

## Direitos e garantias individuais e criminalidade

OSWALDO LUIZ PALU  
Promotor de Justiça - SP

Artigo 5º, incisos X, XII, LIII, LV, LVI e LXIII da Constituição Federal – Considerações

### I – Introdução

A Constituição Federal de 1988 em seu Título II ( Dos Direitos e Garantias Fundamentais) traz em seu Capítulo I a matéria referente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; conquanto paradoxal, há ali um rol de direitos e, salvo a restrição do seu inciso XXV, nenhum dever individual ou coletivo. É de se argumentar que uma relação de direitos e garantias individuais não deveria mesmo trazer deveres, eis que uma constituição deve se preocupar especialmente com os direitos e com a liberdade, não com obrigações. Estas, quando impostas pela Constituição de 1988 são sempre e fundamentalmente para o Estado, ente provedor, impessoal e confortavelmente distante. Já se disse que o rol de deveres foi lembrado pelos “conservadores da Constituinte”<sup>(1)</sup> e que “os deveres decorrentes dos incisos do artigo 5º têm como destinatário o Poder Público e seus agentes(...)”.<sup>(2)</sup> Não é o caso de se discutir o tema aqui, mas ocorre que o excesso de demandas carreado ao Estado gera, inevitavelmente, o **overload government** ou excesso de carga do governo.

A abordagem do tema deveres, logo de início, nada tem de absurdo quando o assunto é justamente o contrário, direitos e garantias, sendo apenas pouco usual; até mesmo um jurista como José Joaquim Gomes Canotilho (de conhecido timbre ideológico) lembra a existência de alguns deveres conexos com os direitos fundamentais (dever de voto, dever

(1) - “Curso de Direito Constitucional Positivo”, J. Afonso da Silva, pág. 175, ed. 1989, RT.

(2) - Ob. cit.

de trabalhar, dever de educar os filhos, dever de defesa e promoção da saúde, dever de defesa do meio ambiente, dever de escolaridade básica, dever de defesa do patrimônio, etc); além desses há ainda os deveres autônomos, que não têm conexão alguma com os direitos fundamentais, tais como o dever de pagar impostos, dever de recenseamento, dever de colaboração na administração eleitoral, dever de defender a Pátria, do serviço militar, de explorar a terra, etc.<sup>(3)</sup>

É objetivo deste trabalho traçar algumas observações a respeito de alguns direitos individuais, elencados nos incisos X, XII, LIII, LV, LVI e LXIII do artigo 5º da Constituição Federal, sob o enfoque da repressão à criminalidade.

### II – Breve histórico das liberdades individuais

Como lembra Karl Loewenstein, entre todos os limites impostos ao poder do Estado os mais eficazes são o reconhecimento jurídico de determinados âmbitos de autodeterminação individual no qual o Leviatã estatal não pode penetrar. O acesso às zonas proibidas está vedado a todos os detentores do poder, ao governo, ao parlamento. Tais esferas de liberdade dentro das quais os homens podem livremente circular livres de intervenção estatal chamou-se de “direitos do homem” e “liberdades fundamentais”.

As origens do constitucionalismo confundem-se com as das liberdades individuais; fundamento da liberdade, o estabelecimento de barreiras onde o Poder não pode transpor é a garantia do estado de direito democrático em contraponto à autocracia e à tirania. Perdendo-se na noite da História, a luta pelas liberdades individuais teve momento de profunda importância na Revolução Puritana, em luta contra o despotismo religioso inglês do século XVII, na conhecida **Glorius Revolution**. A doutrina da tripartição de poderes também foi importante para a consolidação das liberdades individuais, chegando mesmo a declaração francesa dos direitos do homem a dizer no seu artigo 16 que: “**Toute société dans laquelle la garantie des droits n’ est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution**”. Em seguida tivemos a Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas (1948) que, sem ter **status** de tratado ou convenção internacionalmente obrigatória (trata-se de simples resolução), traz normas a serem observadas por todos os povos.

### III – Direitos individuais ( absolutos? )

Há que se lembrar, entretanto, que tais liberdades individuais sofrem também algumas restrições. Na Inglaterra, por ex., por não haver Constituição escrita, as garantias dos direitos fundamentais estão enraizadas nas convicções jurídicas da **common law** e os tribunais encarregam-se de sua observância, estando permitidas somente aquelas restrições exigidas pela ordem pública em tempo de paz ou situações de exceção. Nos Estados Unidos da América, os direitos individuais, a par de estarem na própria Constituição, têm no **Bill of Rights** a sua esfera máxima. A primeira emenda é clara ao prescrever que “**Congress shall make no law abridging the freedom of speech or of the press...**”. Não há exceções na lei, entretanto, sempre que a ordem pública ou a segurança nacional exigirem, a Suprema Corte procederá às aberturas necessárias; de se lembrar a famosa fórmula criada ainda nos anos vinte pelo Juiz Holmes, do perigo “claro e presente” (**clear and present danger**). Por ela, as autoridades – Congresso, Governo, Polícia, Tribunais – podem intervir legalmente nas liberdades individuais protegidas constitucionalmente

(3) - J.J. Gomes Canotilho “Direito Constitucional”, pág. 559, ed. Almedida, 1992.

quando uma ação conduza diretamente a uma alteração da ordem pública ou a um perigo para o Estado. A decisão no caso concreto se essa situação ocorre de fato fica ao critério da autoridade que leva a cabo tal intervenção, sendo que estará submetida ao controle do tribunal; o Poder Judiciário dará, então, a palavra final, buscando o equilíbrio entre as liberdades individuais e o interesse público.

O ilustre constitucionalista luso, antes citado, faz referências ao que chama de colisão de direitos ou cruzamentos de direitos, que ocorre quando:

- a) há a colisão de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais; e
- b) há colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado.

