

UNIVERSIDADE PARANAENSE - UNIPAR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

ROBSON MARTINS

**INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Umuarama – PR

2008

ROBSON MARTINS

**INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade Paranaense
como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre
em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Cambi

Umuarama – PR

2008

Ficha catalográfica:

MARTINS, Robson. *Interceptações Telefônicas à Luz da Constituição Federal de 1988* / Robson Martins – 2008. 120 p. Dissertação de Mestrado Acadêmico em Direito — Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Paranaense, Umuarama, 2008. Bibliografia: f. 117-120.

ROBSON MARTINS

**INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade
Paranaense como requisito parcial à obtenção do
grau de Mestre em Direito.**

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Dr. Eduardo Cambi – Orientador

Professor Dr. Cândido Furtado Maia Neto - Examinador

Professor Dr. Antonio Carlos Segato - Examinador

Umuarama – PR

2008

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Luiz Emar Martins e Adelaide Monarin Martins, maravilhoso e harmonioso início de tudo.

À minha querida esposa Érika Silvana Saquetti Martins, grande amor e bênção em minha vida.

À minha pequena e linda filha Larissa Estéphanie Saquetti Martins, enviada por Deus para me fazer feliz.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, pela dádiva da vida e de todas as conquistas.

Ao meu pai, pelos exemplos de vida, sempre lindos e honestos, e pelo incentivo aos estudos, desde os primeiros momentos de minha vida, por acreditar ser a única forma honesta de alcançar o sucesso.

À minha mãe, pelos exemplos de amor, força, dedicação e carinho.

À minha linda esposa, pelo carinho e compreensão nas noites perdidas de estudo.

Ao Professor Dr. Eduardo Cambi, muito mais que orientador, um guia, um incentivador, uma luz nos momentos de maior escuridão durante o Mestrado. Pela sua seriedade e profissionalismo, pelo seu rigor, pelas suas exigências, pela paciência e, sobretudo, pela sua dedicação.

Aos professores e funcionários (Rose e Antonio) do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIPAR, pela simpatia, cordialidade e presteza no trato para com o mestrando.

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo explicar sobre o direito à intimidade que está previsto na Constituição Federal, bem como esmiuçar a Lei 9.296/96, para fins de entendimento. Discorreu-se sobre as deficiências da Lei, bem como sobre os novos projetos de lei que pretendem melhorá-la. Da mesma maneira que as interceptações telefônicas podem auxiliar a Polícia a identificarem criminosos e elucidar delitos graves, também se deve ter a visão de que é necessário um maior controle estatal sobre a disseminação indiscriminada das interceptações telefônicas em nosso País, pois estas violam, frontalmente, o direito à intimidade previsto na Constituição Federal. É que tal questão é muito sensível e pode ser grave à medida de que os próprios agentes públicos estatais poderiam estar ferindo princípios básicos da Magna Carta e colocando em risco a própria democracia. Neste sentido, é que se deve evitar um Estado Policialesco, em que tudo e todos estão sendo 'grampeados', mas se deve, então, reservar a interceptação telefônica para os crimes realmente graves e que possam prejudicar a sociedade como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Interceptação Telefônica. Democracia. Estado. Proporcionalidade.

IN THE LIGHT OF TELEPHONE HIJACKS THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

ABSTRACT: This present study aimed to explain on the right to privacy which is expected in the Federal Constitution, and teased the Law 9.296/96, for understanding. Current on the shortcomings of the Act, as well as the "novéis" a project that want to improve it. In the same way that hijacks the phone can help the police to identify criminals and clarify serious crime, must also have the vision of the need for more state control over the dissemination of indiscriminate hijacks phone in our country because they violate, facing the right to privacy provided in the Constitution. Because this issue is very sensitive and can be serious to the extent that state officials themselves could be hurting basic principles of the Magna Carta and jeopardizing democracy itself. In this sense we should avoid a state "Policialesco", where everything and everyone are being 'Stapled', but it must then intercept the telephone book for really serious crimes and that harms the society as a whole.

KEY-WORDS: Federal Constitution. Telephonic interception. Democracy. State. Proportionality

SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
2. Direito à Intimidade.....	12
3. Histórico Brasileiro das interceptações telefônicas.....	17
3.1 A origem do telefone.....	17
3.2 Histórico da legislação sobre interceptação telefônica no Brasil.....	19
4. Definição conceitual de interceptação telefônica, de escuta telefônica e de gravação telefônica.....	21
5. Inexistência de Direito Fundamental Absoluto.....	23
6. Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996 (interceptações telefônicas).....	26
7. Das Provas Ilícitas e Ilegítimas	38
7.1 Conceituação das Provas Ilícitas e Ilegítimas.....	38
7.2 Princípio da Proporcionalidade.....	41
7.3 Da Prova Emprestada	44
8. Possibilidade de destruição dos autos.....	47
9. Impossibilidade do início da interceptação telefônica via ‘denúncia anônima’.....	50
10. Flagrante delito com base em interceptação telefônica ilegal.....	57
11. Lei 9.034/95 (crime organizado).....	59
11.1 Da Infiltração de Agente.....	60
11.2 Da Escuta Ambiental.....	62
11.3 Da Ação Controlada.....	63
12. Interceptações em Regiões de Fronteira do Paraná (Foz do Iguaçu e Guáira).....	68
13. Prorrogações indefinidas da Interceptações.....	73
14. CPI das Escutas Telefônicas.....	83
15. Prevenção do Juízo que deferiu as Interceptações Telefônicas para todas as ações penais subseqüentes.....	87
16. Casos em que não é cabível a interceptação telefônica.....	90
16.1 Casos em que caiba suspensão condicional do processo.....	92
16.2 Casos em que o Direito Penal não deve atuar (Caráter Fragmentário).....	93
16.3 Da Insignificância nos Delitos de Descaminho/Contrabando menor do que R\$ 10.000,00 (dez mil reais), inclusive para cigarros.....	97
16.4 Princípio da insignificância – Arquivamento.....	99
17. Remédio cabível da ordem que interceptou ilegalmente telefone fixo ou	

celular.....	103
17.1 Do Cabimento de ‘habeas corpus’	103
17.2 Legitimidade Ativa do Ministério Público para impetrar ‘habeas corpus’	106
17.3 Possibilidade Jurídica do Pedido.....	107
17.4 Interesse de Agir.....	107
18. O Sistema ‘Guardião’.....	109
19. Resolução do Conselho Nacional de Justiça e novos Projetos de Lei quanto à Interceptação Telefônica.....	113
20. Considerações Finais.....	116
21. Bibliografia.....	117

1 Introdução

Desde a Constituição Federal de 1988 havia a necessidade de se disciplinar as interceptações telefônicas, para fins de uso em investigações ou processos judiciais, na seara criminal.

Em 24 de julho de 1996 veio à lume a Lei 9.296/96, a qual disciplinou o artigo 5º, inciso XII da Constituição da República.

Não é de agora que o Brasil vem debatendo a problemática da violação à intimidade dos cidadãos, ainda mais quando existe uso indiscriminado das interceptações telefônicas ou também das chamadas escutas clandestinas, especialmente as utilizadas pelas próprias Polícias, aí incluídas a Federal e a Civil, bem como a Rodoviária Federal. Tal utilização, se efetivada sem controle rigoroso através do Poder Judiciário e Ministério Público, acabará por se tornar uma poderosa arma contra a própria sociedade, na medida em que pessoas sem qualquer ligação com organizações criminosas têm sua vida devassada pelas autoridades policiais, e o conteúdo das conversas posteriormente é divulgado na mídia. Na realidade, nos dias atuais, verifica-se que existem, sem controle algum do Estado, modernos equipamentos para interceptação telefônica nas Polícias Federal e Civil, e também na Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, na Polícia Rodoviária Federal, no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, no Ministério Público Federal e até no Exército, além de empresas privadas.

Um único e sofisticado programa de computador, apelidado de ‘GUARDIÃO’, muito utilizado pela Polícia Federal do Brasil, acaba por ‘interceptar’ simplesmente 400 (quatrocentos) telefonemas ao mesmo tempo. Nas Operações da Polícia Federal denominadas *Furacão*, *Têmis*, *Fênix*, *Pôr-do-Sol*, *Tarja Preta*, *Navalha* e *Xeque-Mate*, que acabou na prisão de inúmeros políticos, empresários, advogados e até juízes flagrados em diálogos comprometedores, geraram muita discussão quanto ao alcance e possibilidade das interceptações telefônicas.

Tal fato vem ocasionando o quê se chama de ‘República do Grampo’ ou ‘Grampolândia’, uma alusão ao fato de que no Brasil, primeiramente se grampeia para depois analisar se a pessoa é criminosa ou não.

O sistema Guardiã está instalado no 5º andar do Edifício Sede da Polícia Federal em Brasília/DF, e vem funcionando normalmente desde 2002. Não se sabe ao certo se tal programa tem o poder de grampear aleatoriamente as linhas telefônicas, mas o fato é que ele é

acionado mediante um sinal enviado pela companhia telefônica, com o ‘desvio’ das chamadas para o número interceptado. A captura, por sua vez, só pode ser feita com autorização judicial, geradora da ordem para a companhia operar o desvio, fornecendo assim ao Guardião os áudios dos diálogos grampeados. E, mais, verifica-se que tal equipamento já está ultrapassado, se analisarmos outros equipamentos utilizados em Israel, nos Estados Unidos e na Europa.

A preocupação nos atuais dias, quanto às gravações clandestinas, tem feito proliferar o número de sites e lojas que vendem produtos para espionagem ou de contra-espionagem. Por exemplo, no site nacional www.espiaosip.com.br, existe o produto ANTI GRAMPO Tipo 01 que, pelo preço de R\$ 170,00, oferece:

Mais sigilo absoluto e tranquilidade nas suas conversas telefônicas, comerciais ou pessoais. O Anti Grampo tem um circuito telefônico que, instalado na linha telefônica, impede o funcionamento de Relês de Gravação/Gravadores, Transmissores de FM/AM, denunciando com um ‘bip’ a retirada de outro fone do gancho (extensão), ou qualquer escuta clandestina.

Por outro lado, no site www.itecdiffusion.com, pelo preço de R\$ 2.200,00, vendem-se aparelhos de microescuta para telefone fixo, ou seja, proliferam no mundo cibernético as possibilidades de qualquer pessoa fazer escuta de outra pessoa, empresas ou até mesmo de órgãos públicos, causando pânico em empresários, políticos e autoridades em geral. Assim diz a propaganda do produto: “muito compacto, este transmissor pode colocar-se em qualquer lugar na linha, na caixa mural ou até dentro do aparelho de telefone”.

