

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

BETINA BONETTE ORGECOVSKI

**A (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA
APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS**

**CURITIBA
2018**

BETINA BONETTE ORGECOVSKI

**A (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA
APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Daniel Tempski Ferreira da Costa.

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

BETINA BONETTE ORGECOVSKI

A (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA
APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2018.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	8
2.1 BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE A UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	8
2.2 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA	10
3 DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES	18
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O HISTÓRICO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES.....	18
4 DOS ATOS INFRACIONAIS COMETIDOS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES	22
4.1 DO CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE	22
4.2 DO CONCEITO DE ATO INFRACIONAL.....	23
4.3 DOS PROCEDIMENTOS PARA APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS	24
4.4 DAS GARANTIAS PROCESSUAIS	25
5 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS EM CASOS QUE ENVOLVEM A UTILIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS	28
6 REGRAS TÍPICAS DO CÓDIGO PENAL E DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL UTILIZADAS EM FEITOS DE ADOLESCENTES INFRATORES	34
7 DA POSSIBILIDADE DE PRIORIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	36
8 CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	41

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar a possibilidade de utilização da interceptação telefônica na apuração de atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes no Brasil, já que a legislação atual vigente em nosso país não prevê a permissão ou proibição de utilização da interceptação telefônica nestes casos, pois, a rigor, trata somente de crimes, e não de atos infracionais. Após a realização de uma análise conceitual quanto ao instituto da interceptação telefônica, bem como quanto aos conceitos fundamentais relativos aos atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes, foram identificados alguns casos em que já foi utilizada a interceptação telefônica na apuração de atos infracionais, bem como casos em que foi discutida a sua possibilidade. As atividades foram desenvolvidas através do método de pesquisa documental indireta, correspondente à análise documental e bibliográfica, bem como a pesquisa empírica e crítica de decisões dos Tribunais brasileiros relativos a casos da realidade concreta. Os resultados apresentados fornecem subsídios à sociedade e ao Estado sobre este tema pouco estudado e debatido, o qual pode contribuir para uma maior efetividade na investigação e elucidação de atos infracionais.

Palavras-chave: Interceptação Telefônica, Atos Infracionais, Direitos da Criança e do Adolescente.

1 INTRODUÇÃO

Os procedimentos utilizados para apuração de atos infracionais e aplicação de sanções à crianças e adolescentes que cometem atos infracionais estão regulados no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990), o qual pressupõe a observância de regras e princípios de direito processual, como por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, e o devido processo legal, nos termos dos artigos 110 e 111 do Estatuto, assim como no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, observando, ainda, as normas e princípios próprios do Direito da Criança e do Adolescente, com ênfase para os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral.

Ainda, cumpre destacar que a finalidade do procedimento para apuração de ato infracional praticado por criança ou adolescente, ao contrário do que ocorre com o processo instaurado em relação à imputáveis, não é a aplicação de uma sanção estatal, como por exemplo no caso das medidas socioeducativas, mas sim a proteção integral do adolescente, nos termos do disposto nos artigos 1º e 6º do ECA. Nesse sentido, mesmo se comprovada a autoria e materialidade da infração, não há sequer a obrigatoriedade da aplicação de medidas socioeducativas, o que somente deverá ocorrer se o adolescente delas necessitar de fato. Às crianças e adolescentes acusados da prática de ato infracional também são assegurados inúmeros direitos individuais, previstos nos artigos 106 a 109 do ECA, em reprodução a disposições similares contidas no artigo 5º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, observa-se que não existe, no Brasil, legislação capaz de regular a possibilidade de utilização da interceptação telefônica na apuração da prática de atos infracionais, pois a lei que trata deste procedimento, a rigor, diz respeito somente à sua utilização na apuração de crimes, razão pela qual é de extrema relevância a investigação desta possibilidade. Sendo assim, há que se realizar uma análise teórica da doutrina e legislação brasileiras, bem como jurisprudencial, sobre a interceptação telefônica em atos infracionais.

Nesse contexto, se propõe no presente trabalho um estudo empírico em relação a este procedimento na apuração de atos infracionais. Pretende-se demonstrar, através de pesquisas realizadas na jurisprudência dos principais Tribunais brasileiros, casos concretos em que houve a utilização de interceptação

telefônica em atos infracionais, bem como, através de embasamento legal e doutrinário, pretende-se avaliar a possibilidade de utilização deste procedimento nestes casos.

2 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

2.1 BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE A UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A Constituição Federal de 1969 proibia, quase que de forma absoluta, a violabilidade das comunicações telefônicas, prevendo a sua possibilidade apenas quando da decretação de estado de sítio ou de emergência.

Paralelamente à Constituição Federal de 1969, a Lei nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações)¹, previa a possibilidade da quebra do sigilo telefônico, conforme seu artigo 57, para fins de investigação criminal ou instrução em processo penal, com prévia autorização judicial. Mencionado artigo dispunha que:

“Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:
 (...)

 II - O conhecimento dado:
 (...)

 e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste”.

Nesse sentido, passou a existir um contraponto muito questionado, pois esta lei ia de encontro ao previsto na Constituição ora vigente, a qual garantia o sigilo das telecomunicações sem qualquer ressalva.

Sobre o assunto, destaca o doutrinador Vicente Greco Filho² que:

“Não era esse, contudo, o entendimento de algumas decisões judiciais e posições doutrinárias que sustentavam a compatibilidade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações com a garantia constitucional, considerando-se que nenhuma norma constitucional institui direito absoluto, devendo ser compatibilizada com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Carta Magna não significasse a absoluta proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves”.

Portanto, verifica-se que a garantia constitucional de inviolabilidade das telecomunicações, a qual era, em princípio, absoluta, já vinha sendo elastecida em

¹ BRASIL. **Código Brasileiro de Telecomunicações**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4117-27-agosto-1962-353835normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 256.

casos concretos em que se permitia a sua compatibilidade com o que dispunha o Código Brasileiro de Telecomunicações, permitindo, portanto, a utilização da interceptação telefônica em casos graves, em que houvesse a sua imprescindibilidade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi assegurada a inviolabilidade do sigilo das comunicações, mas não de forma absoluta, podendo haver a violabilidade desde que houvesse autorização judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nos moldes estabelecidos em lei própria, nos termos do artigo 5º, inciso XII.

No entanto, do ano de 1988 até 1996, não era possível a realização de interceptação telefônica, já que não havia lei regulamentando o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, vez que, inclusive, o artigo 57, II, da Lei nº 4117/62 não foi recepcionado pela Constituição Federal.

Nestes termos, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que todas as provas produzidas antes da regulamentação do supracitado dispositivo constitucional, seriam ilícitas. Assim, até a regulamentação do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, as condenações exclusivamente baseadas em provas obtidas através de interceptação telefônica foram anuladas pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo havendo autorização judicial prévia. Nesse sentido³:

“PROVA ILICITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFONICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A

³ STF. HC 69912. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 25/03/1994. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000111485&base=baseAcordaos>>. Acesso em 10 set. 2018.

DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE. (HC 69912 segundo, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 25-03-1994 PP-06012 EMENT VOL-01738-01 PP-00112 RTJ VOL-00155-02 PP-00508)".

Por fim, a tão esperada regulamentação do dispositivo constitucional se deu com a Lei nº 9.296/96, tornando possível a interceptação telefônica, desde que realizada dentro dos parâmetros legais.

2.2 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

A Constituição Federal⁴ prevê, em seu artigo 5º, inciso XII, 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”.

Determina, portanto, que a violação destas garantias individuais de natureza constitucional para a produção de prova acarretará em sua ilicitude. No entanto, a lei a que se refere o texto constitucional (Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996) veio regulamentar o instituto da interceptação das comunicações telefônicas, disciplinando-o na produção de provas em investigação criminal e em instrução processual penal, nada dispondo, expressamente, a respeito da permissão ou proibição da utilização da interceptação telefônica na apuração de atos infracionais, tratando, a rigor, somente da hipótese de investigação de crimes.

Embora não tenha enumerado os casos em que é permitida a interceptação, a lei prevê os casos em que a mesma não pode ser produzida, dispondo, em seu artigo 2º, que não será admitida a interceptação telefônica quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis e quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 de setembro de 2018.

Na luta contra a criminalidade crescente, a interceptação telefônica vem sendo cada vez mais utilizada como meio para obtenção de prova, principalmente na fase de investigação de processos criminais.

Destaque-se que a interceptação telefônica não se confunde com a escuta telefônica e com a gravação clandestina. Na interceptação telefônica, não há conhecimento por nenhum dos dois interlocutores sobre a gravação da conversa, pois, nas palavras de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró⁵, “*se o investigado souber que estará com as linhas telefônicas interceptadas, nada de relevante será falado*”. Por outro lado, na escuta, um dos dois interlocutores sabe que a conversa está sendo gravada por um terceiro. Estas duas modalidades necessitam de autorização judicial para que sejam consideradas como provas lícitas. Em contrapartida, a gravação telefônica não necessita de autorização judicial para ser realizada, pois é aquela em que um dos interlocutores é quem grava a conversa.