Assim, para ficar na casuística do mestre, a liberdade interna de imprensa, que implica a liberdade de criação e expressão dos jornalistas, bem como sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação, pode considerar-se em colisão com o direito de propriedade das empresas jornalísticas; a liberdade de criação artística e intelectual é suscetível de colidir com outros direitos pessoais, como o direito ao bom nome, reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida familiar. Os "Bens da Comunidade" que podem conflitar com direitos individuais não são aleatórios, mas devem ser valiosos, considerados dignos de proteção e serem constitucionalmente garantidos. Desse modo, quando se fala em saúde pública, patrimônio cultural, defesa nacional, família, etc., refere-se a bens jurídicos constitucionalmente recebidos e não outros bens localizados em ordem pré-positiva de valores. A possibilidade de conflitos entre direitos e bens da comunidade demonstra-se, assim:

- a.1) o direito de propriedade privada pode ser transmitido em vida ou morte, mas o direito de transmissão e utilização é suscetível de vir a sofrer restrições impostas pela necessidade da defesa do bem "patrimônio cultural";
- b.1) o bem da comunidade saúde pública pode conflitar com direitos fundamentais, com o direito de deslocação;
- c.1) o bem jurídico defesa nacional pode colidir com o direito à objeção de consciência;
- d.1) o bem segurança pública legitima certas restrições ao direito de liberdade e à segurança pessoal, designadamente através da instituição de medidas privativas de liberdade, etc.

Sobreleva notar que as regras de direito constitucional de conflitos têm de construir-se em base na harmonização de direitos e, se necessário, na prevalência de um direito em relação ao outro, que somente em face das circunstâncias concretas se poderá elaborar, pois só nessas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro, ou seja, um direito prefere outro face às circunstâncias do caso concreto.<sup>(4)</sup>

#### IV — Algumas observações sobre os direitos individuais do artigo 5º, X, da Constituição Federal (Direitos da personalidade)

Diz, a propósito, o inciso em questão que: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

Os direitos da personalidade são definidos por Pontes de Miranda como: direito à vida; direito à integridade física; direito à integridade psíquica; direito à liberdade; direito à verdade; direito à honra; direito à própria imagem; direito à igualdade; direito ao nome; direito à intimidade; direito ao sigilo; direito autoral.<sup>(5)</sup>

(4) - J.J. Gomes Canotilho, *ob. cit.*, pág. 660.

(5) - Elinur Szamirski, "Direitos da Personalidade e sua Tutela", pág. 73. RT, ed. 1993.

O respeito à vida privada foi erigido constitucionalmente a valor fundamental da vida em sociedade, e é digna de nota a Res. 428 de 23.1.70 do Conselho da Europa que dispõe, encorajando os países a adotarem a mesma definição, no sentido de que: "O direito ao respeito da vida privada consiste essencialmente no poder de se levar a vida como se entende, com um mínimo de ingerências. Ele diz respeito à vida privada, à vida familiar, à integridade física e moral, à honra e à reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso aspecto, à não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, à publicação sem autorização de fotografias privadas, à proteção contra a espionagem e às indiscrições injustificáveis, ou inadmissíveis, à proteção contra a utilização abusiva das comunicações privadas, à proteção contra a divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular. Não podem se prevalecer contra o direito à proteção de sua vida privada as pessoas que, por suas próprias atitudes, encorajam indiscrições das quais elas venham a se queixar posteriormente. O respeito à vida privada de uma pessoa ligada à vida pública levanta um problema particular. A fórmula "a vida privada para onde começa a vida pública" não basta para resolver o problema. As pessoas que representam um papel na vida pública têm o direito de proteção à sua vida privada, salvo nos casos em que esta possa ter incidência sobre a vida pública. O fato de que o indivíduo ocupe um lugar na atualidade não o priva do direito ao respeito de sua vida privada."<sup>(6)</sup>

Os tribunais franceses têm entendido o direito à vida privada como prolongamento à personalidade do indivíduo, como por ex., no seguinte julgado:

"La notion de vie privée s'entend incontestablement à tout ce qui concerne sa vie amoureuse, sa vie familiale, ses ressources et les aspects non publics de sa vie professionnelle et de ses loisirs 'et qu'à l'inverse' se trouvent généralement en dehors des frontières de la vie privée la part de la vie de l'individu que se déroule nécessairement en présence du public, et sa participation à la vie publique de la cité."<sup>(7)</sup>

Digna de nota a evolução da proteção à vida privada nos EUA. Hoje reconhecido o **right of privacy** como garantia constitucional pela Suprema Corte, suas origens são atribuídas a um trabalho doutrinário, famoso por sinal, elaborado por Warren e Brandeis. Samuel Warren era advogado e homem de negócios em Boston, sendo que sua família era constantemente atacada por uma imprensa menos séria, inclusive com detalhes da vida pessoal dos seus membros. Indignado, resolveu escrever, juntamente com o sócio Luís Brandeis, um trabalho denominado "The Right to Privacy", publicado em 1890. Deram os seus ilustres autores atenção especial à necessidade de proteção da privacidade das pessoas contra excessos da imprensa que a todo tempo praticava graves atentados à vida privada, divulgando fatos da esfera mais íntima das pessoas. Apresentaram proposta de criação de novo direito, o direito de ficar em paz, originando assim o **right of privacy**. Os próprios autores levaram tal teoria à Suprema Corte, sendo absorvida pela jurisprudência de numerosos estados. Em 1965 no julgamento do caso *Griswold v. Connecticut* a Suprema Corte declarou que o direito de privacidade é implicitamente reconhecido pela Constituição daquele país.

Problema surge quando o **right of privacy** se defronta com pessoas de vida pública, sendo a liberdade de informação direito a ser, também, tutelado. É intuitivo que pessoas que abraçam atividades ou profissões como as de artistas, desportistas, políticos, etc, têm sua vida muito mais devassada que quaisquer outros. As soluções têm variado de localidade para localidade. Nos EUA, o direito de informação tem sido preferido em prejuízo à privacidade, ao contrário de outros países, como a França, que tem tido enfoque diverso. O *affair Gary Hardt*, candidato à presidência dos Estados Unidos que foi flagrado em

(6) - *Idem*, pág. 119.