O diretor-geral da Polícia Federal, Luiz Fernando Corrêa, recentemente defendeu a criminalização do porte de aparelhos de escuta telefônica, através de um novo projeto de lei.

Não existem dúvidas que devem existir mais controles sobre quaisquer atividades que gerem interceptações clandestinas, mas o fato é que atualmente não se respeita sequer a legislação que temos em nosso país (CF e Lei 9.296/96), portanto, mister que este trabalho auxilie na perspectiva das nuances existentes em tal seara.

2 Do Direito à Intimidade

Não se pode iniciar um estudo eficaz quanto às interceptações telefônicas, sem antes adentrar ao tema do direito à intimidade, sob pena do estudo ficar aquém do esperado, eis que este é a base do próprio trabalho.

A intimidade é erigida como direito constitucional, sendo cláusula pétrea prevista no artigo 5º, inciso X, que diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Como direito fundamental que é, possui as seguintes características: 1) Historicidade; 2) Inalienabilidade; 3) Imprescritibilidade e 4) Irrenunciabilidade.

A intimidade inclui várias facetas, entre elas a proteção ao domicílio, às correspondências, às interceptações telefônicas, escutas ambientais, gravação telefônicas e outras maneiras de ofender a intimidade da pessoa humana.

Conforme Moraes (2002, pág. 80), “a intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetos, tais como relações comerciais, de trabalho e de estudo”.

Encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), o direito à honra, à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X), convertida em instrumento de diversão ou entretenimento, assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias, que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação.

Assim, não existe qualquer dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público (CF, art. 5º, XIV), que acarretem injustificado dano à dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta.

Dentre as garantias fundamentais do indivíduo, albergadas constitucionalmente no art. 5º e incisos, da Magna Carta, encontram-se positivados os direitos à intimidade e à vida privada, os quais, como direitos da personalidade, podem ser vislumbrados como elementos

da integridade moral de cada ser humano.

EDUARDO CAMBI (2006, pág. 85), aduz quanto ao direito à intimidade:

Com efeito, quando a Constituição tutela a intimidade e a privacidade, um extenso conjunto de relações jurídicas fica abrangido, já que a *esfera íntima* refere-se ao âmbito pessoal de cada um, preservado do mundo exterior, onde se encontram as possibilidades para desenvolver a sua personalidade, enquanto a *esfera privada* é um conceito um pouco mais amplo, referindo-se ao setor da vida que se manifesta e é acessível a qualquer pessoa (filhos, amigos, parentes, cônjuges etc).

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece, de maneira não-taxativa (artigo 5º, § 2º), a cadeia principiológica que conforma os direitos e garantias fundamentais. Erigidos à cláusula pétrea segundo o artigo 60, § 4º, inciso IV, estes princípios dão sustentação ao ordenamento jurídico em nosso Estado Democrático de Direito.

No bojo deste emaranhado de normas que tutelam direitos e instrumentalizam suas garantias, sobressaltam princípios relativos ao foro íntimo, isto é, à intimidade e à privacidade do sujeito, tanto em relação aos órgãos do Estado como à comunidade.

Os princípios da inviolabilidade da intimidade e do respeito à vida privada (art. 5º, inciso X), aliados a outros dispositivos análogos, tais como o princípio do resguardo da liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV); da liberdade de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI); da liberdade de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII); e da garantia de livre manifestação do pensar (art. 5º, IX) -, representam verdadeiro nó-górdio de um sistema jurídico democrático, pois fornecem, no aspecto processual, uma ferramenta pródiga de legitimação/deslegitimação da ação (ou omissão) do poder estatal (atividade legiferante, administrativa e/ou judicial) em sua relação com o "ser" do cidadão.

Por se tratarem de princípios diretamente ligados aos direitos de personalidade, determinam uma esfera de não-intervenção dos Poderes Públicos. Não se olvide que o respeito destes princípios reafirma não apenas a averiguação dos níveis de legitimidade do sistema, mas os graus de justiça e validade de toda estrutura jurídica infraconstitucional.

A doutrina menciona os princípios aludidos, abarcando-os no preceito direito à personalidade. Esta norma primária de tutela da personalidade vedaria toda e qualquer forma de invasão não autorizada da comunidade política ou civil na esfera individual, seja por norma criminalizadora ou por mecanismos processuais ou administrativos. Assim, se o Estado não pode intervir na consciência do cidadão, determinando ou reforçando uma moral, não deve invadir sua vida privada e sua intimidade.

O direito à personalidade, desde esta concepção, poderia ser dividido em duas

dimensões: a) esfera individual e b) esfera da vida privada.

No âmbito individual, o objeto de tutela estatal é o resguardo da manifestação de pensamento, da liberdade de consciência, de crença religiosa, de convicção política ou filosófica, da livre manifestação do pensar. É o mesmo que resguardar o cidadão no exercício da sua diversidade, possibilitando a livre construção da personalidade.

Na esfera da vida privada, a proteção direciona-se à intimidade propriamente dita, sendo objeto das normas jurídicas, cancelar a inviolabilidade do homem nos seus locais de vida.

Verificando-se a norma constitucional, infere-se que a vida privada se distingue da vida íntima, ou seja, aquilo que a pessoa sente, deseja e quer se refere à sua intimidade. Já os seus hábitos (modo de viver, de se comportar), seu relacionamento e, igualmente, aquilo que o sujeito possui, têm pertinência com a sua vida privada.

Por vezes se conceitua o direito à intimidade como aquele que busca defender as pessoas dos olhares alheios e da interferência na sua esfera íntima, por meio de espionagem e divulgação de fatos obtidos ilicitamente.

No âmbito do direito civil, o direito à intimidade é tipificado como direito da personalidade, inerente, pois, ao próprio homem, tendo por objetivo resguardar a dignidade e integridade da pessoa humana, sendo, ainda, caracterizado como um direito subjetivo absoluto, uma vez que exercitável e oponível “*erga omnes*”.

Sendo um direito da personalidade, cumpre, por óbvio, investigar as suas origens, as quais remontam ao Constitucionalismo Social, inaugurado pelas Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919, pois, além de garantirem os chamados direitos de primeira geração, ambas eram marcadas por forte conotação social, já abrangendo os de segunda geração. Nesse contexto histórico-jurídico, os direitos da personalidade foram elevados à categoria de garantias fundamentais, obrigatórias em toda e qualquer Carta Constitucional como forma de proteção e defesa das condições mínimas de sobrevivência do ser humano.

Para corroborar essa garantia, foram assinados diversos instrumentos de Direito Internacional, todos, como já mencionado, com a finalidade de resguardar os direitos da personalidade, dentre os quais o direito à intimidade. Apenas a título exemplificativo, poder-se-ia citar a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Européia dos Direitos do Homem (1950), o Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966), a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade (1967) e a Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em San José da Costa Rica (1969).

Verifica-se, então, que dois são os interesses defendidos, ou seja, o interesse de que a intimidade seja preservada, e o de que não venha a ser divulgada. Assim, num momento que antecede o próprio ato ilícito, a Constituição deve assegurar que a pessoa tenha resguardada sua proteção à própria intimidade. Na fase seguinte, mesmo que devassada legalmente, a intimidade não pode ser veiculada e divulgada para terceiros que não tenham co-relação com a própria investigação.

Afonso da Silva (SILVA: 1999, p. 209-211), assevera que “o direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade”. Este é uma terminologia do direito anglo-americano (*right of privacy*), para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos.

Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que ora se faz, já que o inciso X do art. 5º separa intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, a honra e imagem das pessoas.

Assim, verifica-se que o assunto desborda em multifacetadas, para fins de consolidar sob a democracia sob o viés da intimidade.

Não é sem tal perspectiva que o constituinte, mesmo após asseverar que o direito à intimidade seria uma cláusula pétrea, o que seria despiciendo, mas fez-se questão de frisar, no art. 5º, inciso XII da Magna Carta 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”.

Assim, acostumado o constituinte brasileiro a ser por deveras prolixo, e com receio de que não bastasse a afirmação de que o direito à intimidade do inciso X do art. 5º já protegesse o sigilo das comunicações telefônicas (com medo de que provável governo autoritário pudesse rapidamente suprimir tais garantias constitucionais), optou por frisar mais uma vez que tal sigilo também não poderia ser quebrado, a não ser por ordem judicial.

Na realidade, portanto, o direito à intimidade é um desdobramento da própria dignidade da pessoa humana (um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso III da CF), e, como a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, assevera em seu artigo 4º que “a pessoa tem direito ao reconhecimento de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Nesta mesma esteira de entendimento Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER: 1986,

101-102) asseverou que “por direito á intimidade, genericamente, entendemos quer o direito ao segredo, quer o direito à reserva e que se trata de direito integrante da categoria dos direitos da personalidade”.

Por fim, pontua SARMENTO (2002, p.57-58) quanto à dignidade da pessoa humana:

A proclamação solene do princípio da dignidade da pessoa humana no primeiro artigo do texto constitucional é rica em simbolismo. A Carta de 1988 – Constituição cidadã, nas palavras do saudoso Ulisses Guimarães – representa um marco essencial na superação do autoritarismo e na restauração do Estado Democrático de Direito, timbrado pela preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social no país. Neste contexto, é natural que o constituinte tenha querido tingir com um colorido humanista a sua obra, consagrando a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional que instaurou.

Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI : 2001, pág. 883), também assevera:

A direncia de los estados absolutos, donde los requisitos de la validez se refieren sólo a las formas de los actos y pueden por ello ser afirmados o negados a través de juicios de hecho, los parámetros de validez incluidos en la Constitución de un estado de derecho consisten efectivamente en valores o en todo caso en términos carentes de denotación (igualdad, libertad, dignidade de la persona, taxatividad, materialidad y ofensividad de los delitos y otros semejantes)...

Assim, o direito à intimidade, além de ser uma vertente da dignidade da pessoa humana, assegurada a todos os brasileiros, ainda é uma forma de proclamar a própria democracia em nosso país, mantendo a paz social.

3 Histórico Brasileiro das interceptações telefônicas

3.1 A origem do telefone

Não se pode aludir à interceptação telefônica, sem antes tecer algumas considerações acerca da origem do próprio telefone.

Alexandre Graham Bell, escocês, nascido em Edimburgo, em 3 de março de 1847, é tido como o inventor do telefone.