A interceptação pode ser telefônica ou ambiental. A interceptação telefônica, também conhecida por interceptação em sentido estrito, é aquela que envolve três pessoas, sendo que, enquanto duas trocam informações, uma terceira realiza a captação da conversa, sem o conhecimento ou a anuência dos interlocutores. Já a interceptação ambiental ocorre de uma conversa presencial, no próprio ambiente em que está ocorrendo, também sem o conhecimento dos comunicadores.

Nas palavras de Antonio Scarance Fernandes⁶:

“(…) A interceptação telefônica consiste na captação da conversa por um *terceiro*, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Pode ser feita por “grampeamento” do telefone, quando ocorre então a “interceptação telefônica”, mas também “por um gravador, colocado por terceiro”, tendo-se aí a “interceptação entre presentes, também chamada de interceptação ambiental”.

Sobre a interceptação ambiental, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima⁷ explica que:

“É a captação sub-reptícia de uma comunicação no próprio ambiente dela, por um terceiro, sem conhecimento dos comunicadores. Não difere,

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 269.

⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Justiça Penal: Críticas e Sugestões: Provas Ilícitas e Reforma Pontual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 52.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 2.ed.rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 137.

substancialmente, da interceptação em sentido estrito, pois, em ambas as hipóteses, ocorre violação do direito à intimidade, porém, no caso da interceptação ambiental, a comunicação não é telefônica. A título de exemplo, suponha-se que, no curso de investigação relativa ao crime de tráfico de drogas, a autoridade policial realize a filmagem de indivíduos comercializando drogas em uma determinada praça, sem que os traficantes tenham ciência de que esse registro está sendo efetuado”.

Ressalte-se que a escuta telefônica é diferente também das espécies de interceptação, pois na escuta, a captação é realizada por um terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores.

Ademais, há que se diferenciar a interceptação telefônica da chamada quebra de sigilo telefônico, pois nessa, só se tem acesso ao registro de ligações que porventura foram realizadas e recebidas, enquanto na interceptação telefônica há acesso ao teor das conversas.

Veja-se entendimento jurisprudencial que depreende do HC 161.053/SP⁸ sobre o assunto:

(...) A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da CF, regulamentado pela Lei n. 9.296/1996. A ausência de autorização judicial para captação da conversa macula a validade do material como prova para processo penal. A escuta telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores. A gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro. A escuta e a gravação telefônicas, por não constituírem interceptação telefônica em sentido estrito, não estão sujeitas à Lei 9.296/1996, podendo ser utilizadas, a depender do caso concreto, como prova no processo. (grifo nosso). Precedente citado: EDcl no HC 130.429-CE, DJe 17/5/2010.

Ainda, sobre as formas de interceptação, o Doutrinador José Laurindo de Souza Netto⁹ afirma que:

“Na interceptação, é essencial, no sentido legal, a participação de um terceiro, uma ingerência externa, no conteúdo da comunicação, captando o que está sendo comunicado. Desse modo, há três protagonistas: dois interlocutores e o interceptador, que capta a conversa sem o consentimento daqueles. Essa ingerência tanto pode ser feita sem o consentimento dos interlocutores (interceptação telefônica no sentido estrito) ou como com o consentimento de um dos interlocutores (escuta telefônica) ”.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 161.053-SP**. Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 27/11/2012.

⁹ NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: sistemas e princípios**. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 72.

Visto isso, destaque-se que a lei dispõe que a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, ou a requerimento da autoridade policial, quando da investigação criminal, ou a requerimento do Ministério Público, em fase de investigação criminal e instrução processual penal.

Ou seja, a ausência, de autorização judicial para esse procedimento de produção de prova, enseja a nulidade da prova obtida, consistindo em vício insanável, sendo medida consequente o desentranhamento dos autos. Ademais, o artigo 10 da Lei nº 9.296/96 prevê que constitui crime a realização de interceptação telefônica sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, cominando, para tanto, pena de reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Como supracitado, a lei não especifica em quais hipóteses específicas é permitida a interceptação telefônica, fato que dificulta a sua interpretação.

O doutrinador Antonio Scarance Fernandes¹⁰ sugere que o legislador teria agido melhor ao seguir o sistema do Projeto Miro Teixeira, de nº 35/14, no qual houve a especificação de quais crimes autorizariam a utilização de interceptação telefônica. Argumentou que:

“Ora, a interceptação é meio de obtenção de prova e, assim, tanto pode ser útil em crimes de maior ou menor gravidade e, por isso, mais importante seria determinar quais as infrações em que a interceptação pode constituir-se em valioso meio de investigação ou instrução processual. No aludido Projeto, que tomou como base os sistemas alemão e italiano, estavam elencados os seguintes crimes: terrorismo; tráfico de substância entorpecente e drogas afins; tráfico de mulheres e subtração de incapazes; quadrilha ou bando; crime contra a ordem econômica ou financeira; falsificação de moedas; extorsão simples e extorsão mediante sequestro; contrabando; homicídio qualificado e roubo seguido de morte; ameaça ou injúria cometidas por telefone; outros decorrentes de organização criminosa”.

Infelizmente, o legislador se absteve de citar em quais hipóteses está permitido este procedimento, restando o pressuposto de que, em casos excepcionais, mas não enumerados pela lei, será admitida a interceptação telefônica. Destaque-se que, em princípio, excluem-se os casos que tratam de contravenção penal, bem como aqueles em que a prova possa ser produzida por outros meios. Ademais, o fato apurado precisa ser punido com pena de reclusão, estando

¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Justiça Penal: Críticas e Sugestões: Provas Ilícitas e Reforma Pontual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 56-57.

reservada a interceptação telefônica a crimes de maior potencial ofensivo, nos termos do artigo 2º da Lei nº 9.296/96¹¹:

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

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

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

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

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

Nestes termos, para que seja deferido um pedido de interceptação telefônica, é necessário o cumprimento destes requisitos legais.

Sobre o requisito presente no inciso I, ensina Lenio Luiz Streck¹² que:

“O inciso I exige, como pressuposto para a autorização da interceptação, que haja indícios razoáveis da autoria (ou participação) em infração penal, equiparável ao *fumus boni luri* do processo civil. A conceituação do que seja “indício” e, mais difícil ainda, o que seja um “razoável indício”, traz embutida toda a problemática relacionada à (inexorável) plurivocidade das palavras da lei, questão que Kelsen analisou de forma magistral, ainda que em poucas linhas, no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito. De qualquer sorte, o próprio Código de Processo Penal subsidia os operadores jurídicos, ao estabelecer, no art. 239, que “considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra forma ou outras circunstâncias”.

Sendo assim, é necessário que reste demonstrado que o terminal telefônico no qual se pretende realizar a interceptação, seja utilizado por pessoa que tenha realizado ou participado de infração penal. Embora sejam termos que, em um primeiro momento, pareçam redundantes, são distintos, pois enquanto a autoria se relaciona com os atos de execução do delito, a participação se dá quanto à contribuição do sujeito no cometimento do crime.

Quanto ao requisito presente no inciso II do mencionado artigo, objetiva-se que este meio de prova seja utilizado somente em casos excepcionais, ou seja,

¹¹ _____. Lei n. 9296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9296.htm>. Acesso em 15 de agosto de 2018.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. Ed. Livraria do Advogado, 2ª edição, Porto Alegre, 2001, p. 51/52.

quando não existirem outros meios de prova disponíveis. Sobre esse assunto, leciona o doutrinador Lenio Streck¹³ que:

“É aconselhável que se evite a interpretação extensiva da parte final do inciso II do artigo 2º, isto porque “outros meios disponíveis” não são os que, materialmente, a autoridade policial tenha a sua disposição, mas sim os meios legais processuais. Caso contrário, a simples alegação da polícia de que “não tem outros meios disponíveis” (p. ex. falta de peritos etc.) já seria bastante para o deferimento da escuta, o que, convenhamos, viria, inexoravelmente, a solapar a lei e Constituição. Isto porque o deferimento de interceptação – qual seja, a autorização para que o Estado invada a privacidade da pessoa – é remédio (amargo) que deve ser administrado, contra o indivíduo e a favor da sociedade, de forma (muito) excepcional”.

O inciso III, por sua vez, delimita a utilização da interceptação telefônica apenas aos casos em que o fato investigado constituir infração penal punida com pena mais grave do que a detenção, ou seja, aqueles crimes punidos com pena de reclusão, estando excluídos os casos de contravenção penal, por exemplo, bem como aqueles crimes de menor potencial ofensivo, punidos com pena de detenção.

Por fim, o parágrafo único determina que, além da necessidade do cumprimento dos requisitos presentes nos incisos I, II e III, deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, tipificando sua conduta, requisito que está diretamente ligado àquele constante no inciso I, a não ser que não haja meios de se qualificar o investigado, situação que deve ser devidamente justificada.