(7) - *Idem*, *ibidem*, pág. 119.

um furtivo encontro com sua amante, em final de semana no qual sua esposa viajara, deixa claro a ótica americana sobre o assunto; o fato foi noticiado à exaustão e o então candidato renunciou às suas aspirações presidenciais.

#### IV.a.

Um enfoque diverso do direito à privacidade foi dado em aresto no qual se discutia a possibilidade da quebra do sigilo bancário, pelo **Parquet**. Decidiu-se que o Ministério Público não pode determinar tal requisição, por ofensa ao princípio constitucional que protege a inviolabilidade da vida privada; na questão, discutia-se se o artigo 26 da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) havia derogado o princípio exposto no artigo 38 da Lei de Reforma Bancária (Lei nº 4.595/65), tendo entendido o relator, Ministro Flaquer Scartezini que a lei por último citada passou a ter **status** de lei complementar por força do artigo 192 da Constituição Federal, e que “disposto como direito fundamental, por extensão à proteção da vida privada, o sigilo bancário pode ceder diante do interesse público relevante, mediante ordem judicial, assegurados o devido processo legal e a garantia de sua preservação. Caso contrário, não fossem estas condições, a simples invocação do interesse público, nem sempre presente, poderia ensejar a uma indevida interferência dos órgãos estatais nas esferas privadas e na intimidade do cidadão.” **Habeas Corpus** nº 2.019-7 (RJ) - 5ª Turma - j. 13.4.94. Em sentido contrário e, a meu ver, com razão, Nelson Neri Júnior (“Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor” - pág. 1.033, RT, 1994), para quem o Ministério Público tem poder amplo de requisição, inclusive nos casos de sigilo bancário (Lei nº 4.595/64, artigo 38 e §§), à vista da sua Lei Orgânica. De se notar que a lei complementar não é hierarquicamente superior à lei ordinária, como regra, salvo nos casos do artigo 59, parágrafo único da Constituição (hierarquia formal) ou quando houver reserva de matéria (hierarquia material), uma não podendo invadir campo de competência da outra, nos termos disciplinados pela própria Constituição.

#### V — Direitos individuais e criminalidade — Aspectos processuais — As interceptações telefônicas — o artigo 5º, inciso XII da Constituição

Diz o inciso citado que: “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;”

As Constituições brasileiras sempre tutelaram o sigilo das comunicações em grau absoluto, como a Constituição de 1824, no artigo 179, 27, a de 1891, no artigo 72, § 18, a de 1946, no artigo 141, § 6º.

A redação atual do inciso XII, do artigo 5º da Constituição, antes transcrito, torna aparentemente absolutas as inviolabilidades do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, bem como sujeito à estrita disciplina de lei infra constitucional nos casos de investigação criminal e processo penal a violação das comunicações telefônicas. A Carta de 1969 tinha também por aparentemente absolutos o direito à inviolabilidade de quaisquer das comunicações referidas, conf. artigo 153, § 9º, da EC1/69, **verbis**: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”. Há que se indagar se estão totalmente proscritos do direito brasileiro a possibilidade da obtenção válida e utilização de tais provas; por outras palavras, são tais provas ilícitas,

inadmissíveis, por disposição constitucional (“são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícitos” artigo 5º, § LVI).

Convém definir o que venha a ser interceptação telefônica. Entende-se por interceptação telefônica a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores ou com o conhecimento de só um deles. Quando um dos interlocutores grava a própria conversa, telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, tem-se a gravação clandestina; assim a interceptação é sempre obra de terceiro; alguns chamam de escuta telefônica quando a interceptação é realizada com a ciência ou o consentimento de um dos interlocutores.

No que concerne às gravações clandestinas, é bom que se diga desde logo, a tendência pátria é não estender a ela as prerrogativas do artigo 5º, inciso XII da Constituição. Como nos dá notícia Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho e Ada Pellegrini Grinover,<sup>(8)</sup> admite-se no processo civil gravação de conversa própria com terceiro: TJSP, RT 573/110 e TASP, AI nº 209.028-2, 2ª Câmara. Após a Constituição de 1988, julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Mandado de Segurança nº 689079465, admitiu como prova desfavorável ao indiciado, autorizada pelo juiz, por não se tratar de interceptação que estaria impedida face à falta de lei regulamentadora, mas de gravação de conversa telefônica com o próprio interlocutor. Idem no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJTJESP 122/466), onde foi admitida como prova gravação sub-reptícia de conversa do réu, pela vítima, e por esta utilizada.

Sobre as interceptações, entretanto, mesmo sob a égide da Constituição anterior, a doutrina não entendia absoluta a proibição, como faz sentir Ada Pellegrini Grinover<sup>(9)</sup> no dizer que: “A garantia constitucional tem sempre feito e finalidade éticas e não pode proteger abusos ou violações. Ademais, como já vimos, as liberdades públicas não são mais entendidas em sentido absoluto em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e liberdades alheias.” Como diz a ilustre autora citada “a liberdade não é mais considerada boa em sentido absoluto; é o uso do direito que lhe dá ou retira todo o valor.”<sup>(10)</sup>

A mesma autora, em trabalho posterior, narra que a maioria dos países democráticos admitem, em maior ou menor grau, as interceptações telefônicas ordenadas pelo juiz ou, mais raramente, pelo Ministério Público. Conclui ser tendência a se universalizar a regulamentação legislativa das escutas telefônicas.<sup>(11)</sup>

O Supremo Tribunal Federal vinha entendendo incabíveis provas assim obtidas. Já no julgamento do RHC nº 63.834-1, SP - 2ª T., onde um servidor da Previdência Social (médico), tendo sido designado para funções de perito em vários inquéritos policiais para a apuração de crimes contra o INAMPS, ao ser chamado a depor ante a autoridade policial a respeito do conteúdo de fitas gravadas clandestinamente e apresentadas em juízo pelo advogado dos acusados, entendeu estar sendo constrangido a praticar ato ilegal, interpondo o **writ**, o Pretório Excelso decidiu que: “1. Os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal - As provas produzidas no inquérito ora em exame - gravações clandestinas - além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações (art. 153, § 9º) cerceiam a defesa e inibem o contraditório em ofensa, igualmente à garantia do § 15 do artigo 153 da Constituição. 2. Trancamento do inquérito, que poderá ser renovado, fundando-se em novos indícios, na linha de previsão do estatuto processual penal...” (RT 621/378).