No ano de 1876, Bell obteve a patente nº 174.465, de invenção do telefone, concedida no dia 7 de março. Três dias depois, acidentalmente, Bell e Watson conseguiram a transmissão da primeira frase completa por telefone ("Mr. Watson, come here, I need you"). Em 25 de junho desse ano, Dom Pedro II, Imperador do Brasil, visitando a Exposição de Filadélfia, exclama diante do telefone de Graham Bell: "Meu Deus, isto fala!". Portanto, o telefone é atualmente um dos meios de comunicação mais utilizados pelas pessoas. O telefone é constituído essencialmente por um microfone, um auscultador e uma unidade de marcação de dígitos. O microfone transforma as ondas sonoras em sinais eletrônicos que são transmitidos para a rede telefônica. O auscultador realiza a operação inversa. O estabelecimento de uma chamada dá-se após a fase de sinalização, durante a qual existe um conjunto de procedimentos que permite estabelecer a ligação entre dois telefones.

Apesar da história trazer Alexandre Graham Bell como o inventor do telefone, existem indícios que apontam como legítimo inventor Antonio Meucci (então pode ser considerado o aperfeiçoador do telefone), fato este que foi reconhecido postumamente em 11 de junho de 2002 quando o Congresso dos Estados Unidos aprovou a resolução No. 269, na qual se reconheceu como o inventor do telefone.

Após praticamente um século, houve uma revolução no mundo do telefone, pois no dia 3 de abril de 1973, em Nova York, ocorreu a histórica primeira ligação de um celular, realizada por Martin Cooper, um gerente da empresa Motorola. O aparelho, muito prosaico, tinha 25 cm de comprimento e 7 cm de largura, além de pesar cerca de 1 quilo. O celular foi efetivamente uma revolução, pois efetivou a portabilidade do aparelho antes fixo, facilitando a locomoção das pessoas, além de baratear as ligações. Em abril de 2008, a Agência Nacional de Telecomunicações declarou que no Brasil existem mais de 127.742.000 celulares ATIVOS, número muito superior aos números fixos.

O aumento do número de telefones no Brasil só foi possível graças à privatização do

setor de telefonia.

A Telebrás - empresa estatal da União - era a controladora de todas as concessionárias do serviço de telefonia no país, como a Telepar no Paraná.

Em julho de 1998, no Governo Fernando Henrique Cardoso (PSDB), ficou criado o Programa Nacional de Desestatização, em que se promoveu a cisão da empresa, e vendeu as 12 holdings criadas por força desse processo. Dessa forma, transferiu-se à iniciativa privada o controle acionário das companhias de telefonia fixa e de longa distância, bem como das de telefonia celular-banda A.

Dando continuidade a esse processo, foi promulgada a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispôs "sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995", sob o comando do então Ministro das Comunicações - Sérgio Motta (falecido).

Tal Lei definiu as linhas gerais para o processo de privatização do Sistema Telebrás, realizado no dia 30 de julho de 1998, por meio do qual foram privatizadas três operadoras fixas (Telesp, Tele Centro Sul, Tele Norte Leste), oito operadoras celulares (Telesp Celular, Telemig Celular, Tele Sudeste Celular, Tele Centro Oeste Celular, Tele Nordeste Celular, Tele Norte Celular e Tele Leste Celular) e a Embratel.

Na Bolsa do Rio de Janeiro ocorreu, então, o maior processo de privatização do final de século, com a venda das 12 empresas do Sistema Telebrás vendidas por R\$ 22,057 bilhões. O ágio médio atingiu 63,75% em relação ao preço mínimo, de R\$ 13,47 bilhões, apesar da guerra judicial que originou liminares decorrentes de ações propostas por entidades contrárias à privatização. A Telefônica da Espanha acabou por levar as empresas mais cobiçadas do leilão - Telesp (Telefonia fixa do Estado de São Paulo) e as telefonias celulares banda A dos estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo.

Sabe-se que antigamente, antes da privatização, uma linha telefônica tinha um custo muito elevado, dificultando que pessoas mais carentes pudessem ter acesso ao produto.

Neste sentido, o estudo sobre as interceptações telefônicas alcança toda essa gama de clientes/usuários, os quais estão sujeitos às normas constitucionais e infraconstitucionais sobre a inviolabilidade do direito à intimidade.

3.2 Histórico da legislação sobre interceptação telefônica no Brasil

Antes da Constituição Federal de 1988 não havia uma sistematização quanto às interceptações telefônicas, tanto é que na Constituição de 1946 não havia nem sequer referência expressa à inviolabilidade das comunicações telefônicas, quiçá pelo fato de que naquela época pouquíssimas famílias possuíam aparelho telefônico em suas casas ou empresas.

A Constituição Federal de 1969 dispunha no seu art. 153, § 9^o, que o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas seria inviolável.

Ademais, como forma de regulamentar a possibilidade de interceptação telefônica, veio o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117/62), o qual asseverou no art. 57² a possibilidade do Juiz competente autorizar a interceptação.

GRINOVER (1986, pág. 227), aduziu que o Brasil precisava de uma legislação para conciliar o direito à intimidade (individual) com o direito do Estado de produzir provas, não nos moldes da Lei da Telecomunicações, mas sim, uma nova lei.

Houve muita discussão pós-constituição de 1988, no sentido de verificar se tal artigo do Código de Telecomunicações havia sido recepcionado pela novel Magna Carta.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico (1993), decidiu acerca da não recepção, pela CF/88, da Lei n.º 4.117/62:

“Prova Ilícita: escuta telefônica 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. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica 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 telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, 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

¹ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

² Art 57. Não constitui violação de telecomunicação:

I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - O conhecimento dado:

impedido (MS n.º 21.750, 24/11/93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-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. (STF, HC 69.912-RS)

Neste sentido é que o STF decidiu que o Congresso Nacional deveria editar nova Lei que efetivamente regulamentasse o art. 5º, inciso XII da CF³. No ano de 1996, portanto, foi editada a **Lei 9.296**, vigente até hoje, a qual regulamentou especificamente tal artigo constitucional. E disso obteve-se um resultado prático importante, ou seja, antes da Edição de tal lei simplesmente não foram consideradas legais todas as interceptações utilizadas como prova nos processos penais em trâmite, em face do princípio norte-americano *fruits of the poisonous tree*.

Moraes (2002, págs. 84-86), comentando sobre o artigo constitucional que laborou pela inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, afirmou que:

Apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Conforme será abordado no Capítulo 19, muitos são os projetos de lei tentando modificar a Lei 9.296/96, seja para deixá-la mais rígida, seja para facilitar a obtenção das interceptações telefônicas pelas Polícias.

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

³ 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.

4 Definição conceitual de interceptação telefônica, de escuta telefônica e de gravação telefônica

É importantíssimo que delineemos o quê seria Interceptação Telefônica, Gravação Telefônica e Escuta Telefônica.

EDUARDO CAMBI (2006, pág. 100) sintetiza tal conceituação:

Três são as hipóteses que devem ser examinadas: i) quando a conversa entre duas pessoas é gravada com o consentimento de ambas; ii) quando a conversa é gravada por uma das pessoas que participa do diálogo, mas sem o consentimento da outra; iii) quando a gravação se dá por um terceiro e as pessoas que participam da conversa não têm conhecimento de que estão sendo gravadas.

Nesse último caso, está-se diante de uma *interceptação telefônica*. O que a caracteriza é a existência de um *terceiro*, estranho à conversa, que tem a intenção de captar a comunicação existente na passagem de um emissor para um destinatário.

Deveras, a **interceptação telefônica**, estrito senso, ocorre quando a violação do direito à intimidade e ao sigilo da comunicação é realizada por terceira pessoa, sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores. Também se chama vulgarmente como ‘grampeamento’.

Neste sentido é que MORAES (2002, pág. 85), aduziu que “interceptação telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores”.

Por outro lado, há **escuta telefônica** se a violação se efetivar por terceiro, mas com o conhecimento de um dos comunicadores. GOMES & CERVINI (1997: págs. 95-97) também aduziram no mesmo sentido, quando asseveraram que “escuta telefônica, por seu turno, é a captação realizada por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, mas com o conhecimento de um dos comunicadores”. Um exemplo de escuta telefônica é quando está ocorrendo um seqüestro, e a família do seqüestrado tem cognição de que o Juiz autorizou a escuta no telefone de sua casa, para fins de eventual contato com os seqüestradores em busca da vantagem financeira.

Ao fim, **gravação telefônica** existe quando ela é realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. É o típico caso em que uma pessoa sabe que um policial está lhe exigindo dinheiro através do telefone, e imagina que gravando a conversa que terá com tal agente público, sem autorização do Poder Judiciário, possa utilizar tal prova para fins de

prova criminal.

Rabonese (1998: pág. 115) também concorda com tal conceituação:

A gravação clandestina consiste no ato de registro de conversação própria por um de seus interlocutores, sub-repticiamente, feita por intermédio de aparelho eletrônico ou telefônico (gravação clandestina propriamente dita) ou no ambiente da conversação (gravações ambientais). Já a interceptação é sempre caracterizada pela intervenção de um terceiro na conversação mantida entre duas pessoas: se a interceptação for realizada em conversação telefônica, e um dos interlocutores tiver conhecimento, caracteriza-se a escuta telefônica; se não houver o conhecimento por parte dos interlocutores, evidencia-se a interceptação *stricto sensu*; se a interceptação for feita entre presentes, com conhecimento de um dos interlocutores, caracteriza-se a escuta ambiental, ao passo que se for sem o conhecimento, será considerado como interceptação ambiental.

Infelizmente, em muitos julgados que se verificam em nosso país, confunde-se muito os termos de escutas telefônicas clandestinas, com o de interceptações clandestinas, quando, na realidade, estas últimas são disciplinadas pelo art. 5º, inciso XII da CF, e as primeiras pelo art. 5º, inciso X, também da CF.

5 Inexistência de Direito Fundamental Absoluto

Mesmo em se tratando de direito à intimidade, assim como qualquer outro direito constitucional (vida, propriedade), também encontra limitações, sob pena de tal direito ser utilizado para fins ilícitos, em prejuízo da própria sociedade.

MORAES (2002: págs. 60-61) afirma quanto à relatividade dos direitos fundamentais:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não pode ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.