Cumprido destacar que o artigo 4º da Lei nº 9.296/96¹⁴ reforça a necessidade de demonstração da imprescindibilidade da interceptação telefônica como meio de prova:

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

Sobre o assunto, Lenio Streck¹⁵ afirma que:

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. Ed. Livraria do Advogado, 2ª edição, Porto Alegre, 2001, p. 53.

¹⁴ _____. Lei n. 9296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9296.htm>. Acesso em 15 de agosto de 2018.

“Consoante o caput do art. 4º, o pedido de interceptação tem dois requisitos: a demonstração da necessidade (indispensabilidade) de sua realização e a indicação dos meios que serão empregados. Quanto ao primeiro, como já dito, a necessidade deve ser entendida na dicção de indispensável, justamente porque se trata de uma invasão na esfera dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. O deferimento da “invasão” deve ser, sempre, por exceção. Dito de outro modo, o Juiz deverá fazer uma avaliação da necessidade da realização da escuta telefônica, sendo que, para tanto, deverá ter em mente que a interceptação – portanto a quebra de privacidade – é a única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais da coletividade e da defesa da ordem jurídica. Em outras palavras, para o deferimento da interceptação, deve estar presente o periculum in mora social/constitucional. Os meios pelos quais a interceptação será realizada também devem estar especificados no pedido da autoridade policial e do Ministério Público. Cuida a lei, em vários aspectos, de evitar que as autorizações sejam concedidas de forma genérica, tanto no que pertine aos meios empregados, como com relação aos delitos a serem investigados. Não é possível que a interceptação sirva para realização de devassas na vida das pessoas, extrapolando o âmbito da investigação criminal”.

Ressalte-se que, desde os primórdios da utilização desta ferramenta como meio de prova, é frisada a importância de sua permissão apenas em casos excepcionais, em que não haja outros meios de prova possíveis de alcançar o mesmo resultado, pois é um procedimento que, apesar de muito valioso para a elucidação de alguns casos de cometimento de crimes graves, viola a intimidade de pessoas, as quais possuem direitos e garantias constitucionais, devendo, portanto, ser ponderada à necessidade deste ato.

Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes¹⁶ leciona que:

“Não é fácil atingir o ponto de equilíbrio. Se de um lado é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade crescente e perigosa, principalmente a violenta e a organizada, por outro deve o cidadão ter poderes e remédios rápidos para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.

Ao mesmo tempo em que não se pode compreender uma garantia absoluta de privacidade, do sigilo, também não se pode mais conceber que, em homenagem ao princípio da verdade real, a busca incontrolada da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender a intimidade”.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. Ed. Livraria do Advogado, 2ª edição, Porto Alegre, 2001, p. 83/84.

¹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Justiça Penal: Críticas e Sugestões: Provas Ilícitas e Reforma Pontual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 49.

Ainda, acerca da privacidade e sigilo das comunicações, ensina o doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁷ que:

“Sabe-se, porém, que a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer mesmo sem autorização expressa do constituinte, sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais. Não havendo direitos absolutos, também o sigilo de correspondência e o de comunicações telegráficas são passíveis de ser restringidos em casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade. Para o STF, ademais, o sigilo garantido pelo art. 5º, XII, da CF refere-se apenas à comunicação de dados, e não aos dados em si mesmos”.

Sendo assim, necessária a utilização da interceptação telefônica, e sendo seu uso devido e ponderado, nos termos da lei, não há que se falar em prova ilícita, ante a sua importância para a elucidação de casos graves e complexos.

No que tange à problemática suscitada nesta pesquisa, há que se ressaltar que, não esclarecendo a lei em quais casos específicos é admitida a utilização da interceptação telefônica, mas tratando, em princípio, apenas da apuração de crimes, a melhor maneira de interpretação da intenção do legislador quanto aos atos infracionais, é a realização de uma analogia correta de qual crime o ato infracional em análise corresponde, e a observância da possibilidade de se, caso fosse crime cometido por um imputável, a interceptação telefônica seria permitida ou não, pois apesar de não haver essa especificação de maneira clara, é preciso reconhecer que a lei e a jurisprudência, além da Constituição Federal, dão uma ideia de delimitação destes casos em que é permitida a utilização da interceptação telefônica. Além disso, como se verá adiante, a interceptação telefônica tem sido utilizada, na prática, para apuração de atos infracionais cometidos exclusivamente por adolescentes, correspondentes a crimes graves em que haveria a sua utilização se cometidos unicamente por imputáveis.

¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 293-294.

3 DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O HISTÓRICO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

Com a evolução da sociedade, ao longo dos anos, as crianças e os adolescentes já foram vistos de maneiras diferentes. Há que se lembrar, portanto, alguns aspectos históricos que levaram ao patamar atual de proteção infanto-juvenil no Brasil.

Até o século XX, não havia nada previsto sobre os direitos da criança e do adolescente, pois não eram considerados como indivíduos de direitos.

A partir do ano de 1924, tem-se que através da Declaração de Genebra, que foi o primeiro ordenamento que trouxe recomendação de uma política universal à essas pessoas, as crianças e adolescentes passaram a ganhar um pouco mais de atenção. O doutrinador Roberto Diniz Saut¹⁸ explica que:

“Em sua essência essa Declaração iniciava o discurso da necessidade de que à criança e ao adolescente fosse oferecida uma proteção especial, trazendo categorias possibilitadoras de embriões paradigmáticos a terem concretudes lentas, mas existentes no processo de rupturas e sínteses superadoras de que Roberto Lyra Filho denomina, não de direito, mas de *anti-direito*”.

No Brasil, o nosso primeiro marco de codificação nessa área ocorreu em 1927, com o Código de Menores, que recebeu o nome de Código Mello Matos, que era um juiz do Rio de Janeiro que compilou todas as normas que haviam voltadas à criança e ao adolescente em diversas áreas, transformando neste que foi o primeiro Código de Menores.

A grande peculiaridade deste código, é que o termo “menor” possui um conteúdo pejorativo, e inclusive, as crianças e adolescentes eram considerados como objetos e não como sujeitos de direitos. Nessa época, a doutrina que vigorava como base desse código era a doutrina da situação irregular, que significava que o foco era a situação irregular do menor, que podia ser uma situação de abandono, de extrema pobreza, ou de cometimento de ato infracional, e então os menores que

¹⁸ SAUT, Roberto Diniz. **O Novo Direito da Criança e do Adolescente, uma Abordagem Possível**. Blumenau: Editora Edifurb, 2008, p. 59.

tivessem em uma dessas situações necessitavam de uma intervenção do estado, uma política voltada a eles.

Sobre o Código de Menores, o site da Rede Andi Brasil¹⁹ descreve o seguinte:

“A legislação que antecedia o ECA, o Código de Menores, tinha um caráter discriminatório, que associava a pobreza à “delinquência” e encobria as reais causas das dificuldades vividas por esse público, tais como a desigualdade de renda e a falta de alternativas de vida. As crianças de baixa renda eram consideradas inferiores e deveriam ser tuteladas pelo Estado. Havia a ideia de que os mais pobres tivessem um comportamento desviante e uma certa “tendência natural à desordem”, não podendo se adaptar à vida em sociedade. Isso justificava, por exemplo, o uso dos aparelhos repressivos como instrumentos de controle pelo Estado. Os meninos e meninas que pertenciam à esse segmento da população, considerados “carentes, infratores ou abandonados”, eram, na verdade, vítimas da falta de proteção”.

Em 1946 foi criada a UNICEF, a qual veio, basicamente, atender uma necessidade no período entre guerras, das crianças e adolescentes que ficavam órfãos em razão da morte de seus pais. Por isso, passou a subsidiar um tratamento voltado aos menores nessa situação.

Após, em 1959, surgiu a Declaração Universal dos Direitos da Criança, a partir da qual houve uma mudança de paradigma, passando os menores a serem considerados sujeitos de direitos, com direitos fundamentais assegurados. Em nosso país, isso ainda demorou um pouco para ocorrer, pois até então vigorava ainda o Código de Menores. Essa declaração tinha como princípios a sua universalização, o interesse superior da criança e do adolescente, o direito ao nome, nacionalidade, assistência à gestante, benefícios da previdência social, alimentação, moradia, lazer cuidados especiais, amor como direito fundamental, cuidado dos pais, amparo, ambiente de afeto e segurança, educação escolar, prioridade no atendimento, proteção contra abandono e exploração no trabalho, crescimento dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos. O problema é que essa declaração era uma mera enunciação de direitos, não existia uma coercibilidade em relação à efetivação desses direitos.

Em 1979, no contexto brasileiro, tivemos um novo Código de Menores, que vigorou por pouco tempo e também estava baseado na situação de irregular, dentro

¹⁹ BRASIL. O antigo código de menores. In: **Comunicação pelos direitos da criança e do adolescente**. Disponível em <<http://www.redeandibrasil.org.br/eca/sobre-o-eca/o-antigo-codigo-demenores>> Acesso em 25 set. 2018.

do contexto de objeto e não de sujeito de direitos, o foco ainda era na situação e não no indivíduo.

