas investigações preliminares. Quando houver comprovado indício de autoria e comprovado que a interceptação, nessa situação, é imprescindível, será autorizada pelo juiz competente.

Outro ponto importante nas interceptações realizadas sob as leis italianas é o fato de as comunicações interceptadas serem gravadas e reduzidas a termo devendo ao final ser enviadas aos defensores das partes. O ministério público pode pedir ao juiz que este envio seja atrasado quando for imprescindível para o êxito da operação.

O código de Processo Penal Italiano é muito organizado e detalhado no que se trata de interceptações das vias telefônicas, exigindo que do termo reduzido seja extraído o que for vedado pela lei, devendo os advogados ser informados desta extração com antecedência para que montem suas defesas. Os resultados da interceptação não podem ser utilizados em procedimentos diferentes daqueles para os quais foram requisitados, a não ser que sejam essenciais para a comprovação de crimes para os quais seja obrigatória a prisão em flagrante.

5.1.5. Tribunal europeu de direitos humanos

Quando uma agressão aos direitos fundamentais do homem é cometida, o órgão responsável por dirimir e investigar esse conflito é Comissão Europeia de Direitos Humanos. Podem provocar tal corte, tanto pessoas físicas, desde que haja previsão em tal pacto, quanto Estados que se submetam a tal acordo.

É importante ressaltar que a Corte Europeia possui capacidade de sanção e poder decisório. Logo, poderá punir Estados/pessoas que infringirem normas de direitos fundamentais, como o direito à privacidade/intimidade. De acordo com as decisões publicadas pelo órgão em comento, percebe-se que há regras claras e rígidas para que ocorra a interceptação telefônica. A autorização judicial não é suficiente, devendo a norma estabelecer os casos possíveis de interceptação, bem como seus limites.

É de suma importância saber que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos julga também as ações dos países que o aceitaram e que não garantiram o máximo de oportunidades de defesa possíveis. Ainda, no Tribunal é defendido o sigilo das gravações, não sendo permitida por essa Corte a publicação do seu conteúdo, sob pena de indenização por danos sofridos.

5.1.6. México

É possível encontrar a proteção ao sigilo das comunicações telefônicas tanto nas leis federais quanto na Constituição Federal do México. No entanto, apenas a autoridade judiciária, mediante pedido da autoridade federal autorizada por lei ou do ministério público, poderá autorizar a intervenção nas comunicações privadas.

Na legislação mexicana, a interceptação além de ser permitida apenas na esfera criminal, só pode ser utilizada quando houver crime de grupos organizados, restringindo assim ainda mais o rol dos casos em que poderá ser quebrado o sigilo telefônico.

Assim como as demais constituições estudadas nesse capítulo, no México a interceptação telefônica deve seguir um protocolo, seja ele: o requerimento de interceptação deve ser escrito. Nele devem estar demonstrados o objeto da intervenção, sua necessidade, os indícios de que no delito participa membro do crime organizado, o crime, o tipo de comunicação a ser interceptada, a duração (não podendo ultrapassar seis meses, salvo exceções) e as pessoas que realizarão a interceptação.

5.1.7. Chile

No que tange interceptação telefônica, a legislação chilena é uma das mais rígidas no sigilo das comunicações telefônicas, haja visto que a Constituição garante, quase de forma absoluta, a inviolabilidade dos dados e informações das vias telefônicas. As exceções a essa regra serão encontradas nas leis extravagantes. Dentre elas estão a lei antiterrorismo e a lei de

tóxicos. Neste país ainda há muita controvérsia se as interferências serão feitas apenas na legislação extravagante ou se é possível fazê-las também na ordinária.

Pelas normas chilenas, a interceptação não constitui prova, ela apenas direciona a outras provas. Ainda assim, esta deverá seguir alguns requisitos, como ordem judicial contendo os limites da interceptação, de números interceptados, oportunidade, necessidade e proporcionalidade da medida.