E realmente isso deve ser aplicado concretamente no dia-a-dia, pois o absolutismo de qualquer direito tira, por consequência, o direito de outro ser humano, quando é mal utilizado, principalmente quando tem um viés criminoso. A ‘casa’, efetivamente é asilo inviolável do cidadão, conforme dicção constitucional (art. 5º, inciso XI da CF), contudo, não pode livremente ser utilizada para armazenamento de ‘cocaína’ ou ‘maconha’, pois isso é um desvirtuamento do próprio conceito de ‘casa’, transformando-a em objeto do delito e em depósito de criminosos.

Pode sim o Poder Judiciário, quando solicitado pelo Ministério Público ou pela Polícia, de maneira fundamentada, expedir regularmente um mandado de busca e apreensão no bojo de tal local, mesmo que ali resida uma família, pois a ‘casa’ não pode ser um refúgio para a prática de ilegalidades e crimes, sob pena de violação do próprio Estado de Direito.

Quiroga Lavié (1993, p. 123) afirma que “os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito”.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já julgou nesse sentido:

O sigilo bancário não constitui direito absoluto e deve ceder quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas, demonstrarem a conveniência de sua quebra, mediante ordem judicial. Decisão judicial suficientemente motivada, proferida na vigência da Lei n.º: 10.174/01, de aplicação imediata, a partir de sua

publicação. Recurso ao qual se NEGA provimento⁴.

Para a análise de tal situação de relatividade dos direitos, mister que se faça um confronto direto entre os direitos de um indivíduo ou empresa, em contraposição contra os direitos de outro, quiçá de toda a sociedade, sempre buscando o verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade primeira.

Em verificação quanto ao tema, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro), também já julgou em tal sentido, argumentando quanto ao sopesamento de direitos diversos⁵:

Penal e Processual Penal. Mandado de Segurança. Acesso aos autos de medida cautelar. Restrições. Possibilidade. Lesão à Carta Magna e ao EOAB. Inexistência. Tribunais Superiores. Precedentes. Vista e extração de cópias de autos de medida cautelar. Quebra de sigilo bancário. Advogado. Acesso aos autos. Direito não absoluto. 'Intimidade' e 'vida privada'. Valores relevantes. Sopesamento com outros, dentre eles a segurança e a ordem pública. Supremacia do interesse público e do bem comum. Preservação das informações. Necessidade de sigilo, durante a realização do inquérito policial. Ausência de cerceamento ao exercício da advocacia. Elucidação dos fatos. Contraditório e ampla defesa, princípios constitucionalmente assegurados. Ausência de riscos imediatos de restrição à liberdade física e patrimonial do investigado (Art. 20, CPP). Direito líquido e certo. Ausência. Segurança que se denega.

Assim, havendo necessidade de se sopesar entre o direito à intimidade de alguém, por exemplo, que terá o sigilo telefônico quebrado pelo Poder Judiciário para fins de investigação ou processo judicial criminal, em face de suspeita de crime de tráfico de drogas (lei 11.343/2006), deverá o Juiz optar pelo direito à paz social e segurança pública, o qual afeta todos os brasileiros.

Como qualquer outro, o sigilo das comunicações telefônicas também pode ser quebrado, em situações específicas, como disse MOREIRA (1987, pág. 170):

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

Neste prisma, na realidade, o que se necessita, em casos desse jaez, é que efetivamente exista uma ponderação de interesses, sopesando aquele mais importante para o momento, para a consecução da paz social.

SARMENTO (2002: p. 102-103), diz quanto à ponderação de interesses:

⁴ STJ - RMS 17249 - RJ - 6ª T. - Rel. Min. Paulo Medina - DJ 12.6.2006, p. 542

⁵ TRF2ª R. - MS 200402010139188 - 1ª T. - Rel. para acórdão: Des. Fed. Sergio Feltrin Corrêa - DJU 28.9.2005, p. 203

Defronta-se o intérprete com a constatação de que determinada hipótese é de fato tutelada por dois princípios constitucionais, que apontam para soluções divergentes. Neste caso, ele deve, à luz das circunstâncias concretas, impor “compressões” recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.

É certo que o operador do Direito deve pautar-se, nesta tarefa, por parâmetros racionais e controláveis.

Portanto, mesmo que não exista um parâmetro de importância expresso na Constituição da República, entre valores diversos, parece impossível que interpretemos que o direito individual à inviolabilidade da correspondência, por exemplo, possa ser superior ao da manutenção da segurança pública de toda uma localidade, quando numa carta, por exemplo, exista a definição de um plano terrorista de explosão de residências, com a mortandade de uma enormidade de pessoas.

Neste sentido é que, apesar do direito à intimidade ser um direito fundamental do ser humano, previsto no art. 5º, XII da CF, o qual engloba também a dignidade da pessoa, em casos específicos, aplicando o princípio da proporcionalidade, ainda assim pode o Poder Judiciário, a pedido do Ministério Público ou da Polícia, fundamentadamente, decidir pela sua quebra, para fins investigatórios ou processuais, exclusivamente na esfera criminal.

6 Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996 (interceptações telefônicas)

Far-se-á uma breve exposição, artigo por artigo, acerca da Lei das Interceptações (9.296/96), objeto de nosso estudo, com o intuito de dissipar dúvidas e esmiuçar ainda mais o estudo de tal texto legal.

Desde que se promulgou a Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a comunidade jurídica esperava ansiosamente pela regulamentação do dispositivo previsto no art. 5º, inciso XII da Magna Carta. Ocorre que, não se sabe por quais interesses do Congresso Nacional, a legislação disciplinando tal norma constitucional só foi editada 8 anos após a Constituição.

Veja-se que isto é um costume do legislador brasileiro, ou seja, a omissão em legislar (mesmo com a existência do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, remédios que deveriam servir contra a omissão dos Poderes), pois 20 anos depois da promulgação da Constituição de 1988, inúmeros artigos da Carta Magna ainda precisam de algum tipo de regulamentação, de acordo com levantamento realizado pela Câmara dos Deputados. Citando-se como exemplo, temos o direito de greve do servidor público (art. 37, inciso VII da CF).

Não é a toa que o Presidente Lula é recordista em número de Medidas Provisórias editadas, pois, efetivamente, se for aguardar um posicionamento efetivo do Congresso Nacional, o país não consegue andar com suas próprias pernas. Não que se trate aqui de uma defesa das Medidas Provisórias, mas é fato que há necessidade de uma mudança no Poder Legislativo, de forma a imprimir maior celeridade nas votações do Congresso Nacional.

De qualquer sorte, boa ou não, a legislação quanto às interceptações telefônicas existe.

Veja a exposição dos artigos:

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

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

No início do texto legal, a norma jurídica nada mais faz do que repetir o texto constitucional (art. 5º, inciso XII da CF), acerca da interceptação das comunicações telefônicas, contudo, deixa claro que somente será autorizada através de ordem do juiz competente.

Por deveras, é interessante frisar que na interceptação telefônica em sentido estrito, como já preludido no item anterior, a interceptação é um ato de terceiro, ou seja, uma ingerência de outrem, captando-se o que está sendo comunicado por outras duas pessoas.

Não se deve compreender, então, que o art. 5º, inciso XII da CF e a lei 9.296/96 (somente interceptações estrito senso) tratem das gravações clandestinas (gravação feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro) e escutas telefônicas (gravação feita por um terceiro, mas que um dos interlocutores esteja sabendo), mas sim, as duas últimas são protegidas pelo direito à intimidade em geral, conforme art. 5º, X da CF.

Outro fator importante é saber que tal quebra de sigilo só pode ocorrer por meio de *autorização judicial*, ou seja, somente a pessoa investida no cargo de magistrado, aprovado em concurso público de provas e títulos, e, ainda sendo Juiz CRIMINAL é que pode autorizar a interceptação telefônica. Não pode, portanto, um Juiz da Vara Cível determinar a interceptação de alguém, a pedido do Delegado de Polícia ou do Promotor de Justiça, a não ser que esteja escalado no regime de ‘Plantão Judiciário’ de certa Comarca, e que, naquele momento, esteja investido nas funções de Juiz Criminal. Não se admite que a interceptação seja utilizada para fins cíveis, administrativos e comerciais. Apenas se admite na esfera criminal.

As únicas exceções são para o estado de defesa e para o estado de sítio, previstos na Constituição (arts. 136 a 139 da CF).

Ademais, o Juiz deve ser o competente para a ação principal (ação penal), não podendo ser um Juiz de Direito deferindo o pedido relativo a um crime que seja de competência da Justiça Federal, e o mesmo se diga do contrário.

É óbvio que podem ocorrer incidentes em que, no decorrer do procedimento de interceptação ocorram delitos ou pessoas com prerrogativa de foro de competência de outras esferas do Poder Judiciário, contudo, isto deve ser encaminhado imediatamente à autoridade competente, sob pena de nulidade. É o chamado ‘conhecimento fortuito’, em que se deve levar ao conhecimento do Juiz da causa, para fins de deliberação quanto à competência.

Danilo Knijnik (2007, pág. 82-84), afirma:

Nesse diapasão, convém preliminarmente circunscrever o que se entende por ‘conhecimentos fortuitos’. De um lado, têm-se os chamados ‘conhecimentos da investigação’, ou seja, fatos que são objeto da investigação que determinou a medida, cuja causa provável foi fundamentadamente analisada pelo juiz, à luz do art. 2º, inc. I, da Lei n.º 9.296/96, ou seja, à vista dos ‘indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal’, modelos de constatação bastante rarefeito.

Trata-se, em última análise, da categoria processual conhecida por objeto do processo, na sua acepção de situação histórica da vida, amplamente considerada.

A *contrario sensu*, por ‘conhecimento fortuito’, dever-se-á compreender ‘aqueles fatos obtidos mediante uma escuta telefônica validamente efetuada e que não se reportam nem ao crime cuja investigação legitimou a realização daquela, nem a qualquer outro delito (...) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele. Frise-se que o conhecimento fortuito não se confunde com a prova ilícita por derivação. Nesta última, um meio de prova ilegal conduziu a descobertas relevantes; no conhecimento fortuito, um meio de prova legal (autorizado pelo juiz) conduziu a outras descobertas não autorizadas.

Deve-se, neste caso, respeitar o princípio do Juiz natural, ou seja, remeter o feito para o Juiz competente, aquele órgão criado por lei conforme a competência já definida pela Constituição.

Neste íterim, não se pode olvidar que se alguma autoridade com prerrogativa de foro for investigada através de interceptação telefônica, o pedido deverá ser feito para o foro competente. Assim, por exemplo, se um Juiz Federal for investigado, o pedido deve ser feito diretamente ao Tribunal Regional Federal da região em que a autoridade atua, conforme artigo 108, inciso I da CF. Se o pedido for feito para outra autoridade, nula será toda prova colhida, por vício na origem.