Em nível internacional, em 1985, um outro instrumento que foi relevante neste âmbito foi a criação das Regras de Beijing, que continham regras mínimas sobre Administração da Justiça da Infância e da Juventude, voltado para a prevenção de atos infracionais, trazendo garantias como um julgamento justo e imparcial e conduzido por um juízo especializado, nos traz a ideia do juízo da infância e da juventude para atuar especificamente nestes casos que envolvem este público.

Roberto Diniz Saut²⁰ explica que:

“Essas normas propiciam uma leitura ética sobre a administração da justiça para a infância e adolescência, caracterizando preocupação e declarando a promoção da criança e do adolescente, com todos os recursos possíveis da sociedade e do Estado, reduzindo a necessidade de intervenção legal, na questão do conflito com a lei. O adolescente integra-se ao direito de ser sujeito de direitos, ser humano, a responder na justiça de forma diversa do adulto, pela sua peculiaridade, mas com a potencialidade de direito de pessoa: presunção de inocência, garantias processuais, direito à informação, direito de não responder, direito à assistências judiciária, direito de apelação e direito de acompanhamento dos pais”.

Em 1988, no contexto nacional, tivemos a promulgação da Constituição Federal, também chamada de Constituição Cidadã, a qual nos trouxe um capítulo sobre família e abordou sobre direitos das crianças e adolescentes, rompendo, finalmente, o paradigma da situação irregular, e a ideia de objeto.

Nosso ordenamento jurídico então foi impactado pela Constituição Federal, a qual traz, especificamente em seu artigo 227, a chamada doutrina da proteção integral, o que permitiu que fosse tirado o foco de uma situação irregular específica, o qual foi voltado à proteção de todas as crianças e adolescentes, passando a considerá-los como sujeitos de direitos.

Apesar disso, ainda vigorava o Código de Menores no Brasil, embora não houvesse convergência entre este e a Constituição Federal.

Em 1989 ocorreu a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, sendo este o tratado internacional de proteção de direitos humanos com o maior número de ratificações entre os países, inclusive o Brasil. Nesta convenção só se traz a nomenclatura “criança”, pois nesse contexto criança é

²⁰ SAUT, Roberto Diniz. **O Novo Direito da Criança e do Adolescente, uma Abordagem Possível**. Blumenau: Editora Edifurb, 2008, p. 60.

considerada todo indivíduo de idade entre 0 e 18 anos, por isso não trouxe a nomenclatura “adolescente”.

Essa convenção trouxe a concepção do desenvolvimento integral, do conceito de sujeito de direito, a proteção especial, e a absoluta prioridade. Estabelece a existência de um Comitê para acompanhar a implementação da Convenção nos diversos países e traz como pilares da infância e da juventude a não discriminação, a observância do melhor interesse, direito à vida e à sobrevivência, e direito de expressar a sua opinião.

Em 1990 tivemos as Diretrizes de Riad que trataram sobre a prevenção da delinquência juvenil. Através desse documento, destaca-se a preocupação da ONU com a prevenção dos atos infracionais e tratamento do infrator.

Também em 1990 tivemos as Regras de Tóquio, que trataram de regras mínimas como padrão para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, também num contexto de delinquência e infração.

Em 1990 também foi promulgado o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), o qual vem para modificar, definitivamente, esse paradigma já inaugurado pela Constituição Federal, e revogar o Código de Menores, bem como apresentar uma normativa da infância e da juventude totalmente em consonância com a Constituição Federal e com a Convenção da ONU.

Toda a base filosófica do ECA passa a ser a doutrina da proteção integral, com todos os seus artigos em harmonia.

A doutrina da proteção integral, que foi primeiramente adotada pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, reconheceu o sujeito de direitos, bem como o dever de todos de assegurar direitos com absoluta prioridade, pois o nosso constituinte e nosso legislador reconheceram que esta é uma fase peculiar de evolução e desenvolvimento do ser humano.

O termo “menor”, que era utilizado no Código de Menores, era pejorativo e não considerado como sujeito de direitos. A partir da Constituição Federal, foram assegurados seus direitos fundamentais, e agora não se usa mais a nomenclatura “menor”, mas apenas a nomenclatura “criança” e “adolescente”.

4 DOS ATOS INFRACIONAIS COMETIDOS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES

4.1 DO CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

A lei nº 8.069/90, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) disciplina os seus direitos e deveres, tendo como base a premissa constitucional de absoluta prioridade e proteção integral.

O ECA veio substituir o antigo Código de Menores (Lei nº 6.697/79), o qual tutelava apenas o menor em situação irregular, que era visto como objeto de tutela. Dispõe em seu artigo 2º que criança é a pessoa com até 12 anos incompletos e adolescente é aquele que possui até 18 anos incompletos.

Ademais, criança não recebe medida socioeducativa, apenas medida protetiva, pois vigora o princípio da sua proteção a todo custo. Já para o adolescente, vale o sistema da responsabilidade parcial, podendo receber medida socioeducativa.

A respeito dos objetivos perseguidos pelo ECA, leciona o doutrinador Guilherme Freire de Melo Barros²¹ que:

“A Lei tem o objetivo de tutelar a criança e o adolescente de forma ampla, não se limitando apenas a tratar de medidas repressivas contra seus atos infracionais. Pelo contrário, o Estatuto dispõe sobre direitos infanto-juvenis, formas de auxiliar sua família, tipificação de crimes praticados contra crianças e adolescentes, infrações administrativas, tutela coletiva etc. Enfim, por proteção integral deve-se compreender o conjunto amplo de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança e do adolescente. Por isso, o Estatuto deve ser interpretado e aplicado com os olhos voltados para os fins sociais a que se dirige, com observância de que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento, a quem deve ser dado tratamento especial (art. 6º)”.

Apesar de o ECA dispor que suas regras são aplicáveis apenas às crianças e adolescentes, prevê em seu artigo 2º que excepcionalmente será aplicado às pessoas entre 18 e 21 anos de idade. Ensina Guilherme Freire de Melo Barros²² que:

²¹ BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª edição. Bahia: Editora Juspodivm, 2014. P. 25-26.

²² Ibid. P. 29.

“Na apuração de ato infracional, por exemplo, ainda que o adolescente tenha alcançado a maioridade, o processo judicial se desenvolve no âmbito da Justiça da Infância e Juventude. Vale dizer, aquele que já completou 18 anos ainda está sujeito à imposição de medidas socioeducativas e de proteção. A aplicação do Estatuto somente cessa quando o jovem completa 21 anos (art. 121, § 5º)”.

Diante desta premissa, é possível concluir que até mesmo para maiores de 18 anos podem ser utilizados, excepcionalmente, os procedimentos previstos no ECA em detrimento do processo penal, o qual é, em geral, o que rege a apuração de fatos cometidos por imputáveis, o que leva a conclusão, mais uma vez, de tamanha importância que se dá à proteção da criança e do adolescente e de seu tratamento indistintamente excepcional em razão de seu estado de desenvolvimento e formação de sua personalidade.

4.2 DO CONCEITO DE ATO INFRACIONAL

Em primeiro lugar, há que se ressaltar que as crianças e os adolescentes, como pessoas em desenvolvimento, merecem especial tratamento. Portanto, a ideia de que devem ser punidos como adultos deve ser desmistificada.

Como se sabe, crianças e adolescentes não cometem crimes, pois são inimputáveis e estão sujeitos à legislação especial (ECA). Sendo assim, praticam ato infracional análogo ou equiparado a crime ou contravenção penal.

O procedimento para apuração de ato infracional possui natureza totalmente diversa dos procedimentos criminais e deve ser baseado em um processo pedagógico e de resgate da cidadania, pois leva em consideração a condição peculiar do adolescente.

O procedimento de apuração de ato infracional atribuído à criança está previsto nos artigos 105 a 136, inciso I, do ECA, bem como a apuração de ato infracional cometido por adolescente está prevista entre os artigos 171 e 190 do ECA. Ademais, conforme dispõe o artigo 152, *caput*, do mesmo Estatuto, os procedimentos regulados pela legislação especial recebem aplicação subsidiária da legislação processual penal e cível.

Nestes termos, como não há previsão de possibilidade ou não de utilização da interceptação telefônica para apuração de casos em que houver esta necessidade, há que se reconhecer esta possibilidade de utilização dos

procedimentos previstos no processo penal, bem como aqueles previstos em lei especial que o complementa.

4.3 DOS PROCEDIMENTOS PARA APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS

A criança ou adolescente flagrado cometendo ato infracional, é, desde logo, encaminhado à autoridade competente. Do mesmo modo, se apreendido por força de ordem judicial, deve ser encaminhado à autoridade judiciária.