(8) - Autores citados, “As Nulidades no Processo Penal”, Malheiros, 1992.

(9) - Autora citada, “Liberdades Públicas e Processo Penal”, pág. 251, RT, 1982.

(10) - Ob. cit. pág. 251.

(11) - “Novas Tendências do Direito Processual”, 1990, págs. 64/65.

Em caso recente, já sob a égide da Constituição de 1988, no julgamento do **Habeas Corpus** nº 69912-0 (RS) o Excelso Tribunal entendeu que "o sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e processo penal. Inexistência de lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do artigo 5º da Constituição não recepcionou o artigo 57, II, "e" da Lei 4.117 de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição, no inciso XII ao artigo 5º subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses estabelecidas na lei. No caso, a sentença ou acórdão impugnado se baseia apenas na 'degravação' das escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de **Habeas Corpus** descer ao exame de prova".

Cuidava-se, a bem da verdade, de caso onde uma autoridade policial do Rio Grande do Sul solicitava autorização judicial para a interceptação telefônica em determinados indivíduos, suspeitos da prática de tráfico de entorpecentes. Com a concessão judicial, foi oficiada a Cia Riograndense de Comunicações, sendo que, após prisão em flagrante dos indiciados com entorpecentes e regularmente instaurada ação penal, nela foram juntadas mais de 100 laudas de 'degravação'. Postulava no STF a defesa dos acusados o reconhecimento da ilegalidade da prova, anote-se por importante, obtida com autorização judicial.

No primeiro julgamento concluído em 30 de junho de 1993, que teve como relator o Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, foi indeferida a ordem para anular o processo, contra o voto do relator e por seis votos a cinco, ou entendendo a maioria que as provas colhidas posteriormente não estavam contaminadas pela violação telefônica havida ou que não era o caso de, em sede de **Habeas Corpus**, examinar a possibilidade da existência ou não de provas contaminadas por outras ilícitas.

Entretanto, por ter oficiado em primeira instância Procurador da República filho de um dos eminentes Ministros da Corte, e provocado por Mandado de Segurança do interessado, o Tribunal anulou julgamento anterior, sendo que em nova decisão, levada a efeito em 16 de dezembro de 1993, apurou-se novo resultado com a prevalência dos cinco votos que anteriormente haviam anulado o processo como originalmente postulado, tendo o empate favorecido o paciente (RISTF, art. 150, § 3º).

O relator concedeu a ordem anulando o processo, dizendo, a certo momento, que: "o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípio dos **fruits of the poisonous tree**: é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas interceptadas só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação clandestina."

O eminente Ministro Celso de Mello também afirmou que o preceito constitucional não se reveste de densidade normativa suficiente. Ele impõe e reclama, para que possa válida e eficazmente atuar, a instauração de um processo de integração normativa de que derive a lei exigida pela Carta da República.

Ou seja, falta lei disciplinadora da interceptação, afirmando o Supremo Tribunal Federal que o disposto no artigo 57, II "e" da Lei nº 4:117/62 (Código de Telecomunicações), não foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento posterior e em caso distinto, entendeu diversamente, ou seja, se autorizada judicialmente a interceptação telefônica é válida (RHC nº 3612-5 5ª Turma - Rel. Min. Assis Toledo, j. 1.6.94).

Urge, pois, seja aprovado e sancionado projeto de lei regulamentador da interceptação telefônica no País, já enviado ao Congresso Nacional e que disciplina a repressão ao chamado crime organizado, ao menos.

## V. a.

Em todo modo, ainda que tal ocorra, lembre-se que as normas de uma Constituição não se interpretam de modo insulado, isoladamente, como se o direito ou princípio estampado em cada uma delas fosse absoluto ou indiscutível *a priori*. O intérprete de uma constituição não pode olvidar sua unidade; é necessário que procure as recíprocas implicações de preceitos e princípios, até chegar a uma vontade unitária da Constituição. As constituições são compromissórias, sobretudo apresentam princípios que expressam ideologias diferentes. Se do ponto de vista lógico podem apresentar distorções, do ponto de vista jurídico são sem dúvida passíveis de harmonização. (...) A simples letra da lei é superada mediante um processo de cedência recíproca. **Dois princípios aparentemente contraditórios podem harmonizar-se desde que abdicuem, da pretensão de ser interpretados de modo absoluto.**<sup>(12)</sup>

Ademais, o intérprete deve possuir "a mas de la técnica jurídica, amplios conocimientos del derecho, una sensibilidad política, un hondo sentido histórico, una visión de futuro, un severo realismo, una postura humanista, una capacidad creadora y una vigorosa orientación ética no comunes".<sup>(13)</sup>

## VI — As provas ilícitas — a disposição do artigo 5º, inciso LVI da Constituição

Diz, a propósito, tal inciso que: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;"

Como o problema de ilicitude das provas é atual e importante, há que se lembrar o direito alienígena. Na Alemanha criou-se o princípio da proporcionalidade (**Verhältnismässigkeitsprinzip**) e que consiste na verificação, pelo juiz, diante de dois interesses legitimamente tuteláveis e em conflito, se são, efetivamente protegidos; se positivo, devem ser estabelecidos os critérios para a verificação do interesse predominante. Os interesses postos em conflito são balanceados. Tal princípio é aplicável a todos os ramos do direito, sempre que houver colisão em determinado caso.