O que não deve ocorrer, por consectário, é que o procedimento sigiloso de interceptação se inicie com informações que possam indicar a competência de outro Juiz para a análise do procedimento principal.

Deveras, a lei também autorizou a interceptação das comunicações telefônicas, conceito mais amplo do que as ‘conversações telefônicas’. Então, aí estariam abrangidas as comunicações por ‘fax’, símbolos, caracteres, sinais, escritos transmitidos por meio da telefonia.

No que tange aos dados telefônicos, estes são efetivados pelos cadastros existentes nas Companhias Telefônicas (Brasil Telecom, Vivo, Claro, TIM, Oi etc), bem como os registros das ligações já efetivadas, ou seja, enquanto que a interceptação é a captação de dados atuais, que estão acontecendo, a quebra de dados é algo do passado.

Nesse sentido é a doutrina de Vicente Greco Filho, (GRECCO FILHO: 1996, pág. 7) em que se assevera que a Lei 9.296/96 deve ser aplicada também para a quebra dos registros telefônicos existentes nos concessionários de serviços públicos, e não somente nas comunicações telefônicas convencionais.

b) 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.

A interceptação telefônica nada mais é do que uma medida cautelar preparatória, sendo imprescindível que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Assim, cuidou a lei de vedar eventuais abusos no que tange ao uso irregular ou exagerado das interceptações telefônicas. Neste ínterim, o *fumus boni iuris* se deduz do fato de que deve existir 1) indícios de autoria e 2) indícios da existência de delito, punido com pena de reclusão. Veja-se que é importante que o Juiz não defira pedidos de interceptação com base em meras suspeitas ou conjecturas, mas sim, fundamente sua decisão em bases concretas, sólidas.

E nem se precisa asseverar que a decisão do magistrado que deferir tal pedido de interceptação deva ser fundamentada em indícios concretos, pois isso, além de ser uma exigência da própria Lei 9.296/96, também é evidência do art. 93, inciso IX da Constituição Federal aduzindo que “todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentados todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Assim, por se tratar de medida excessivamente restritiva dos direitos do cidadão, deverá o magistrado fixar os parâmetros com bases concretas, deferindo ou indeferindo o pedido da autoridade policial ou do Ministério Público.

Não se deve pedir interceptação tão somente para ver se está sendo cometido ou delito ou se o delito está sendo cometido por X ou Y. O fato é que a autoridade policial ou o Ministério Público devem ter cognição, ainda que sumária, acerca de tais indícios de autoria e materialidade.

Assim asseverou Luiz Flávio Gomes (GOMES e CERVINI: 1997, pág. 117)

Não existe interceptação de ‘prospecção’, para se descobrir se uma determinada pessoa estaria ou não envolvida em algum possível crime. A interceptação, de outra parte, é pós-delitual. A infração vem antes. Só depois de sua ocorrência torna-se possível a medida cautelar. Não há interceptação “pré-delitual”. Não é preciso inquérito policial já aberto. Bastam notícias fundadas, razoáveis, sobre a infração e sua autoria. A interceptação pode ser o primeiro ato da ‘investigação criminal’, desde que já existam indícios razoáveis de autoria ou participação em uma infração penal.

Neste sentido, mister que o Juiz analise todos os dados colocados pela autoridade

policial ou pelo Ministério Público, no pedido de interceptação a fim de que se verifiquem se os requisitos mínimos da lei (indícios de autoria e materialidade), competência e gravidade do delito, para fins de deferimento da medida gravosa.

No que tange ao *periculum in mora*, este deve ser evidenciado pelo fato de que a medida deve ser urgente, bem como pelo fato de que a autoridade policial não possa chegar à mesma conclusão com outros meios investigativos. Assim, deve analisar o Juiz se seria possível perseguir o mesmo resultado com outros meios da Polícia Judiciária, sem utilizar a medida drástica da interceptação.

Aí é que entra em jogo a necessidade da ponderação de interesses, ou o princípio da proporcionalidade, para fins de que o Juiz verifica-se a indispensabilidade da interceptação telefônica.

Ao Juiz, portanto, é imposto que ele também descreva concretamente a situação objeto da investigação, ou seja, descreva, ainda que sumariamente, o fato que deseja ser investigado. Assim, se se tratar de delito de tráfico de drogas (lei 11.343/2006), isto deve ser revelado no despacho autorizador. Se houver investigação de homicídio (art. 121 do CP), também deve-se chegar a tal conclusão no despacho da autoridade judiciária, sob pena de nulidade.

No que tange ao suposto autor do delito, também deve ser mencionado no despacho do Juiz, pois, se não tiver o nome do suspeito, também não se estará verificando o item I, do artigo 2º, sob pena de existir uma investigação aleatória, de prospecção, sem suspeitos (investigação pré-delitual, e não pós-delitual).

No despacho judicial o magistrado também deve especificar claramente o número da linha telefônica que será interceptada, não podendo deixar ao alvedrio da autoridade policial ou do Ministério Público tal escolha, sob pena de nulidade da decisão.

c) Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
I - da autoridade policial, na investigação criminal;
II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Mais uma vez a lei (até de uma forma repetitiva) determina que somente o Juiz é quem poderá determinar a interceptação telefônica, e, ainda, de maneira prévia, isto é, o magistrado autoriza a interceptação antes dela acontecer, e não posteriormente.

A questão de o Juiz determinar ‘de ofício’ a interceptação é um tanto polêmica, porque acaba por criar a figura do ‘Juiz inquisidor’, nascido na era do Império Romano. Na realidade, em nosso País, em face do sistema acusatório, mister que o Juiz não autorize

interceptações de ofício, mas sim, sempre a pedido do Ministério Público ou da autoridade policial. No sistema acusatório temos a separação entre os órgãos da acusação, defesa, e julgamento, instaurando-se assim um processo de partes. Por outro lado, há liberdade de defesa e igualdade de posição das partes, incluindo-se aí o contraditório e a regra de livre apresentação das provas pelas partes. Em outro viés, deve-se incluir o impulso processual autônomo, ou ativação inicial da causa pelos interessados, e nunca pelo Juiz. Neste ponto, mister salientar que o Juiz não deve, em nenhuma hipótese, sob pena de nulidade do feito, por ferir o sistema acusatório, deferir interceptação telefônica ‘de ofício’.

Ademais, durante o inquérito policial, poderão solicitar a interceptação tanto o Delegado de Polícia (através de representação), como o membro do Ministério Público (através de petição). Na fase da instrução processual penal (até o momento do interrogatório do réu – lei 11.719/2008, a qual alterou o Código de Processo Penal), pode o Ministério Público solicitar a instauração de procedimento de interceptação telefônica.

d) 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.

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

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

O legislador, no artigo 4º, procurou disciplinar a forma de execução da interceptação telefônica, sendo: 1) que o pedido deverá demonstrar que a efetivação será interessante para a apuração da infração penal e 2) que no pedido o Delegado de Polícia deve indicar os meios a serem empregados.

Portanto, o pedido deverá ser formal (escrito) e somente em casos urgentíssimos, deverá ser feito verbalmente ao Juiz.

Na *Gazeta do Povo*⁶, há uma situação em que o Delegado de Polícia Civil do Paraná Cassiano Lourenço Aufiero alegou que pediu verbalmente ao Juiz de Direito da Vara de Inquéritos Policiais (VIP) várias prorrogações de interceptação:

Sobre a falta de fundamentação da maioria dos pedidos de escuta, ao longo da investigação, o delegado explicou que os argumentos eram apresentados verbalmente ao juiz durante reuniões semanais que contava ainda com a presença do representante do Ministério Público. “Essa fundamentação era feita pessoalmente com o juiz com o compromisso de posteriormente, se necessário, apresentar o documento com o indício de envolvimento com a quadrilha”, contou. A intenção, segundo Aufiero, era evitar o vazamento de informações sobre a operação. “É importante ressaltar a seriedade e o trabalho feito em parceria constante com o juiz

⁶ *Gazeta do Povo*, 19 de outubro de 2008, Seção Vida Pública, pág. 2

da Vara de Inquéritos Policiais (VIP)”, salientou o delegado-chefe da Dinarc de Curitiba, Rodrigo Brown de Oliveira.

Para evitar situações constrangedoras como essa, em que parece que os pedidos de interceptação sequer foram fundamentados pela Polícia, e os deferimentos do Juiz também não, mister que o pedido seja feito por escrito e a autorização quanto às interceptações também, em respeito ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, até para que as instâncias superiores do Poder Judiciário possam apreciar eventuais ‘habeas corpus’ ou outras medidas oportunas.

A decisão do Juiz, em face da urgência, em quaisquer dos casos (escrito ou verbal), deve ser elaborada em, no máximo, 24 horas. Tal prazo, obviamente, em face do elevado número de feitos em trâmite nas Varas Criminais, acaba por deveras se estendendo por mais tempo, até semanas.

Um erro da legislação neste artigo, porém, foi que quando o pedido for feito pela autoridade policial, na realidade, antes do Juiz decidir, deveria abrir vistas ao Ministério Público, para este se manifestar, eis que ele é o *dominus littis* da ação penal pública (art. 129, inciso I da CF). Ora, qual o intuito de produzir provas indiciárias? Não é para que o Ministério Público forme sua *opinio delicti*, e posteriormente promova a persecução penal? De que adianta a autoridade policial e o Juiz estarem completamente interessados e informados da formação de provas para eventual condenação de alguém, se o Ministério Público sequer tomou conhecimento do pedido inicial, ou se tomou, foi a destempo? Apesar de tal tema ser tratado no Capítulo 19, verifica-se que no novel projeto de lei n.º 4.047/2008, o qual modificará sensivelmente a Lei 9.296/96, possivelmente haverá determinação para que o Juiz abra vista do pedido da Polícia ao Ministério Público, antes de decidir sobre a interceptação.

Portanto, como o Ministério Público é o fiscal da lei, e, ao mesmo tempo, *dominus littis* da ação penal pública, deve existir uma determinação legal para que, uma vez feito o pedido pela autoridade policial, o magistrado abra imediatamente vista ao Ministério Público, o qual também deveria exarar parecer no prazo exíguo de 24 horas, acerca da legalidade ou não do pedido.

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

Tal determinação de fundamentação das decisões judiciais que decretam as

interceptações telefônicas, nada mais é do que um corolário da proteção à intimidade dos cidadãos, já que a medida é *inaudita altera pars*, ou seja, sem chance de manifestação prévia da parte contrária. Além do mais, decorre de texto constitucional (art. 93, inciso IX da CF).