Importante destacar que, ao ser apreendido, seja em flagrante ou por força policial, a criança ou adolescente deverá ser cientificado de seus direitos, consoante o disposto no artigo 106, § único do ECA, bem como deverá ser comunicado o Juiz da Infância e da Juventude, assim como a família da criança ou do adolescente, ou a pessoa por ele indicada, conforme prevê o artigo 107 do ECA. Ademais, a desobediência deste procedimento importa no cometimento do crime previsto no artigo 231 do ECA, assim como a apreensão de criança ou adolescente sem que haja flagrante ou ordem judicial, ou sem a observância das formalidades legais, constitui crime previsto no artigo 230, caput e § único do ECA.

Tendo sido o ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, o procedimento a ser adotado é a lavratura do auto de apreensão, seguido de oitiva de testemunhas, do infrator apreendido, bem como a apreensão do produto e instrumentos da infração e a requisição de exames ou perícias necessárias à comprovação da materialidade do ato, conforme prevê o artigo 173 do ECA. Sendo o ato infracional cometido de natureza leve, é realizada apenas a lavratura do boletim de ocorrência circunstanciado, nos termos do artigo 173, § único do ECA.

Em regra, deverá sempre ocorrer a liberação imediata do adolescente, ressalvada a imprescindibilidade do decreto de sua internação provisória, conforme o artigo 107, § único e artigo 108, § único do ECA.

A internação provisória deverá ser decretada caso estejam presentes seus requisitos, quais sejam: a gravidade do ato, repercussão social, necessidade de garantia da segurança pessoal do adolescente ou manutenção da ordem pública, nos termos do artigo 174 do ECA.

Não havendo flagrante, a autoridade policial deverá realizar as diligências necessárias à apuração do ato infracional, após, deverá ser encaminhado ao Ministério Público o relatório das investigações realizadas, conforme prevê o artigo 177 do ECA.

Nesta fase, observa-se a utilização de meios de prova típicos do processo penal na apuração de atos infracionais, pois o ECA não prevê procedimentos específicos para a investigação destes atos. Ademais, na forma do disposto no artigo 114 do ECA, a imposição de medidas socioeducativas só é possível mediante a comprovação da autoria e materialidade do ato infracional.

Como procedimento padrão, o Ministério Público promove a oitiva informal do adolescente, bem como de seus pais, testemunhas e vítimas, quando possível, nos termos do artigo 179 do ECA.

Depois da realização da oitiva informal, o Ministério Público poderá tomar uma das providências previstas no artigo 180 do ECA, quais sejam, o arquivamento do feito, restando comprovada a inexistência do fato, ou sua atipicidade, bem como a ausência de autoria, por exemplo; a representação do adolescente; ou a remissão, como uma forma de exclusão do processo.

Sendo oferecida e formalmente recebida a representação, será designada audiência de apresentação, com a conseqüente notificação do adolescente, para que sejam colhidas as declarações do adolescente e de seus pais ou responsáveis.

Não sendo concedida a remissão judicial, será designada audiência em continuação. Da mesma forma, poderá ser determinada a realização de diligências e de estudo psicossocial.

Após, deverá ser apresentada defesa prévia por advogado. Em audiência de continuação são ouvidas as testemunhas, é analisado o estudo psicossocial, bem como é ouvido o Ministério Público e o advogado do adolescente.

Por fim, a sentença é proferida no sentido de acolher ou não a pretensão socioeducativa, pois não se fala, no âmbito dos direitos das crianças e dos adolescentes, em absolvição ou condenação.

4.4 DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

A nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, prevê a garantia do devido processo legal, o qual, no Estatuto da Criança e do Adolescente, está

disciplinado em seu artigo 110, que dispõe que nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Em seu artigo 111, o ECA²³ apresenta um rol exemplificativo de garantias processuais asseguradas ao adolescente, veja-se:

“Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento”.

De acordo com o inciso I do artigo supracitado, é garantido ao adolescente o conhecimento do processo de maneira formal, assegurando que o mesmo não passe por situação vexatória de desconhecimento da atribuição de ato infracional a si. Explica João Batista da Costa Saraiva²⁴ que:

“A citação, mais do que uma garantia processual, se constitui em uma garantia constitucional, na medida em que ninguém poderá ser processado sem ser ouvido a propósito da imputação que contra si é feita. De resto, esta norma está expressamente contida no art. 227, § 3º, inc. IV da CF. Como de uma maneira geral, também a citação e sua forma de efetivar-se, se socorre o sistema das regras do Código de Processo Penal (arts. 351 a 359), sem prejuízo de aplicação supletiva do Código de Processo Civil, no que couber”.

O inciso II preconiza o princípio da igualdade processual, assegurando esse princípio constitucional também aos adolescentes, que têm direito, inclusive, de

²³ _____. Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 19 de agosto de 2018.

²⁴ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e Ato Infracional, garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.69.

confrontar-se com vítimas e testemunhas como meio de defesa. Esta igualdade da relação processual decorre do princípio do contraditório e da ampla defesa, previstos na Constituição Federal. O ECA trouxe ao seu texto o que já era mencionado no artigo 227 da Constituição Federal, harmonizando-se também com o disposto na parte final da regra 7.1 de Beijing²⁵, “o direito de confrontação com testemunhas e interrogá-las”.

No inciso III está garantido o direito de defesa técnica do adolescente por advogado, pois assim como a Constituição Federal garante em seu artigo 227, § 3º, inciso IV, um profissional habilitado para a defesa do réu, o ECA também prevê essa defesa profissional do melhor interesse do adolescente.

Nos termos no inciso IV, todos aqueles que comprovarem que são pobres, na acepção jurídica do termo, receberão assistência judiciária gratuita e integral. Essa regra tem como fundamento a necessidade de justiça.

Já o inciso V, garante o direito do adolescente ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente, conforme explica João Batista da Costa Saraiva²⁶:

“Esta garantia processual, também explicitação dos princípios de ampla defesa e do contraditório, que norteiam todo o sistema, tem amparo igualmente no mandamento do amplo acesso à Justiça (art. 141 do ECA, e o art. 5º XXXV, da CF), assegurando ao adolescente a que se imputa autoria de ato infracional o direito de ser ouvido – como ato de vontade dele para efeito do exercício da ampla defesa e do contraditório, como enfatiza Péricles Prade. Tal prerrogativa assegura ao jovem o direito de ser ouvido não apenas pelo Juiz da Infância e Juventude, como pelo Ministério Público e Defensoria Pública, através de seus órgãos”.

Por fim, o inciso VI prevê o direito do adolescente de solicitar a presença dos seus pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento, como garantia de sua segurança emocional e moral, tendo em vista que as crianças e os adolescentes são pessoas em desenvolvimento e a presença de seus pais nesse momento tem grande importância.

²⁵ ONU. **Regras mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing** - Resolução 40/33 – ONU – 29 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2018.

²⁶ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e Ato Infracional, garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.77.

5 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS EM CASOS QUE ENVOLVEM A UTILIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS

Da pesquisa realizada na jurisprudência dos principais tribunais brasileiros, destacam-se alguns julgados envolvendo a questão da interceptação telefônica em casos de prática de atos infracionais. Veja-se:

No RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.430 - RJ (2006/0002531-4), de relatoria do ministro Celso Limongi, em que recorreram o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a TIM Celular S/A analisou-se que, diante de acórdão em que se constatou a denegação da ordem para que fosse obstada a interceptação telefônica outrora autorizada em processo relacionado a ato infracional, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro requereu a concessão da ordem requerida, sustentando que apenas o juiz criminal é competente para determinar tal quebra de sigilo. Aduziu que²⁷:

“No Juízo da Infância e da Juventude, não se faz investigação criminal, e muito menos instrução processual penal, o que de plano já colocaria a decisão em afronta ao dispositivo constitucional e a sua regulamentação por lei. Ademais, o fato está sendo investigado em inquérito policial, que não se destina a apuração de atos infracionais, mas de ilícitos penais praticados por imputáveis, os traficantes e chefes das organizações criminosas. A ordem deve ser dada pelo "juiz competente da ação principal", portanto do processo criminal que apura o tráfico”.

“A prova obtida se destina a processo criminal, pois os adolescentes, como também é público e notório, estão vinculados ou subordinados a estas organizações criminosas que são comandadas por imputáveis criminalmente. O uso dessa prova se for o caso, deverá após sua colheita ser remetida ao Juízo da Infância e da Juventude, mas extraídas cópias do procedimento criminal originário”.

Por sua vez, a recorrente TIM Celular S.A. também requereu a concessão da ordem, argumentando a ilegalidade da interceptação telefônica, vez que autorizada por juiz incompetente. Aduziu que²⁸:

“A ordem atacada (...) foi proveniente do juízo da 2ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital (...), o qual (...) tem competência constitucional exclusivamente para "conhecer das representações

²⁷ STJ. RMS: 21430, Relator: Ministro Celso Limongi. DJ: 21/02/2011. JusBrasil. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18255238/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-21430/decisao-monocratica-103958903>>. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁸ Ibid.

promovidas pelo Ministério Público para apuração de ato infracional atribuído a adolescente".