Há ainda alguns cuidados com o sigilo do material que foi gravado, devendo este ficar guardado com o magistrado, não podendo dar conhecimento da interceptação, naquele momento, ao investigado. Por essa razão, a medida deverá conter sua duração. Por fim, o direito chileno não possui um rol de crimes passíveis de interceptação. O juiz decidirá sobre a situação de acordo com a gravidade do delito.

5.1.8. Argentina

Na legislação argentina, a constituição resguarda absolutamente o sigilo as comunicações telefônicas, ficando a par da legislação infraconstitucional a regularização da interceptação telefônica e acentuando o fato de este ser um meio excepcional.

Alguns requisitos cumulativos são exigidos para que se possa prosseguir com a interceptação telefônica. São eles: ordem judicial fundamentada; que o delito seja grave; que os fatos não possam ser conhecidos ou provados de outra forma ou, ainda, que seja de difícil acesso. A intervenção deve alcançar o imputado e as pessoas suspeitas de transmitir ou receber comunicações destinadas a ele. O direito argentino enfatiza que deve existir uma investigação inicial para quebrar o sigilo. Não deve ser a interceptação usada para dar início às investigações.

A interceptação poderá ser anulada caso fique comprovada a falta de razoabilidade ou desproporcionalidade da utilização do meio, como uma forma de não sacrificar os direitos fundamentais. Há ainda a possibilidade de encontros de crimes fortuitos. A regra é a não utilização do material colhido salvo se o interceptado estiver na iminência de cometer um delito. Mas a regra argentina deixa claro que não são permitidos esses “encontros fortuitos”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos em um mundo tecnológico, onde a cada instante cria-se um equipamento novo, uma rede social nova ou um aplicativo diferente que ajuda cada indivíduo a interagir em sociedade, disseminando ideias, fazendo pesquisas rápidas, dentre outras facilidades do mundo moderno.

Acontece que nem sempre a privacidade e a intimidade podem ser resguardadas em um mundo tecnológico, já que um número significativo da população brasileira possui celulares com câmeras de alto desempenho e gravadores embutidos que podem fotografar, filmar ou gravar áudios de alta qualidade, sem que a pessoa que sofre tal ação perceba.

Além do mais, com a popularização dos aparelhos telefônicos móveis (celulares) e dos seus pacotes de transferência de dados, estes ganham cada vez mais espaço no meio das comunicações pessoais, servindo como ferramenta de interações, mas também confidências pessoais ou sobre terceiros, e é nesse ponto que acontece inúmeros debates sociais e jurídicos: até que ponto o poder de investigação pode interferir na vida privada e na intimidade de alguém?

No entanto, da mesma forma que os meios de comunicação e equipamentos estão mais avançados devido aos meios tecnológicos atuais, a prática de crimes também está com ferramentas e métodos mais avançados e com o uso cada vez mais constante da tecnologia ao seu favor, delinquentes se tornaram verdadeiros “especialistas do crime”, ficando assim mais difícil de concluir uma investigação criminal.

Outro obstáculo que a polícia investigativa tem, além de ter que lidar com criminosos altamente profissionais no mundo do crime, é esbarrar quase sempre em direitos e garantias fundamentais para concluir uma investigação criminal conforme a lei. Dentre esses direitos, o que mais dificulta o trabalho da polícia é o direito a intimidade e a vida privada, honra e imagem, previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

Tanta normatização e garantias invioláveis fazem com que o trabalho da polícia fique “engessado” e demasiadamente lento e complicado, devendo estes ter muita cautela, pois uma prova ilícita – o que não é admitida por nosso ordenamento jurídico - pode colocar todo um trabalho investigativo a perder.

Na contramão dessas dificuldades é possível encontrar algumas exceções nos direitos e garantias individuais, até por que nenhum direito é absoluto, possibilitando que tais direitos sejam mitigados e, assim, é possível que haja uma colheita de provas de forma totalmente legal, sem infringir nada que não tenha sido permitido na lei.