Neste sentido é que o Juiz deve proceder a um rigoroso exame dos pressupostos fáticos e jurídicos da interceptação, eis que, se assim não o fizer, nula será a decisão, e posteriormente isso será declarado pelo Tribunal competente.

Por fim, cabe asseverar que o legislador fixou o prazo das interceptações em 15 (quinze) dias, podendo ser renovada.

Há divergência doutrinária acerca do período de dilação que o legislador teria permitido (só mais um prazo de 15 dias, ou 15 dias indefinidamente). Mas esse assunto específico será tratado no Capítulo 13.

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

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

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

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

Conforme dicção legal, somente a autoridade policial (Delegado de Polícia) é que poderá conduzir as interceptações telefônicas.

Vicente Greco Filho (2006, pág. 52-53), afirma:

Quem conduz a diligência, dentro dos parâmetros fixados pelo juiz, é a autoridade policial (entenda-se autoridade da polícia judiciária, estadual ou federal, ou autoridade presidente de inquérito policial militar, se se tratar de crime da competência da Justiça Militar), dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

Existem casos excepcionais, é óbvio, em que o Ministério Público poderá conduzir as investigações e as interceptações, através de Procedimento Investigatório Criminal (Resolução n.º 77, de 14.9.2004, do Conselho Superior do Ministério Público Federal - CSMPF e Resolução n.º 13, de 2.10.2006, do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP), tais como crimes que envolvem os próprios policiais militares, civis ou federais, ou crimes em que polícia, em face de pertencer ao Poder Executivo, não tenha liberdade total de atuação. Assim, não existiria lógica e seria irrazoável o fato de admitir que o próprio

Delegado de Polícia investigado pudesse conduzir a interceptação, em sua unidade policial, ou que seus subordinados ou colegas efetivassem o procedimento.

Ademais, o Ministério Público deve zelar pelo cumprimento das leis, e isto ocorre na sua atuação diária e constante em defesa dos direitos sociais, legitimando-o a se fixar como verdadeiro defensor do povo.

Contudo, em regra, a autoridade policial sempre conduzirá as interceptações, dando-se ciência ao órgão do Ministério Público, o qual poderá ou não acompanhar a execução dos atos procedimentais.

Após o prazo determinado (geralmente 15 dias), o Delegado de Polícia faz um resumo das interceptações já ocorridas, das principais falas/conversas dos investigados e assevera o que encontrou de interessante para a continuidade das investigações. Ademais, em cada pedido de prorrogação a autoridade policial deverá encaminhar ao Juiz competente as cópias originais dos áudios gravados, para fins de aferição do conteúdo e a deliberação devida.

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

No que tange aos serviços técnicos que a autoridade policial poderá requisitar, nada mais é do que o serviço cotidiano que as empresas concessionárias devem prestar de auxílio à Polícia Judiciária, para fins de otimização dos serviços.

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

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

O legislador pensou no sigilo das comunicações, e determinou a formação de autos em apartado, os quais deverão ser apensados ao inquérito policial ou à ação penal posteriormente. Isto, na realidade, é uma cautela para evitar ‘vazamentos’ de conversas íntimas dos investigados, e posteriormente colocação na mídia.

Empiricamente o que se nota em cartórios judiciais, é que os procedimentos de interceptação telefônica somente passam pelo Delegado de Polícia, pelo membro do Ministério Público e pelo Juiz. Contudo, para executar as medidas de interceptação, há necessidade de o Juiz nomear um servidor do cartório da Vara Criminal, de extrema confiança, para fins de que cumpra as suas determinações judiciais, tais como intimações do

MP, remessa à Delegacia e expedição de ofícios às empresas de telefonia.

Tal cautela visa efetivamente preservar o sigilo das comunicações telefônicas do investigado, pois, obviamente, acaso existam vazamentos indevidos, o Estado poderá ser compelido a ressarcir os eventuais danos causados às pessoas prejudicadas, conforme prevê o artigo 37, § 6º da CF:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Evidentemente que a responsabilidade do Estado, nesse caso, é objetiva, sendo que o prejudicado não precisa comprovar dolo ou culpa, mas tão somente a existência do dano e o eventual nexo. Portanto, havendo vazamentos indevidos, seja na Polícia, no Ministério Público ou na Justiça, isto acarretará uma correta e devida ação cível indenizatória contra o Estado e possível ação regressiva contra o agente público. Por isso o cuidado do legislador.

Ademais, o apensamento dos autos só ocorrerá quando a autoridade policial apresentar relatório da interceptação (final do procedimento), ou antes da sentença, na fase processual penal.

Portanto, o acusado só poderá, em nosso entender, defender-se amplamente, após esses momentos, ou seja, após as diligências concluídas pela autoridade policial ou Ministério Público, é o que a doutrina chama de contraditório diferido. Não há sentido em se abrir vistas do procedimento ao acusado, antes de acabado o procedimento, sob pena de perda de seu objeto por motivos óbvios, já que se trata de medida cautelar.

i) Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.
Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Nos casos em que a prova é inútil para a prova no inquérito ou no processo penal, seja porque não tem correlação com o fato investigado, seja porque as comunicações foram feitas por terceiros, não investigados, o Juiz poderá determinar a inutilização da gravação. Com isso tutela-se o direito à intimidade, à vida privada e o direito ao sigilo das comunicações telefônicas.

A lei fala nas gravações, e apenas elas devem ser destruídas, sob pena do intérprete estar ampliando o rol de documentos inservíveis, e prejudicando, quiçá, a persecução penal do

Estado. Portanto, conforme se discutiu em item abaixo, não se devem destruir os autos de interceptação, pois estes comprovam a regularidade do próprio procedimento, podendo, no futuro, ser utilizado em benefício do próprio réu.

É interessante frisar que não pode o Juiz agir de ofício, mas sim, sempre a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada (advogado do réu).

Por fim, o ato de destruição deve ser assistido pelo membro do Ministério Público, facultando-se a presença do acusado ou seu advogado. De tal ato deve-se lavrar auto circunstanciado.

j) Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

O crime de interceptação de comunicações telefônicas antigamente era regulado pelo artigo 151, § 1º, II, parte final, do Código Penal, mas tal tipo penal exigia a divulgação, ou a utilização abusiva da conversação, sendo que a atual norma incriminadora é menos rigorosa nesse sentido, pois pede, apenas, a interceptação telefônica, isto é, a coleta, o ato de intervir ou imiscuir-se na conversa telefônica, e não a própria divulgação dos diálogos.

O bem jurídico protegido por tal tipo penal é o sigilo das comunicações, obviamente. Ocupou-se, tão somente, da liberdade de comunicação, pois, o sigilo das comunicações já era uma realidade da própria Constituição, contudo, agora veio o próprio Direito Penal a tutelar tais atos irregulares de interceptação clandestina. Neste prisma, verifica-se que a afronta ao direito da intimidade das comunicações telefônicas pode vir tanto no sentido de devassá-las, como de divulgá-las.

Neste sentido, além da proteção às próprias comunicações telefônicas, ainda se vislumbra que se protegeu o próprio ‘segredo de justiça’. Assim, num primeiro momento frustra a própria obtenção da prova. Em ulterior momento, configura ofensa à liberdade de comunicação alheia. Nesse sentido, somente serão atores de tal crime quem tiver contato direto com o procedimento de interceptação, ou seja, o Juiz, o membro do Ministério Público, o Delegado de Polícia e possíveis outros servidores desses órgãos, bem como das concessionárias de telefonia.

A pena é relativamente alta (de 2 a 4 anos de reclusão, e multa), o quê indica que não é passível de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). Ademais, como provavelmente quem quebrar o sigilo é servidor público, também estará passível da pena de demissão, na forma do art. 92, I, alínea ‘a’ do Código Penal, que diz:

Art. 92. São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública...

Ora, servidor público que quebra o sigilo de interceptação telefônica, certamente agiu com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, merecendo a perda do cargo na sentença penal condenatória.

Outrossim, a lei 8.112/90 (estatuto dos servidores públicos da União), também prevê punição administrativa para servidores federais que divulgarem informações que tenham recebido no exercício do cargo. Diz o art. 116 do Estatuto:

Art. 116. São deveres do servidor:

(...)

II - ser leal às instituições a que servir;

(...)

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

Neste viés, as punições para quem devassar o sigilo dos procedimentos de interceptações telefônicas são muito severas, ainda mais para os servidores públicos, contudo, os legisladores, em face do aumento do número de interceptações ilegais neste País, propuseram diversos projetos de lei para o aumento da pena mínima de tal crime, com o escopo de tentar diminuir a freqüência de tal divulgação de dados íntimos. Ocorre que, se pelo menos fossem efetivamente aplicadas as punições já previstas nas leis transcritas, não existiria tanta impunidade no Brasil e, por consectário, não se necessitaria de novel lei mais gravosa.

7. Das Provas Ilícitas e Ilegítimas

7.1 Conceituação das Provas Ilícitas e Ilegítimas

É imprescindível também que abordemos sobre as provas ilícitas e ilegítimas, diferenciando-as, para que assim tenhamos um projeto completo quanto às consequências de não se seguir a dicção Constitucional e legal.

Veja-se que no direito processual penal, vige o princípio de que somente quando há prejuízo comprovado pela parte, é que o fato causaria nulidade do ato ou procedimento. Tal princípio oriundo da doutrina francesa chama-se *pas de nullité sans grief*, contudo, isto somente se aplica para as nulidades relativas, e não as absolutas. Neste caso, em havendo inclusão de prova ilegal no processo penal, certamente tal ato causará a nulidade do feito, pois o prejuízo é evidente ao réu, não havendo necessidade específica do advogado solicitar a nulidade. O próprio Juiz e o Ministério Público podem fazê-lo.

Corolário do próprio direito à intimidade, verifica-se que a Magna Carta, também em seu artigo 5º, inciso LVI, asseverou que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

MOACYR AMARAL SANTOS (Santos, 1983, pág. 38) conceitua prova como "o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade", defendendo que “se na crença da certeza dos fatos alegados em juízo está a sua prova no sentido subjetivo, nos meios admitidos ou impostos pela lei para chegar-se a essa convicção está a prova no sentido objetivo”.

Veja que se a prova do fato é dirigida à percepção do Juiz, para formar a sua convicção, possibilitando às partes demonstrarem suas razões no processo, propiciando a busca da configuração real dos fatos e facultando ao juiz formar sua convicção sobre a situação posta a apreciação, revelando a possível realidade.