Nos Estados Unidos vige o **Omnibus Crime Control and Safe Streets Act**, de 1968. Por tal diploma a autoridade judiciária poderá determinar interceptações telefônicas com a finalidade de obter provas em processo penal; mais, a própria polícia poderá proceder a interceptação sem ordem de um juiz, em casos de particular urgência. Sempre que tal for feito a comunicação deverá ser gravada e entregue a um juiz, ficando cópia nos autos da investigação. A pessoa que sofreu a interceptação deve ser comunicada de tal fato, após. Uma observação importantíssima é aquela no sentido de que não está proibida a gravação de conversa executada por ou com o consentimento de um dos interlocutores. Também autoriza o referido diploma legal a que o Poder Executivo determine a escuta telefônica, sem prévia autorização judicial. Tanto a disposição abrange o funcionário da repartição policial como o Presidente da República, no exercício de seu dever de proteção do Estado a atos hostis de potências estrangeiras, espionagem, golpes de estado etc. Entretanto, como lembra Ada,<sup>(14)</sup> as provas obtidas por esses meios somente podem ser deduzidas pela acusação em processo penal se o juiz reconhecer que a iniciativa do Presidente configurou exercício razoável dos poderes que lhe são conferidos. É ainda posição da Suprema Corte que a única pessoa que poderá reclamar das interceptações ilegais

(12) - Celso Ribeiro Bastos, "Curso de Direito Constitucional", pág. 99, Sarauá.

(13) - Idem ant., pág. 113.

(14) - Ob. cit., pág. 215.

é quem teve violado o seu direito à intimidade, ainda que no caso haja vários indiciados, cujas ligações não foram interceptadas e que também foram citados nas gravações do primeiro.

Se, apesar de tudo, as gravações foram feitas ao arrepio da lei e das suas numerosas exceções, as provas não serão admitidas em juízo bem como tudo o que delas decorrer (**fruit of de poisonous tree**). Entretanto, leis mais recentes limitaram esse tipo de arguição a até 5 anos, entre a gravação e o fato a ser provado. Após, a limitação desaparece.

Se é assim nos EUA, onde há uma lei que disciplina a matéria, recheada de exceções como se viu, e que procura voltar atenção também para a efetiva repressão à criminalidade, além das garantias individuais, na Inglaterra a matéria não é disciplinada de modo sistemático, mas "fragmentário e insuficiente".<sup>(15)</sup> Ali a autorização para a interceptação telefônica é dada pelo Ministro do Interior; não há, pois, qualquer intervenção judiciária na questão. Como nesse País o fato de um elemento de prova ser obtido de forma ilícita não determina a sua inadmissibilidade, recente jurisprudência atribui ao juiz o poder de decidir se admite ou não tal prova, mormente se obtida de modo ilegal ou imoral.

No Brasil tem-se o inciso LVI do artigo 5º da Constituição, antes transcrito. Prova ilícita é aquela que é produzida com violação das disposições que regulamentam a sua produção; Celso Ribeiro Bastos diz, coerentemente, que a ilicitude pode efetivar-se de duas maneiras distintas, resultando ou da forma de geração da prova por não se cumprirem os dispositivos previstos para a produção de determinada prova ou então adotarem-se meios não autorizados por lei, dizendo serem "de certa forma a mesma coisa"; ou do conteúdo da prova, quando, embora realizada segundo os procedimentos aceitos pelo direito, na sua obtenção atente-se para um direito individual. Lembra Rogério Lauria Tucci que a avaliação da prova deve ser considerada sob um fundamento ético, sendo que os meios devem ser "moralmente legítimos" para que se possa aceitar qualquer prova em juízo, havendo sempre um conteúdo ético ou não condenável, como por ex., provas obtidas mediante tortura, narcoanálise ou sub-reptícias.<sup>(16)</sup>

Também importante classificação entre prova ilícita, como aquela que viola proibição de natureza material e prova ilegítima, como aquela violadora de proibição processual é feita; ambas serão ilegais. São ilícitas as provas obtidas com violação de domicílio (artigo 5º, XI) das comunicações (artigo 5º, XII), obtidas mediante tortura ou maus tratos (artigo 5º, III) e as que violem o direito à intimidade (artigo 5º, X).

Ao órgão judicial caberá valorar a prova produzida ou a ser produzida, aceitando-a ou não; entretanto, haverá casos de exceção ao princípio em questão (inadmissibilidade de provas ilícitas). Voltando ao tema dos direitos individuais absolutos e ao contrário da abalizada opinião de Lauria Tucci, estamos, com Celso Ribeiro Bastos, que tal direito individual (o que estamos tratando, do artigo 5º, LVI da Constituição) deverá ceder quando sua observância intransigente puder levar, sempre a critério do órgão judiciário, "a lesão de um direito individual ainda mais valorado".<sup>(17)</sup>

Ora, se os "direitos individuais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias"<sup>(18)</sup> e se mesmo o direito à vida não é absoluto, no sentido de que existe o fato do aborto nos casos previstos no artigo 128 do Código Penal, ou nas situações de perigo direito próprio ou alheio – estado de necessidade e legítima defesa (art. 23, I e II

(15) - Ob. cit. pág. 217.

(16) - Autor cit. "Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro", pág. 234, Saraiva, 1993.

(17) - Ob. cit. pág. 217.

(18) - A. Scarance Fernandes e outros, cit. pág. 104.

do Código Penal) – o texto constitucional permite a pena de morte no caso de guerra declarada (artigo 5º, XLVII, "a" da Constituição), não se poderá elevar qualquer outro ao patamar de absoluto, mormente quando utilizado abusivamente para causar danos aos demais indivíduos e à coletividade, que também ostentam direitos e os primeiros liberdades públicas, e que igualmente merecem proteção. Há que se lembrar ainda que, em um certo grau de abstração, todos os direitos acabam por se entrecroçar, eis que o pleno exercício de um deles por alguém, invariavelmente coarctará situação semelhante de outrem.