Essa mitigação acontece porque o bem-estar da sociedade tem maior relevância jurídica do que o bem-estar de uma pessoa ou de um grupo de pessoas que possam estar ameaçando a segurança pública. Sobre essa avaliação de bens jurídicos protegidos tem-se a teoria do sopesamento.

Um aspecto que foi notado no decorrer da construção desta monografia, no que concerne ao estudo comparado entre legislações de algumas nações no tocante a proteção da privacidade, foi o fato de o Brasil estar alinhado com diversas nações cujo sistema político é o democrático. Dentre estas nações, destaca-se a Alemanha, cuja constituição é notadamente a que mais protege o direito à intimidade e à vida privada, servido inclusive de referência para nossa carta magna no tocante a esse ponto.

Para que haja uma investigação criminal pautada na legalidade e defesa dos direitos fundamentais, há algumas normas regulamentadoras, tendo destaque juntamente com a Constituição Federal, que é nossa norma máxima, o Manual de Direitos Humanos das Forças Policiais, o qual delimita bem a atuação da polícia e traz uma gama de princípios, boa parte deles já previstos na CF/88, que ratificam a ideia de investigação eficaz, porém não abusiva.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS JUNIOR, Luiz Cardoso de. **Intimidade Genética, Plano de Saúde e Relação de Trabalho**. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. 2010.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas. Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. 2. Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed., Almedina- Coimbra, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal- Legislação penal especial**, volume 4/Fernando Capez - 8ª.ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

FUNCK, Fabiela. **A Quebra do Sigilo Fiscal e o Direito à Intimidade**. Disponível em:

direitonet.com.br/artigos/exibir/4020/A-in-constitucionalidade-da-quebra-do-sigilo-fiscal
< ultimo acesso em 23/10/2016

GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica- Comentários à Lei 9.296 de 24.07.1996**. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. Editora Saraiva: São Paulo, 1996.

GRECO, Rogério. **Atividade Policial: Aspectos Penais, Processuais Penais, Administrativos e Constitucionais- 3ª edição/ Rogério Greco**. – Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 16ª Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima** – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único I - 4. ed. rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

MERTENS, Fábio Alceu. **Análise Histórica e Legislativa do Princípio da Inviolabilidade da Vida Privada e Intimidade**. Revista Eletrônica de Direito e Política, Itajaí, v.1, n.1, 3º quadrimestre de 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** / Alexandre de Moraes. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016– São Paulo: Atlas, 2016.

RAMOS, Mailson, **ACM e Seus Famosos Grampos**. 9 DE ABRIL DE 2015. Disponível em: nossapolitica.net/2015/04/acm-e-seus-famosos-grampos-telefonicos/ <acessado em 20/10/2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processual Penal Comentadas**. Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed. [2008].

SOARES, Marina. **Princípios: A Regra do Sopesamento de Robert Alexy Como Método de Delimitação da Competência Legislativa do Município no Caso Concreto**. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2488> <Acessado em: 18/10/2016.

PINHEIRO, Aline. **Dados do Computador Equivalem a Documentos do Escritório**. CONJUR, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e a Vida Privada: Uma Visão Jurídica da Sexualidade, da Família, da Comunicação e da Informação Pessoais, da Vida e da Morte**. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

SANTOS, Christiano Jorge, no artigo **“Interceptação Telefônica, Segurança e Dignidade da Pessoa Humana”** – in Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana– Ed. Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008.

JESUS, Damásio. **Interceptações das Comunicações Telefônicas: Notas à Lei Nº 9692/96, RT, 735/458**.

DE GREGORI, Isabel Christine e HUNDERTMARCH, Bruna. **A fragilidade da proteção do direito à privacidade perante as facilidades da internet**. 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Universidade Federal de Santa Maria - RS. Ed. 2013.