Danilo Knijnik (2007, pág. 11), assevera:

Nesse sentido, no modelo demonstrativo, a prova tem por finalidade reconstruir o fato no processo, para, depois, separadamente, resolver-se a questão de direito. Seu ponto de partida é a autonomia do mundo fático. Supõe viável uma atividade empírica que introduza a verdade nos autos.

A palavra ‘prova’ é oriunda do latim ‘probatio’, tendo significado verificação, ensaio, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e derivando do verbo ‘probare’,

que significa provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar insatisfeito com alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar.

Fernando Capez (CAPEZ: 1997, pág. 223) asseverou, quanto à prova:

Do latim ‘probatio’, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (por exemplo, peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou da veracidade de uma afirmação. Ou seja, as provas visam a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.

Na realidade, a prova tem como principal finalidade, no processo penal, levar o dever do Estado no combate às transgressões à ordem pública, aludidas no diploma penal, para fins de aplicação das sanções cabíveis.

A Constituição Federal, sem levar em consideração as controvérsias e recomendações da doutrina a respeito da utilização de provas obtidas por meios ilícitos, editou regra geral declarando inadmissível as provas ilícitas. A ordem jurídica rechaça a prova obtida de forma ilegal ou ilegítima, elevado ao grau de princípio constitucional a proibição da prova ilícita (artigo 332 do CPC e art. 5º, inciso LVI, da CF), como uma das projeções dos princípios da legalidade e do devido processo legal (*due process of law*).

Assim, a prova ilícita é vedada pela norma constitucional, sendo que daí temos as provas obtidas mediante tortura, com violação do domicílio e das comunicações, não podendo ser utilizadas em processos judiciais.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 11, há clara proteção a tal direito:

Art. 11 – Proteção da honra e da dignidade.

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

É bom lembrar que prova ilícita não é prova ilegítima, ambas são espécies do gênero prova ilegal, sendo que as ilícitas são aquelas obtidas com a infringência de norma de direito material e as ilegítimas com infringência a norma de direito processual.

MIRABETE (1991, p. 218), diz que, em relação às provas ilícitas “pode-se afirmar assim que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual penal, quanto às ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material”.

EDUARDO CAMBI (2006, pág. 65), aduz:

Apesar disso, na temática da prova ilícita, podem-se diferenciar: (i) a natureza da norma violada; (ii) o momento da transgressão e (iii) as suas possíveis conseqüências.

Com base nesses parâmetros, é possível compreender a dicotomia *provas ilícitas - provas ilegítimas*. Provas ilícitas seriam aquelas que violariam normas de direito substancial (v.g., prova roubada ou subtraída com violência) e que a ilicitude ocorre no momento da colheita da prova. Já as provas ilegítimas seriam aquelas que infringiriam normas de direito processual e a transgressão se daria no momento da sua produção no processo (v.g., a quebra do sigilo fiscal sem motivação judicial).

Essa diferenciação ganha relevância quando se apontam as conseqüências das provas ilícitas em relação às provas ilegítimas. Enquanto as primeiras dariam ensejo a um ato ilícito *stricto sensu*, capaz de gerar a responsabilidade referente ao direito substancial violado (v.g., civil, penal, administrativo), as outras serviriam de limite de admissibilidade dos meios de prova.

Neste compasso, para efeito de invalidade da prova e nulidade do feito, não há importância nessa distinção, conforme asseveraram GRINOVER, SCARANCA FERNANDES e GOMES FILHO (2001, p. 113) “ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para ilicitude material”.

Deveras, sendo prova ilegal, não poderá ser utilizada em nenhum processo penal como prova (com a exceção que será definida abaixo), contudo, há divergências sobre a definição do tema, conforme CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA (2001, p. 22) assevera:

Assim, por exemplo, a interceptação telefônica é prova processualmente legítima; porém, se obtida com inobservância da Lei n.º 9.296/96, não poderá ser utilizada, como regra, em um processo penal, por ser obtida através de meio ilícito. Por outro lado, nunca poderá haver a realização da reconstituição de um crime de estupro, que, em tese, seria outro crime contra os costumes, sendo tal prova materialmente ilícita, por violar norma de direito penal, além de imoral, por atentar contra a intimidade da pessoa. Dessa forma, sempre que houver violação de normas de direito constitucional ou penal a prova será ilícita.

Destarte, sendo a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, não poderá ser utilizada no processo.

E o efeito, por óbvio, da prova ilícita, é a invalidação de tal prova e, em conseqüência, do processo. Neste ínterim, se uma sentença condenatória baseou-se numa prova ilícita, mister a invalidação da própria sentença, fulminando a pretensão punitiva. Veja-se, portanto, que a prova ilícita não pode fazer parte do próprio processo, sob pena de gerar a nulidade dele

próprio e destruir a persecução penal.

O remédio adequado para tal violação a direito constitucional é o ‘Habeas Corpus’, previsto no art. 5º, inciso LXVIII da CF, além de outros recursos cabíveis, contudo, como o remédio heróico é o mais célere perante os juízos e tribunais, pois tem precedência sobre outros feitos (art. 664 do Código de Processo Penal), acaba sendo o mais utilizado pelos advogados de defesa, e até mesmo pelos membros do Ministério Público.

7.2 Princípio da Proporcionalidade

Independentemente dessa diferenciação conceitual sobre prova ilícita e ilegítima, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não aceita a prova ilícita fundamentando-se justamente no imperativo do devido processo legal. Entretanto, essa mesma Corte vem atenuando tal vedação com base no princípio da proporcionalidade, aceitando a tese alemã da *Verhältnismässigkeitprinzip*.

GRINOVER, SCARANCE FERNANDES e GOMES FILHO (2001: p. 136) asseveram:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo quais os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

Neste compasso, o princípio da proporcionalidade tem aplicação nos casos em que há conflito entre dois ou mais princípios fundamentais de direito. Caberá ao exegeta, na análise do caso em testilha, afastar um dos princípios, fazendo prevalecer o outro.

Nesse sentido, mesmo ilícita a prova, em caráter excepcional e em casos de extrema gravidade, poderá ser utilizada para convencimento do juiz no processo, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade de o direito tutelado ser mais importante que o direito à intimidade, segredo e liberdade de comunicação.

EDUARDO CAMBI (2006, pág. 73), afirma:

Contudo, admitindo-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, qualquer possibilidade de restrição do alcance do art. 5º, inc. LVI, CF, passa pelo crivo ou pelo filtro do juiz, que é quem autoriza ou não a admissibilidade e a produção da prova. Aliás, não há ilicitude, de natureza substancial ou processual, quando a parte

pede autorização judicial para produzir a prova, porque o comportamento contrário à lei aconteceria somente se, antes da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo juiz, autorizando a atividade probatória, a prova fosse obtida ilicitamente.

Tal princípio vem sendo por deveras utilizado no âmbito criminal. Trata-se da violação do sigilo telefônico e de correspondência de criminosos. Fala-se, também, da excludente de ilicitude conhecida como legítima defesa, pela qual a vítima atua em defesa de seu direito fundamental à liberdade.

Portanto, com base no princípio da proporcionalidade, não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva.

Deve-se obter o equilíbrio adequado entre a liberdade para o exercício do direito à prova e a legalidade, ou legitimidade dos meios empregados para obtê-la, pois a busca da verdade em processo civil ou no penal não pode ser erigida em princípio absoluto, a ponto de anular os outros princípios constitucionais básicos, tal como o de tutela da privacidade, que assegura a toda pessoa humana o direito à intimidade, não só contra governos, mas igualmente contra particulares.

É bom salientar que o princípio da proporcionalidade visa direitos constitucionais de igual importância. Logo, não se pode aceitar que o direito de propriedade deva prevalecer sobre a intimidade e a privacidade do indivíduo.

LÊNIO STRECK (1997, p. 29) afirmou que a “discussão acerca da proporcionalidade deixa claro que somente se justifica a invasão da esfera dos direitos fundamentais do indivíduo para o combate dos crimes que representem ameaça aos valores constitucionais, erigidos como metas pelo Estado Democrático de Direito”.

O réu, portanto, para provar a sua inocência poderá, em tese, utilizar-se de prova ilegal (ilícita ou ilegítima), utilizando-se do princípio do *favor rei*. Assim, se o réu conseguir demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente, obviamente que ela poderá ser utilizada no processo penal, tendo em conta a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual. Neste sentido é que o departamento de processo penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo emitiu a Súmula 50 que diz: “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”.

Essa tese vem sendo aceita pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decidido no HC 74.678-SP, o qual disse:

Habeas corpus. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade.

Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).

Habeas corpus indeferido.

E, por fim, quando a prova ilícita derivar outras, estas também serão contaminadas pela nulidade de sua obtenção. É a teoria dos frutos da árvore envenenada, erigida pela Suprema Corte Americana como *fruits of the poisonous tree*, através do caso *Silverthorn Lumber Co. v United States*, seria contaminar as demais provas oriundas das tidas como ilícitas, desde que não tenham tido fonte própria de obtenção.

EDUARDO CAMBI (2006, pág. 114), afirmou:

A Constituição Federal de 1988 não tomou posição sobre a questão das provas ilícitas por derivação, não adotando expressamente a doutrina norte-americana dos frutos da árvore envenenada. Em face dessa lacuna constitucional, cabe à doutrina e à jurisprudência construir a melhor solução para o problema.

As provas ilícitas por derivação são, em si mesmas, lícitas, apesar de serem obtidas em decorrência de um ato ilícito. Por exemplo, de uma confissão extorquida mediante tortura: o indiciado indica o nome do comparsa que, ouvido sem nenhuma coação (física, psíquica e moral), corrobora aquele depoimento; de uma interceptação telefônica sem autorização judicial: o agente policial presta depoimento para o esclarecimento dos fatos dos quais toma conhecimento mediante a diligência irregular.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que se as provas ilícitas não forem absolutamente determinantes para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivarem de fonte própria, não ficarão contaminadas e poderão ser produzidas em juízo.

Assim é que a Lei 11.690/2008, modificando parcialmente o Código de Processo Penal, asseverou quanto ao tema:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas

puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

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

Então, pela dicção legal, se uma interceptação telefônica ilegal for juntada a um processo criminal de tráfico de drogas (lei 11.343/2006) para fins de acusação do réu, esta não poderá ser admitida no feito (desentranhada), sob pena de nulidade. Contudo, se houver alguma outra prova oriunda de fonte independente, não contaminada pela interceptação clandestina, então esta será admitida para a acusação.