A proibição do uso das provas ilícitas, vedadas pela Constituição Federal, em casos excepcionais e a critério da autoridade judiciária pode ser relevada para evitar situações extremamente danosas aos demais indivíduos ou à coletividade, pressupondo-se, evidentemente, estarmos sob um Estado de Direito Democrático. Ou então cederemos sempre à força de um princípio, suportando todas as suas consequências, como fez Smit, em passagem narrada por Ada Pellegrini Grinover, na sua obra tantas vezes citada. Conta ela que certa vez Mauro Cappelletti perguntou a Smit se, em seu entender, quando se conseguisse através de uma prova ilegal saber da existência de uma bomba atômica enterrada no solo de Florença, a prova ilícita deveria ser alcançada para encontrar o criminoso; Smit respondeu que a prova deveria ser usada apenas para localizar e desmantelar a bomba, mas desde que obtida ilegalmente, não poderia ser usada para punir o criminoso. Cappelletti indagou então, qual seria o procedimento, se a prova assim conseguida revelasse não apenas a identidade do criminoso, como ainda que o mesmo planejava no dia seguinte destruir Paris e Veneza, ao que Smit respondeu que casos-limite freqüentemente tornam as decisões mais difíceis, mas que um princípio que se defende deve ser aplicado em todos os casos, inclusive nos casos-limite..."

## VII — A garantia do contraditório, do Juiz e Promotor naturais, do artigo 5º, incisos LIII e LV da Constituição

Dispõe os incisos LIII e LV do artigo 5º da Constituição Federal, respectivamente, que: "ninguém será processado e sentenciado senão pela autoridade competente" e "aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

A garantia do devido processo legal, e na área penal, como diz Rogério Lauria Tucci, do "devido processo penal" tão antiga como eficaz, se especifica em:

- a) garantia de acesso à justiça penal;
- b) do juiz natural em matéria penal;
- c) do tratamento paritário dos sujeitos parciais no processo penal;
- d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes;
- e) da publicidade dos atos processuais penais;
- f) da motivação dos atos decisórios penais;
- g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal;
- h) da legalidade da execução penal.

É evidente que tais postulados são o corolário da secular garantia do **due process of law**. A publicidade dos atos processuais pode, entretanto, ser limitada, como por ex., no artigo 5º, LX, da Constituição, **verbis** "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;" e já no inciso IX prescrever que: "todos os julgamentos dos órgãos Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes".

Ora, a própria lei constitucional diz que poderá ser restrita a publicidade de atos processuais, o que implica dizer que atos de investigação, sigilosos por sua natureza, podem, com muito mais razões ser levados a efeito sem publicidade alguma.

No concernente aos prazos, Lauria Tucci lembra o disposto no artigo 5º, § 2º, citando as garantias firmadas em tratados internacionais que a República Federativa do Brasil participe, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada em San José, Costa Rica, em 1969, e que no seu artigo 8º, I, estabelece que toda a pessoa "tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável... na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada..."

Os tratados têm força de lei e "sua idoneidade não é menor que a das leis internas", sendo que eles "terão a estatura hierárquica de uma lei nacional", podendo, em certos estados, ter *status* ainda mais elevado, como nos conta J. F. Rezek.<sup>(19)</sup>

### VII. a.

Agasalha a Constituição Federal (e não poderia ser diferente) o vetusto princípio do juiz natural, seja ele monocrático, colegiado ou mesmo o Tribunal do Juri, podendo-se desdobrar tal postulado em:

- a) que seja o juiz legítima e regularmente investido no exercício da jurisdição; e
- b) que esteja dotado das garantias ínsitas ao normal e autônomo desempenho da função de seu cargo.

A palavra preconstituição pode definir bem qual seja tal garantia, isto é, a vedação é para a existência de juízes *ad hoc* ou *ex post facto*. Diz a Carta Magna que "não haverá juízo ou tribunal de exceção", ficando claro no inciso LIII do artigo 5º que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Ora, impossível ver um sistema de garantias como o que se pretende aqui sem fazer referência, ainda que breve, ao princípio do promotor natural. Sem pretensão de ser mera decorrência lógica do princípio antes referido (juiz natural) ou sua simples similitude, tal princípio apresenta garantia efetiva aos cidadãos, lembrando-se que uma acusação penal por motivos outros que não os da busca da verdade real e da distribuição da Justiça representa sério gravame. Tal princípio veda o acusador de encomenda, *ad hoc*, designado especialmente para investigar ou denunciar alguém, independentemente dos elementos coligidos ou mesmo do fato praticado; em realidade, dadas as atribuições constitucionais do Ministério Público, também a ação civil pública ou mesmo o inquérito civil pode representar para a pessoa - se instaurados ou iniciados sem elementos idôneos - grave perturbação de seu *status dignitatis*.

Pode-se verificar que a garantia se perfecciona na existência do promotor legal, ou seja, o órgão do Ministério Público com atribuições predefinidas em lei ou ato da Procuradoria-Geral, com garantias para o normal exercício das funções de seu cargo; tais fatos dirigem-se, não há como dizer por outras palavras, a garantir a independência de funções dos órgãos do Ministério Público especialmente frente ao Procurador-Geral, que exerce a chefia do *parquet* e é quem pode efetuar designações, substituições e delegações. Jamais poderá o Procurador-Geral avocar inquérito ou processo que originalmente esteja dirigido a outro órgão da Instituição. O que foi dito não se confunde com o poder que tem o Procurador-Geral para, nos termos do artigo 10, IX, letra "g", da Lei nº 8.625, de 12.2.93, por ato excepcional e fundamentado, designar membro do Ministério Público para "exercer as funções processuais afetas a outro membro da Instituição, submetendo

(19) - "Direito Internacional Público", pág. 84. Saraiva.

sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público". Prevê-se pois um mecanismo de controle a tal faculdade, que é a oitiva prévia (=anuência) de outro órgão da Administração Superior, distinto e independente da Procuradoria-Geral.