Contudo, o magistrado invocou a perda do objeto deste recurso, julgando os pedidos prejudicados.

Na Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.007023-8, de Camboriú/SC, em que é relator o Des. Sérgio Paladino, analisa-se caso em que houve a representação do Ministério Público contra adolescente, ao qual foi atribuída a prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Veja-se²⁹:

NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA INVÁLIDA EM VIRTUDE DA TRANSCRIÇÃO NÃO ESTAR SUBSCRITA POR PERITOS, E DA AUSÊNCIA DE EXAME DESTINADO AO RECONHECIMENTO DE VOZ. OBSERVÂNCIA DE TODOS OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI 9.296/96. PRELIMINAR REPELIDA. Autorizada pelo juiz e observados os requisitos exigidos pela Lei n. 9.296/96, não há ensejo à declaração de invalidez da interceptação telefônica, máxime se a apelante teve a oportunidade de contestar a autenticidade da voz e não o fez. ADOLESCENTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRACK. ART. 33 DA LEI 11.343/06. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS COERENTES E EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO CONSTANTES DOS AUTOS. VALOR PROBATÓRIO INEQUÍVOCO. ALICERCE SUFICIENTE PARA A PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. Trazer consigo substância entorpecente caracteriza a conduta tipificada como tráfico prevista no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06. O status funcional da testemunha por si só não suprime o valor probatório de seu depoimento, que goza de presunção juris tantum de veracidade, especialmente quando prestado em juízo, ao abrigo da garantia do contraditório. Por isso, as declarações de policial só não terão valor se não encontrarem suporte nos demais elementos de convicção constantes dos autos, nem com eles se harmonizarem. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS. INAPLICABILIDADE NAS HIPÓTESES DE ATO INFRACIONAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE ADOTOU A TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DE PENA. INADMISSIBILIDADE. Não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 ao adolescente infrator, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente adotou a teoria da proteção integral, e não a da punição. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENUMERADOS NO ART. 122 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APLICAÇÃO IMPOSSÍVEL. SEMI-LIBERDADE QUE SE MOSTRA MAIS ADEQUADA NO CASO CONCRETO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. "1. Tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral,

²⁹ TJSC. Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.007023-8, de Camboriú. Relator: Des. Sérgio Paladino, Segunda Câmara Criminal, j. 26-07-2011. JusBrasil. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20252310/apelacao-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-apl-70238-sc-2011007023-8/inteiro-teor-20252311?ref=serp>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227). 2. De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, caput). 3. Nos termos da legislação de regência, a medida de internação só poderá ser aplicada quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta. 4. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, 'somente ocorre reiteração de conduta infracional pelo menor, quando, no mínimo, são praticadas três ou mais condutas infracionais' (HC 39.458/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 9/5/05)" (HC n. 155.514-SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 15.6.10, disponível em <[www.stj.jus.br/jurisprudencia/integra do acórdão](http://www.stj.jus.br/jurisprudencia/integra%20do%20acordao)> acesso em 26 jul. 2011). (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.007023-8, de Camboriú, rel. Des. Sérgio Paladino, Segunda Câmara Criminal, j. 26-07-2011).

Antes mesmo de oferecer a representação, o Promotor de Justiça manifestou-se favoravelmente com relação a pedido manifestado pela autoridade policial pela realização de interceptação telefônica, tendo sido tal pedido deferido pela magistrada, a qual determinou a sua liberação.

Sobrevinda decisão de procedência da representação, em suma, a defesa da adolescente alegou, em sede recursal, a ilegalidade da interceptação telefônica, pois não teria sido realizada a sua degravação por perito, não havendo a identificação das vozes. Ademais, alegou que esse procedimento de produção de prova se dá em investigação criminal, não podendo ser realizado em procedimento de competência do juiz da vara de infância e juventude.

Ao fundamentar o acórdão, o magistrado afirmou, na parte em que nos interessa destacar, que³⁰:

“Nenhuma eiva porta a interceptação telefônica, porquanto autorizada judicialmente, realizada com a observância dos preceitos constitucionais e aqueles contidos na Lei n. 9.296/96.

Inicialmente, o pedido deduzido pela autoridade policial foi precedido de prévia investigação, decorrente da apreensão em flagrante da adolescente, bastando à sua confirmação a leitura do relatório de fl. 21, evidenciando-se que está em consonância com os ditames dos arts. 1º e 2º, ambos da Lei

³⁰ TJSC. Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.007023-8, de Camboriú. Relator: Des. Sérgio Paladino, Segunda Câmara Criminal, j. 26-07-2011. JusBrasil. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20252310/apelacao-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-apl-70238-sc-2011007023-8/inteiro-teor-20252311?ref=serp>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

supra mencionada.

Da mesma forma, inexistente mácula pelo fato de ter sido ordenada em procedimento afeto à infância e juventude, porquanto visava investigar a prática de ato infracional, que nada mais é "a conduta descrita como crime ou contravenção penal" (art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente), caracterizando-se formalismo extremo exigir a sua aplicação apenas quando em investigação criminal".

Nessa toada, analisa-se que o magistrado compactuou com a produção de prova por meio de interceptação telefônica em caso de cometimento de ato infracional, partindo da premissa de que foram observados os ditames da lei nº 9.296/96, e que, não fosse cometido por adolescente, seria um caso de cometimento de crime de tráfico de drogas, em que seria totalmente admitida a interceptação telefônica, não havendo encontrado, portanto, qualquer óbice na utilização deste meio de produção de prova no caso em questão, ante a sua gravidade e relevância.

Note-se que, neste caso, não há envolvimento de imputáveis, mas tão somente de um adolescente, e mesmo assim, a interceptação telefônica foi permitida. Desta informação conclui-se que não apenas em casos que envolvem imputáveis é permitida a produção de prova por meio da interceptação telefônica, sendo também realizável, em casos concretos, quando envolve apenas criança ou adolescente.

No processo nº 8670204 da 2ª Câmara Criminal do TJPR, de relatoria do Desembargador Carlos Augusto A de Mello, verifica-se que houve o cometimento de ato infracional análogo a homicídio qualificado, em que foi alegada a ilicitude da interceptação telefônica. O magistrado declarou a sua regularidade, pois foi realizada por ordem judicial, tendo sido, ao final, negado provimento ao recurso. Veja-se³¹:

RECURSO DE APELAÇÃO. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, INCISO II DO CÓDIGO PENAL). PRELIMINAR DE NULIDADE. PROVA ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA COM ORDEM JUDICIAL E SEM IRREGULARIDADES. MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INCOERÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONFISSÃO DOS ADOLESCENTES EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. EXCLUDENTE DA ILICITUDE ANTE A LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. INOCORRÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DOLO CONFIGURADO. - JOVENS QUE COMBINARAM A PRÁTICA INFRACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO

³¹ TJPR - 2ª Câmara Criminal - 8670204 PR 867020-4. Curitiba - Rel.: Carlos Augusto A de Mello - J. 12.04.2012. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11263245/Ac%C3%B3o-867020-4>>. Acesso em: 5 set. 2018.

SIMPLES. PRESENTE A QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL. ESCORREITA APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. Inexiste a necessidade de realização de perícia para a identificação de vozes dos interlocutores, bem como, que tal perícia ou mesmo a degravação da conversa seja realizada por peritos oficiais. II. Resta de forma inconteste a autoria e materialidade dos representados, concluindo que os jovens combinaram de tirar a vida da vítima e praticaram o ato infracional, configurando, assim, o tipo descrito no artigo 121, § 2º, inciso II, do Código Penal. III. De acordo com os autos se verifica que as provas são contundentes e demonstram que os representados tinham a intenção de matar. Ficando, dessa forma, afastada a ocorrência da legítima defesa putativa. IV. Não obstante a isso, em se tratando de procedimento regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, consigno que, mesmo havendo a possibilidade de desclassificação, não seria esse o motivo para a substituição da medida socioeducativa, uma vez que, para a aplicação da medida, o Magistrado deve analisar o ato infracional praticado, as condições pessoais, sociais e pedagógicas do adolescente, medida esta que passo analisar, conforme aventado nas razões. V. A imposição de medida diversa do meio fechado em se tratando de crime desta natureza seria inócua, porque a só modificação do meio para a medida pedagógica inculcaria no adolescente a falsa ideia de que o ato infracional se mostra de menor gravidade do que outros, quando a própria norma constitucional estabelece condições absolutamente diversas. (TJPR - 2ª Câmara Criminal - 8670204 PR 867020-4. Curitiba - Rel.: Carlos Augusto A de Mello - J. 12.04.2012).

Aqui temos, portanto, mais um caso em que a interceptação telefônica foi permitida em caso de cometimento de ato infracional por adolescentes, sem o envolvimento de imputáveis.

No Recurso Especial nº 1.656.297 – MT, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, trata-se de caso em que ocorreu ato infracional análogo ao crime de tentativa de homicídio qualificado, tendo sido a representação do Ministério Público julgada procedente. Veja-se³²:

“(...) Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão, assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO

INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO - REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE - NULIDADE DE PROVAS – PRELIMINAR REJEITADA - MÉRITO - IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE PROVAS - INVIABILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DO ATO INDISCUTÍVEIS - CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONVINCENTE - DEPOIMENTO FIRME E COESO DAS TESTEMUNHAS - SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO -

³² STJ. REsp 1656297 MT 2017/0041129-0. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. DJ: 22/08/2017. JusBrasil. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490786937/recurso-especial-resp-1656297-mt-2017-0041129-0?ref=amp>>. Acesso em: 4 set. 2018.

IMPOSSIBILIDADE - VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA - REITERAÇÕES DE ATOS INFRACIONAIS - MEDIDA ADEQUADA À ESPÉCIE E EM CONSONÂNCIA COM O ARTIGO 122 DO ECA – RECURSO DESPROVIDO. (...) Consta dos autos que o recorrente foi condenado à medida socioeducativa de internação pela prática de ato infracional análogo ao crime de tentativa de homicídio qualificado. Apresentada apelação alegando, em preliminar, a nulidade da prova por ausência de autorização judicial para a apreensão do celular, o Tribunal de origem rejeitou o pedido e negou provimento ao apelo asseverando: O apelante suscita que, "devido a origem ilícita das conversas obtidas através do celular do representado, devem estas ser consideradas nulas, não devendo ser capazes de fundamentar uma condenação " (fl. 259). O aparelho celular do apelante foi apreendido pelos policiais militares Ueliton Flávio Dalbem da Costa e Osvanides Manoel de Souza, responsáveis pela apreensão do menor e seu posterior encaminhamento à Polícia Judiciária Civil para averiguação. Na análise dos dados gravados na memória interna do referido telefone, notadamente das mensagens oriundas do aplicativo "Whatsapp", o Relatório Policial de fls. 27-30, subscrito pelos investigadores de polícia Eugênio Rudy Júnior e Nilceia Regina dos Santos, concluiu que, "do contexto das conversações travadas, exsurge que Jeferson, induzido ou instigado por outros comparsas, percebendo que Cristian era submetido à busca pessoal por policiais militares, determinou-se a efetuar um disparo de arma de fogo, com intuito de atingir os militares, contudo, por erro na execução, atingiu pessoa diversamente das pretendidas. (...) Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas). 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante do aparelho do recorrente, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. 3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico do recorrente, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos (RHC 78.747/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 09/06/2017). Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para reconhecer a nulidade das provas obtidas pelo aparelho celular do recorrente, sem autorização judicial, devendo referidas provas, bem como as decorrentes, serem desentranhadas dos autos, e determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que renove o julgamento da apelação. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 16 de agosto de 2017. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK Relator (Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, 22/08/2017)".

A defesa do menor apelou alegando a nulidade da prova por ausência de autorização judicial para a apreensão do seu celular, tendo sido este pedido rejeitado pelo Tribunal de origem, o qual entendeu pela licitude da checagem das mensagens de texto ou últimas ligações recebidas ou efetuadas de celulares na posse de suspeitos de prática infracional, com amparo do artigo 6º, incisos II e III do Código de Processo Penal. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça deu

provimento ao recurso especial reconhecendo a nulidade das provas obtidas pelo aparelho celular do recorrente, sem autorização judicial. Note-se que a discussão correu em torno da legalidade ou ilegalidade da produção de prova, sem menção ao fato de se tratar de um menor de 18 anos.

6 REGRAS TÍPICAS DO CÓDIGO PENAL E DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL UTILIZADAS EM FEITOS DE ADOLESCENTES INFRATORES

O artigo 152 do ECA prevê, aos seus procedimentos, a aplicação subsidiária das normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela aplicação das regras do Código Penal e do Código de Processo penal subsidiariamente ao Estatuto da Criança e do Adolescente na apuração de atos infracionais. Veja-se³³:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. INTERNAÇÃO-SANÇÃO. LEGITIMIDADE. INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE. PARÂMETRO. PENA MÁXIMA COMINADA AO TIPO LEGAL. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL À METADE COM BASE NO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. HIPÓTESE DE CRIME DE ROUBO. PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA, NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. Não incide a irregularidade apontada pela impetrante, no sentido de que a medida de internação-sanção teria sido decretada antes do envio de precatória para a comarca onde o paciente estaria residindo. Constam informações nos autos de que a execução da medida de liberdade assistida foi deprecada e, diante da devolução da carta precatória, a medida extrema veio a ser decretada. 2. O instituto da prescrição não é incompatível com a natureza não-penal das medidas sócio-educativas. Jurisprudência pacífica no sentido da prescritibilidade das medidas de segurança, que também não têm natureza de pena, na estrita acepção do termo. 3. Os casos de imprescritibilidade devem ser, apenas, aqueles expressamente previstos em lei. Se o Estatuto da Criança e do Adolescente não estabelece a imprescritibilidade das medidas sócio-educativas, devem elas se submeter à regra geral, como determina o art. 12 do Código Penal. 4. O transcurso do tempo, para um adolescente que está formando sua personalidade, produz efeitos muito mais profundos do que para pessoa já biologicamente madura, o que milita em favor da aplicabilidade do instituto da prescrição. 5. O parâmetro adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para o cálculo da prescrição foi o da pena máxima cominada em abstrato ao tipo penal correspondente ao ato infracional praticado pelo adolescente, combinado com a regra do art. 115 do Código Penal, que reduz à metade o prazo prescricional quando o agente é menor de vinte e um anos à época dos fatos. 6. Referida solução é

³³ STF. HC 88788. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. DJ: 22/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000088280&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 2 set. 2018.

a que se mostra mais adequada, por respeitar os princípios da separação de poderes e da reserva legal. 7. A adoção de outros critérios, como a idade limite de dezoito ou vinte e um anos e/ou os prazos não cabais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente para duração inicial das medidas, além de criar um *tertium genus*, conduz a diferenças de tratamento entre pessoas em situações idênticas (no caso da idade máxima) e a distorções incompatíveis com nosso ordenamento jurídico (no caso dos prazos iniciais das medidas), deixando de considerar a gravidade em si do fato praticado, tal como considerada pelo legislador. 8. No caso concreto, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não merece qualquer reparo, não tendo se aperfeiçoado a prescrição até o presente momento. 9. Ordem denegada. (HC 88788, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 22/04/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-02 PP-00372 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 387-396)".

Neste caso, a Turma indeferiu o *habeas corpus* em que foi requerido o reconhecimento da prescrição da pretensão executória de medida socioeducativa. No entanto, apontou que as normas gerais do Código Penal seriam totalmente aplicáveis em casos de cometimento de ato infracional.

Diante disso, há que se reconhecer que, no que tange à investigação de atos infracionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente não especifica os tipos de procedimentos a serem utilizados, o que permite o entendimento de que há a possibilidade de utilização subsidiária das regras previstas do Código Penal e no Código de Processo Penal, podendo ser, na medida do possível, utilizados os meios de prova típicos de apuração criminal na investigação de atos infracionais, inclusive a interceptação telefônica, que como já visto, possui extrema importância na elucidação de casos graves em que não há outros meios de prova possíveis.

7 DA POSSIBILIDADE DE PRIORIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A produção de provas, como se sabe, é destinada ao convencimento do magistrado. No caso da utilização da interceptação telefônica como meio de prova na apuração de atos infracionais, sendo que não há lei que regulamente a sua permissão ou proibição, questiona-se: pode o princípio do interesse público se sobrepor ao princípio da legalidade? Pode ser desconsiderado o fato de que não há regulamentação neste sentido, para priorizar o interesse público em elucidar casos graves de cometimento de atos infracionais análogo a crimes punidos com reclusão?

Sobre o princípio da legalidade, dispõe o artigo 5º da Constituição Federal³⁴, em seu inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, bem como em seu inciso XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Nas palavras dos doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino³⁵:

“Trata-se do princípio da legalidade, base direta da própria noção de Estado de Direito, implantada com o advento do constitucionalismo, porquanto acentua a ideia de “governo das leis”, expressão da vontade geral, e não mais “governo dos homens”, em que tudo se decidia ao sabor da vontade, dos caprichos, do arbítrio de um governante.

O enunciado desse inciso II do art. 5º veicula a noção mais genérica do princípio da legalidade. No que respeita aos particulares, tem ele como corolário a afirmação de que somente a lei pode criar obrigações e, por outro lado, a asserção de que a inexistência de lei proibitiva de determinada conduta implica ser ela permitida”.

Ainda, o doutrinador João Batista da Costa Saraiva³⁶ explica que:

“Define o Estatuto da Criança e do Adolescente, em observância do princípio constitucional da anterioridade penal ou da legalidade (e aqui uma garantia constitucional de natureza processual explícita no sistema), que ato infracional será toda a conduta descrita como crime ou contravenção penal (art. 103 do ECA). Ou seja, na própria definição da espécie inclui a garantia da observância do princípio da tipicidade, que exige subsunção da conduta àquela descrita pela normal penal”.

³⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 de setembro de 2018.

³⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: Método, 2014, p. 126-127.

³⁶ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e Ato Infracional, garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.31.

Nesse sentido, destaca-se a importância do princípio da legalidade como garantia constitucional. No entanto, esta garantia não impede o uso da analogia em favor do interesse público. O artigo 3º do Código de Processo Penal³⁷ aduz que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

O doutrinador Paulo Queiroz³⁸ ensina:

“Mas a analogia é essencial à realização do direito por um outro motivo: ao recorrerem, na fundamentação de suas decisões, a leis, precedentes judiciais ou doutrina, juízes e tribunais, a pretexto de fazerem subsunção, em realidade fazem analogia, pois as situações em comparação nunca são idênticas, mas mais ou menos semelhantes. Dito de outro modo: as leis, doutrina, ou precedentes e situações a que se referem nunca são absolutamente iguais ou absolutamente desiguais, e sim, mais ou menos análogos; e quando as semelhanças prevalecem sobre as dessemelhanças – e isso requer um juízo de valor sempre questionável -, damos tratamento unitário; caso contrário, damos solução jurídica diversa”.

Tal entendimento demonstra que a analogia faz parte de uma interpretação sistemática, que deve ser realizada em conjunto com a devida ponderação de princípios, sendo que a fundamentação jurídica, no final das contas, consiste na comparação entre tudo aquilo que foi assimilado pelo magistrado, pois as situações concretas nunca são idênticas àquelas previstas na lei. Sendo assim, a aplicação da analogia nem sempre viola o princípio da legalidade, mas, às vezes, é essencial para que haja uma decisão justa e coerente, quando as semelhanças prevalecem sobre as diferenças.

Apesar de existirem entendimentos contrários à utilização da analogia, principalmente se trouxer algum prejuízo à parte (*in malam partem*), acredito que a produção de provas por meio de interceptação telefônica não seja capaz de causar prejuízo à criança ou adolescente que tenha cometido ato infracional, pois se trata apenas de um meio de produção de provas e não de punição, a qual, nestes casos, se dará sempre nos termos do ECA.

Embora a Lei nº 9.296/96 não preveja a possibilidade concreta de utilização da interceptação telefônica na apuração de atos infracionais, verifica-se que a supremacia do interesse público sobre o particular do adolescente e sobre a

³⁷ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

³⁸ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 88.

legalidade taxativa da Lei nº 9.296/96 é mais um subsídio a confirmar a possibilidade de utilização deste procedimento na apuração de atos infracionais, pois, realizada uma analogia diante do caso concreto, em que sejam verificados os requisitos legais para a produção de prova mediante interceptação telefônica, o fato de estarmos tratando de ato infracional cometido por criança ou adolescente permite que, acima da legalidade, o interesse público e a justiça sejam priorizados mediante a utilização da analogia para elucidação de fatos graves, em que o magistrado verifique a possibilidade de fazê-lo.

8 CONCLUSÃO

Por toda a pesquisa realizada, chega-se à conclusão de que, embora a legislação brasileira vigente não apresente solução para a controvérsia apresentada neste trabalho, não existe proibição expressa da utilização de interceptação telefônica na apuração de atos infracionais, bem como não há empecilho satisfatoriamente fundamentado de que a utilização deste meio de prova, em casos em que haja a sua imprescindibilidade como único meio de prova, venha a prejudicar de alguma forma a criança ou adolescente envolvido no caso, tendo em vista que, de qualquer modo, continuará sendo inimputável, e a constatação da existência do ato infracional mediante a produção de prova por meio da interceptação telefônica não será capaz de agravar a sua “punição”, a qual se dará sempre em consonância com o ECA.

Do mesmo modo, se utilizada apenas em casos específicos em que haja cometimento de ato infracional análogo a crimes em que seria autorizada a utilização da interceptação telefônica, nos termos da lei nº 9.296/96, respeitando o seu procedimento, não há que se falar em ilegalidade da prova, pois o processo penal e as leis especiais que os complementam podem ser utilizados subsidiariamente ao ECA, conforme dispõe o seu artigo 152, *caput*. Ademais, a interceptação telefônica é meio típico de prova no processo penal, e levando em consideração que na apuração de atos infracionais são utilizados outros meios típicos de prova do processo penal, não há razão plausível para que não se utilize a interceptação telefônica.

Inclusive, o ECA não prevê quais os meios de prova permitidos ou proibidos na apuração de ato infracional. Desse modo, pressupõe-se que sejam utilizados aqueles previstos no processo penal, pois de alguma maneira a apuração destes atos deve acontecer, e havendo omissão na lei especial, utiliza-se subsidiariamente a lei processual correspondente.

Além do mais, a interceptação telefônica, se utilizada nos termos da lei que a rege, bem como respeitando a Constituição Federal, aparentemente não prejudica nenhum direito garantido especificamente às crianças e adolescentes, pois será feito apenas o papel de investigação e elucidação de um ato infracional grave equiparado a um crime de maior potencial ofensivo.

Embora sejam consideradas pessoas em desenvolvimento, sabe-se que crianças e adolescentes cometem atos infracionais graves equiparados a crimes de tráfico de drogas, homicídio, estupro, entre outros, os quais precisam de meios de prova específicos do processo penal para serem elucidados, dada a gravidade e relevância destes atos, sendo necessária a devida medida de punição e educação ao menor, para que, justamente por estar desenvolvendo a sua personalidade, entenda a gravidade do ato que cometeu, e não venha a repeti-lo.

Os dados coletados ao longo da pesquisa demonstram claramente que ainda existem dúvidas quanto à interpretação desta controvérsia. No entanto, a maioria dos entendimentos jurisprudenciais são no sentido da possibilidade de utilização da interceptação telefônica em atos infracionais sem maiores prejuízos à criança e ao adolescente.

Conclui-se, assim, que a melhor solução ao problema ora apresentado é a permissão de utilização deste meio de prova extremamente importante na apuração de atos infracionais em que não existam outros meios de prova disponíveis. A questão da inimputabilidade dos menores de 18 anos já é muito debatida, e sabemos que a sua imputabilidade não é o meio viável de resolução da questão no país. No entanto, para a correta aplicação da justiça e a melhor elucidação dos atos infracionais análogos a crimes graves que ocorrem em nosso país diariamente, a melhor saída é que possam ser utilizados todos os meios de prova do processo penal, desde que seja respeitado o contraditório e a ampla defesa, por óbvio, sem prejuízo da garantia da proteção integral dos interesses da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª edição. Bahia: Editora Juspodivm, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código Brasileiro de Telecomunicações**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4117-27-agosto-1962353835normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 de agosto de 2018.

BRASIL. O antigo código de menores. In: **Comunicação pelos direitos da criança e do adolescente**. Disponível em <<http://www.redeandibrasil.org.br/eca/sobre-o-eca/o-antigo-codigo-demenores>> Acesso em 25 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 161.053-SP**. Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 27/11/2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Justiça Penal: Críticas e Sugestões: Provas Ilícitas e Reforma Pontual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica – Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 19 de agosto de 2018.

_____. Lei n. 9296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9296.htm>. Acesso em 15 de agosto de 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 2.ed.rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: sistemas e princípios**. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ONU. **Regras mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing** - Resolução 40/33 – ONU – 29 de novembro de 1985. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: Método, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e Ato Infracional, garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SAUT, Roberto Diniz. **O Novo Direito da Criança e do Adolescente, uma Abordagem Possível**. Blumenau: Editora Edifurb, 2008.

STF. HC 69912. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 25/03/1994. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000111485&base=baseAcordaos>>. Acesso em 10 set. 2018.

STF. HC 88788. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. DJ: 22/04/2008. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000088280&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 2 set. 2018.

STJ. REsp 1656297 MT 2017/0041129-0. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. DJ: 22/08/2017. JusBrasil. Disponível em: <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490786937/recurso-especial-resp-1656297-mt-2017-0041129-0?ref=amp>>. Acesso em: 4 set. 2018.

STJ. RMS: 21430, Relator: Ministro Celso Limongi. DJ: 21/02/2011. JusBrasil. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18255238/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-21430/decisao-monocratica-103958903>>. Acesso em: 10 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. Ed. Livraria do Advogado, 2ª edição, Porto Alegre, 2001.

TJPR - 2ª Câmara Criminal - 8670204 PR 867020-4. Curitiba - Rel.: Carlos Augusto A de Mello - J. 12.04.2012. Disponível em: < <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11263245/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-867020-4>>. Acesso em: 5 set. 2018.

TJSC. Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.007023-8, de Camboriú. Relator: Des. Sérgio Paladino, Segunda Câmara Criminal, j. 26-07-2011. JusBrasil. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20252310/apelacao-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-apl-70238-sc-2011007023-8/inteiro-teor-20252311?ref=serp>>. Acesso em: 15 ago. 2018.