Hugo Nigro Mazzilli lembra que toda pessoa tem direito de ser julgada mas também acusada por órgão independente do Estado, previamente indicado em lei, na qual estabelecidas atribuições correspondentes a cargos fixos, em consonância com critérios estabelecidos. E assim foi decidido pela 6ª Turma do Col. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RecEsp nº 11.722-0 de São Paulo, dizendo o Ministro Vicente Cernichiaro que: "a Constituição da República estabelece serem atribuições funcionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 1º). E dentre suas funções está a de 'promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei' (art. 129, I). A organização do Ministério Público, por outro lado, por força de lei, relaciona a lotação e exercício normal dos órgãos do Ministério Público. Paralelamente ao juízo natural - conquista histórica e política - cumpre raciocinar com a promotória ou procuradoria natural. O processo penal busca realizar finalidade pública, ou seja, verificar, com a garantia do contraditório e ampla defesa, a ocorrência de eventual infração penal, impondo-se então, as sanções previamente cominadas. Finalidade pública opõe-se a interesse subalterno, seja de pessoas ou de instituições, ainda que estatais. Decorre daí, o Ministério Público deve, como acontece com a Magistratura, ser conhecido do réu, ensinando-se até o exercício do direito de averbar alguém de impedido ou suspeito. O promotor ou o procurador não podem ser designados sem observância de critério legal, a fim de garantir-se julgamento imparcial, isento. Veda-se, pois, o promotor ou procurador *ad hoc*, no sentido de fixar prévia orientação, como seria odiosa a designação de juiz singular para processar e julgar alguém. A conclusão porém, não conduz à afirmação de que o promotor, procurador e o juiz não podem ser designados para atuar em processo determinado. Urge porém respeitar a exigência legal previamente estabelecida. Assim como pode haver juiz auxiliar ou substituto (consoante critério anterior à designação) são viáveis o promotor e procurador auxiliar ou substituto. Importante, fundamental mesmo é a prefixação do critério. Nisto reside a distinção da designação *ad hoc*, orientada para o caso concreto. A primeira salutar. A segunda, odiosa".<sup>(20)</sup>

O princípio do promotor natural, pois, nada mais significa que toda pessoa, física, jurídica ou formal, que tenha algum interesse onde se reclame a intervenção de órgão do *Parquet*, o tenha por um órgão previamente determinado, específico, atuando com independência e não com designação específica, *ad hoc* e de encomenda, para determinado caso.

Finalizando o capítulo, deve-se lembrar com Rogério Lauria Tucci, em sua tese apresentada ao concurso de professor titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que em relação ao princípio do promotor natural "imprescindível torna-se a sua cogitação sempre que, como aqui e agora, se verse sobre a vetusta garantia do juiz natural".<sup>(21)</sup>

### VIII — A garantia do tratamento igualitário — Isonomia — O direito ao silêncio — Artigo 5º, incisos LV e LXIII da Constituição

Dizem os incisos invocados que: "aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;" e

"O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada assistência da família e advogado;"

(20) - Rogério Lauria Tucci, ob. cit. pág. 155.

(21) - Ob. cit. pág. 156.

Nada melhor que iniciar um parágrafo sobre igualdade, lembrando a Oração aos Moços de Ruy Barbosa, eis que o insigne jurista pátrio bem a define: "a igualdade e a desigualdade são ambas direitos, conforme as hipóteses. A igualdade, quando se trate de direito fundamental. As desigualdades, quando no terreno dos direitos adquiridos. Fundamentais são os direitos do homem por ser homem, independente de qualquer ato aquisitivo. São da essência da criatura. Tais os direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Adquiridos são os direitos que cada homem tenha, em virtude de ato aquisitivo: o trabalho, a herança, a compra, a doação, o achado, e outros que a lei tenha por geradores ou fontes de direitos. À luz dos direitos fundamentais, todos são iguais. À luz dos direitos adquiridos, são todos desiguais. Mas num e noutro caso, o tratamento da lei é igual para todos os cidadãos nas mesmas condições. A Constituição veda à lei estabelecer desigualdades entre os homens, por serem homens. É idêntica a concessão de cada um à sociedade de todos. Ou, por outras palavras, é universal a igualdade nos cortes à onipotência individual, para constituir os direitos fundamentais. Nos direitos adquiridos, é a mesma para todos, nas mesmas condições, a lei que os disciplina".<sup>(22)</sup>

Uma breve observação se faz necessária; de se notar que vamos tratar da igualdade ou isonomia processual, decorrente, como o próprio nome diz, da igualdade das partes no processo, e não em fase pré-processual, como por ex., de investigações preliminares, prévias à ação penal, em que não há sujeitos processuais, autor e réu - partes - e juiz, não há processo e não há acusação (a Constituição refere-se aos **acusados** em geral); neste aspecto é lícito dar aos órgãos incumbidos da investigação, normalmente a Polícia Judiciária e o Ministério Público, amplos poderes unilaterais de captar elementos de prova e indícios sem que se fale em qualquer desigualdade para com a situação do indiciado ou suspeito, não por qualquer motivo teórico ou principiológico, mas pelo fato de ser este o único modo de viabilizar a punição aos culpados da prática de crimes, como aliás vem sendo feito em países de forte tradição democrática (EUA, Itália, Inglaterra, França, etc.).

A isonomia processual impõe a concessão às partes das mesmas chances de reconhecimento e satisfação de sua pretensão, sendo de se anotar que há exceções constitucionais, sempre em favor do réu, a tal postulado. O conceito de parte pode ser definido "como sujeito da lide, parte em sentido material, e como sujeito do processo, parte em sentido processual." Com a paridade das armas, pois, vamos chegar que tanto o autor da ação penal como o réu devem ser tratados com as mesmas chances, ressalvadas as exceções constitucionais a favor do último, sendo o Ministério Público parte em sentido processual, como órgão do Estado. Seu interesse é o de que se aplique a lei, e se faça justiça nela contida, mas tal não o leva, como bem lembra Tornaghi,<sup>(23)</sup> a proceder como juiz, eis que haveria inútil duplicidade.

#### VIII. a.

Como importante direito adquirido constitucionalmente, o imputado tem o direito ao silêncio, ou seja, o direito de permanecer calado. O Código de Processo Penal, nesse aspecto mais realista e pragmático, determinava ao juiz, antes do interrogatório, observar-se ao réu que, embora esse não estivesse obrigado a responder as perguntas que lhe fossem formuladas, o seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo de sua própria defesa (art. 186).

A Constituição Federal extrapolou os limites da cautela tida pela lei de processo, garantindo ao acusado o direito ao silêncio, nada podendo, pois, se lhe imputar por tal;

(22) - Edouard.

(23) - Hélio Tornaghi, "Curso de Processo Penal" cit. por Rogério Lauria Tucci, ob. cit. pág. 176.

entretanto de se lembrar que a criminalidade hodierna, especialmente no que concerne aos delitos contra a Administração Pública (corrupção, etc.) dificilmente é praticada na presença de testemunhas e normalmente não deixa registros, inclusive nas instituições financeiras (v.g. a conhecida Carta Circular nº 5, do BACEN).

Corolário do princípio constitucional temos na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus preventivo nº 71.421-8 (RS) em que um indivíduo, que foi relacionado em relatório de Comissão Parlamentar de Inquérito e era investigado como possível responsável por fraudes cometidas contra o Instituto Nacional do Seguro Social, foi chamado a depor como testemunha perante a mesma CPI e então socorreu-se do Pretório Excelso para, esclarecendo sua condição de acusado, que era de fato, fosse garantido ao mesmo o "direito constitucional de ficar e permanecer em silêncio". O i. Relator, Ministro Celso de Mello, após acentuar que as Comissões Parlamentares de Inquérito são também submetidas aos regramentos normativos delineados no sistema jurídico pátrio, concedeu liminarmente o salvo-conduto para que o funcionário prestasse o seu depoimento perante referida Comissão Parlamentar inclusive com o direito de recusar-se a responder as perguntas cujo esclarecimento pudesse acarretar-lhe dano jurídico (**self-incrimination**), e sem que isso possa lhe acarretar qualquer coação ao seu **status libertatis**, ou seja, sem que pudesse ser indiciado e posteriormente denunciado pelo crime de falso testemunho, ou outro qualquer. A Comissão Parlamentar protestou, após, contra tal decisão, segundo notícias veiculadas pela imprensa.

#### VIII. b.

Abordagem nova também é feita por Celso Ribeiro Bastos, no que concerne ao Direito ao Silêncio Tributário, sendo que não se pode aplicar tal construção ante ao regular Poder de Polícia (direito de exame de mercadorias, documentos, etc.), mas sim quando se tratar de crime (v.g. art. 1º, I da Lei nº 8.137/90).

### IX — Últimas considerações

Na Itália aponta-se o Código de Processo Penal Italiano de 1988 como o instrumento viabilizador da moralizadora Operação Mãos Limpas. Guardadas as devidas proporções e lembrando que se trata de país diverso e conseqüentemente de outra realidade socio-cultural, é curioso notar que os direitos individuais elencados na Constituição da República da Itália de 1948 o são em bem menor número que na nossa Carta Magna (artigos 13 a 28) e sempre que tem ela um princípio geral de inviolabilidade ou garantia, abre exceção para os casos de necessidade ou urgência, em que os direitos individuais podem ser limitados por lei infraconstitucional, podendo agir inclusive a **autorità di pubblica sicurezza**, em casos a serem convalidados, sempre, por um magistrado.

Resultados alentadores, como se percebe na mídia quando notícia fatos relativos à moralizadora Operação, foram possíveis em um país em que a Magistratura e também o Ministério Público sequer gozam constitucionalmente das garantias de vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos, conforme artigo 107 da Constituição Italiana.

Houve, de fato, uma ampliação dos poderes de investigação criminal, permitindo-se ao Ministério Público determinar a quebra de sigilo bancário sem necessitar de autorização judicial; não há sigilo bancário, pois, em relação ao **Parquet**. É permitido pelo artigo 254 da codificação citada que sejam apreendidas cartas, pacotes, valores, telegramas e outros objetos de correspondência, sempre que autoridade judiciária entender que exista relação deles com o delito (**verbis**: "Nas agências dos correios e telégrafos é permitida a apreensão de cartas, pacotes e valores, telegramas e outros objetos de correspondência,

que a autoridade judiciária tenha fundados motivos para entender expedidos pelo acusado ou dirigidos a ele, ainda que sob nome diverso ou por meio de pessoa diversa ou que possam ter relação com o delito"). Não há na Itália o óbice levantado no Brasil, pelo artigo 5º, XII da Constituição Federal (é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados...).

Também pode ser determinado na fase pré-processual pelo Ministério Público busca e apreensão de coisas, documentos, etc., que possam influir na sua convicção. As controvérsias surgidas pela colheita das provas serão dirimidas, na fase adequada, pelo juiz. Mesmo a prisão do indiciado, em casos de urgência e pelo máximo de 48 horas, pode ser decretada pelo **Parquet**, mas terá de ser convalidada pelo magistrado para ter valor legal.

As interceptações telefônicas estão disciplinadas nos artigos 266 a 271 do CPPL. Podem ser decretadas somente pelo Juiz (o Ministério Público pode determiná-la em casos de urgência, e deverá ser convalidada pelo juiz competente) em casos de crime não culposos, cuja pena prevista seja a prisão perpétua, ou reclusão superior a 5 anos, bem como crimes contra a Administração Pública, tóxicos, contrabando, crimes concernentes às armas e aos explosivos, injúrias e ameaças cometidas por via telefônica, etc.

## X – Conclusões

1. As Liberdades Individuais não se constituem em postulados absolutos e podem ser, em regime democrático de direito, limitadas quando colidirem, em casos excepcionais e a critério do Poder Judiciário, com direitos de outros indivíduos ou da coletividade; o pressuposto de tal abordagem é a existência de um regime democrático de direito.

2. É urgente a disciplina, pelo Congresso Nacional e por lei, dos casos em que se pode determinar a interceptação telefônica e o conseqüente uso de tal prova no processo penal.

3. Em sede de repressão eficaz à criminalidade, deve-se ter uma interpretação dos direitos individuais que os assegure mas também que não inviabilize a punição daqueles que pratiquem fatos criminosos graves. Mesmo no preâmbulo da Constituição Federal – ainda que não seja norma posta é critério interpretativo – estão assegurados ao cidadão como valores supremos, não somente os direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade, a justiça e o desenvolvimento, mas também a segurança, em todas as suas acepções.