7.3 Da Prova Emprestada

Diz o art. 5º, inciso XII da Constituição Federal:

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;

Inicialmente, portanto, é importante frisar quanto à impossibilidade de se determinar que se investigue, através de interceptações telefônicas, um suposto ilícito civil ou administrativo, contudo, uma vez iniciada a investigação para fins de investigar o delito de corrupção de determinado servidor público, e confirmada a suspeita, poderia a Administração Pública, após instaurada a ação penal, solicitar cópia das transcrições criminais para instrução de procedimento disciplinar, pelos mesmos fatos, a chamada prova emprestada?

Nelson Nery Júnior (NELSON NERY : 1996, pág. 159/160), assegura ser possível “ao Juízo Cível valer-se da chamada prova emprestada da ação penal, desde que a parte contra quem se vai produzir a prova obtida através de escuta, seja a mesma em ambas as esferas e se observe o princípio do contraditório, em respeito à unidade da jurisdição”.

O Supremo Tribunal Federal⁷ decidiu recentemente nesse sentido, em processo que envolveu Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito

⁷ STF - Inq-QO-QO 2424 - RJ - T. Plen. - Rel. Min. Cezar Peluso - DJ 24.8.2007

policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.

O Superior Tribunal de Justiça⁸ também decidiu em tal sentido:

CRIMINAL. HC. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. NULIDADE DO PROCESSO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA REPUTADA ILÍCITA EM PROCESSO ANTERIOR PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL. CONDENAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. REGULARIDADE FORMAL DA MEDIDA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA PELO JUÍZO ESTADUAL. NÃO-INVALIDAÇÃO DA PROVA COLHIDA. PROVA EMPRESTADA. OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. PROVAS POSTERIORMENTE OBTIDAS. ILEGALIDADE. INVIÁVEL APRECIACÃO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese em que a denúncia se baseou em peças informativas provenientes de transcrições captadas em escutas telefônicas, integrantes de processo criminal da Justiça Estadual, no qual referidas provas foram consideradas ilícitas. II. Condenação com base em farto conteúdo probatório dos autos, incluídas as interceptações telefônicas. III. Medida realizada, em princípio, nos moldes determinados na Lei 9.296/96. IV. Eventual declinação de competência que não tem o condão de invalidar a prova até então colhida. Precedentes. V. Independentemente de se tratar de utilização de prova emprestada, as mesmas foram reputadas legítimas na presente ação penal, adicionado ao fato de que outros elementos de convicção foram utilizados para a formação do juízo condenatório, afastando a alegação de nulidade. Precedentes. VI. Inviabilidade de análise da ilegalidade das demais provas, em função do que foi produzido e a sua relação com a denúncia e com a condenação, em face do incabível exame do conjunto fático probatório que se faria necessário, inviável na via eleita. VII. Ordem denegada.

Carla Heidrich Antunes⁹ aduziu, quanto à prova emprestada:

⁸ STJ - HC 66.873 - SP - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJ 29.6.2007

Assim, se nos dois processos (criminal e cível), as partes forem as mesmas, embora ocupem posições diversas (pólos ativos e passivos), sendo a prova da escuta telefônica autorizada judicialmente, se a prova foi sabatinada pelas mesmas partes e assim observados o contraditório e ampla defesa e, ainda, se a Constituição só não acolhe a prova obtida por meio ilícito, é razoável e, portanto, possível que no processo cível se possa utilizar, validamente, uma escuta telefônica ou outra prova que lícitamente foi obtida primeiramente no procedimento criminal.

Neste ínterim, se nos dois processos (criminal e civil), as partes forem as mesmas; se a prova da escuta telefônica ou outra qualquer foi devidamente autorizada primeiramente no procedimento criminal; se a prova foi questionada pelas mesmas partes e assim observados o contraditório e ampla defesa; se a Carta Magna só não aceita a prova que é obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI), é totalmente razoável que no processo cível se possa utilizar, validamente, uma escuta telefônica ou outra prova que lícitamente foi obtida primeiramente no procedimento criminal. Obviamente que o Juiz deverá tomar o cuidado para que o processo penal torne-se, de maneira oblíqua, uma forma para que alguém consiga provas para utilizar-se no juízo cível. Se isto acontecer, deve-se impedir a utilização da prova emprestada.

⁹ “*Prova Emprestada: Algumas Considerações*”. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 5, p. 36

8 Possibilidade de destruição dos autos

Analisemos a situação fática de que após o deferimento judicial e a interceptação ter sido produzida por algum tempo, talvez até anos, eventualmente não se chegue à definição correta do delito e de seus autores, não sendo o caso de utilizar aquela prova no processo judicial do investigado. Então, poderia o magistrado determinar a destruição dos próprios autos, e não somente dos áudios que porventura tenham sido captados do investigado?

A Lei 9.296/96, em seu artigo 9º, diz o seguinte: “a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”.

Pelo que se constata da dicção legal, somente a **gravação** que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, e não os próprios autos de interceptação.

Suponha-se que em autos de procedimento de interceptação telefônica, com vistas a apurar o cometimento de crime de tráfico transnacional de armas, perpetrados por supostas quadrilhas de traficantes baseadas em região fronteiriça com o Paraguai, especializadas em remessas de armamentos e munições que atravessam a fronteira por várias cidades brasileiras, com destino aos grandes centros (São Paulo e Rio de Janeiro), o Ministério Público Federal, após solicitação do Delegado de Polícia Federal, tenha pleiteado o encerramento do expediente, em face de que não se chegou ao autor de nenhum dos delitos.

Com fulcro em interpretação literal e irrestrita do artigo de tal lei, resta claro que o que pode ser inutilizado durante o inquérito, a instrução processual ou após esta é a **gravação** efetuada por meio de interceptação telefônica a qual não interesse à prova a ser produzida, e apenas a gravação (mídia). De modo algum pode-se interpretar que o art. 9º da Lei nº 9296/96 com o escopo de permitir a destruição dos próprios autos.

Não há na lei qualquer menção à destruição dos próprios autos nos quais se processaram os requerimentos de interceptação telefônica elaborados pela autoridade policial.

De outro giro, a esdrúxula possibilidade de destruição dos autos criminais não encontra respaldo na Lei nº 9296/96 e nem na regulamentação interna da própria Justiça Federal, eis que, consoante a Resolução n.º 359/2004 do Conselho de Justiça Federal - CJF, em seu art. 2º, “*in verbis*”:

Determinar que são de guarda permanente as ações criminais, as ações coletivas, as ações condenatórias sem execução e as inominadas que versem sobre Direito Ambiental, desapropriações, privatizações, direitos indígenas, direitos humanos, tratados internacionais, e as que constituírem precedentes de súmulas.

Os autos de ações criminais, isto é, todos os autos que envolvam o processo penal e o direito penal, quer ações penais, representações criminais, cautelares, são de **guarda permanente** – devem permanecer arquivados indefinidamente e não podem ser destruídos, em decorrência, obviamente, da natureza dos direitos e interesses envolvidos nessas ações criminais, tutelados pelo direito à liberdade.

A Resolução nº. **89/2007** do Conselho de Justiça Federal, que trata especificamente do tratamento dispensado aos processos e investigações sigilosas ou que tramitam em segredo de justiça, não dispõe de forma especial em relação à destruição desse tipo de processo findo, o que leva à conclusão óbvia de que se aplicam os regramentos da Resolução n.º 359/2004.

Assim sendo, não há qualquer embasamento jurídico que lastreie uma decisão judicial de destruição dos próprios autos, ainda mais quando a Lei nº. 9296/96 determina que o que pode ser inutilizado são as **gravações** que não interessem às provas e o regramento interno da Justiça Federal, através da Resolução nº 359/2004 do Conselho de Justiça Federal, determina que as ações criminais sejam de guarda permanente.

Ainda que se entendesse que poderiam ser destruídos os autos de interceptação telefônica, ainda assim deveria ser seguido subsidiariamente o regramento estabelecido para os processos cíveis, conforme dispõe o artigo 1215 do Código de Processo Civil:

Art. 1.215 - Os autos poderão ser eliminados por incineração, destruição mecânica ou por outro meio adequado, findo o prazo de 5 (cinco) anos, contado da data do arquivamento, publicando-se previamente no órgão oficial e em jornal local, onde houver, aviso aos interessados, com o prazo de 30 (trinta) dias.(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

Então, ainda que se tivesse como possível a destruição de autos de interceptação, somente após 5 (cinco) anos contados do arquivamento do pedido de interceptação, é que se poderia cogitar em eventual destruição dos autos.

Veja, ademais, que tais autos devem permanecer no Arquivo Geral da Justiça Federal, pois contém informações importantes que poderão subsidiar eventual investigação futura da Polícia Federal, bem como ações penais pelo Ministério Público Federal, e não faz o menor sentido, ou seja, é irrazoável que tais informações sejam imediatamente destruídas, sob pena de perda eterna do feito.

A manutenção do feito no Arquivo Geral da Justiça, permite que os órgãos correicionais tenham conhecimento daquela interceptação, para verificar se tudo efetivamente obedeceu ao regramento legal.

Por fim, pode-se revelar, de algum modo, que naqueles autos se sobressaia eventual

prova favorável ao próprio réu, em outro feito, o quê poderia indicar a necessidade de levantamento do processo de interceptação, dentro do prazo de 5 (cinco) anos, para comprovação de inocência de eventual investigado.

Outrossim, a Resolução n.º 59 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, de 9 de setembro de 2008, que disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, que trata de maneira tão pormenorizada todos os expedientes relativos à procedimentos de interceptação telefônica, detalhando até mesmo o transporte das informações sigilosas contidas nos autos de interceptação, sequer faz menção à possibilidade de destruição total dos autos, de ofício, pelo magistrado, chega-se à conclusão de que tal procedimento não é sequer admitido.

Referida Resolução disciplina, também, a intervenção, atuação e controle constante por parte das Corregedorias-Gerais e Corregedoria Nacional de Justiça em procedimentos de interceptação, portanto, a destruição completa e definitiva de autos dessa natureza, é expediente que impediria essa atuação, pois não deixaria vestígios das provas colhidas em seu desenrolar, para fins de fiscalização de sua legalidade.

Neste sentido é que se deve manter o feito de interceptação telefônica no Arquivo da Justiça (Estadual ou Federal), por pelo menos 5 (cinco) anos, destruindo-se apenas a mídia (gravação – áudio) no incidente respectivo, conforme previsão legal.

9 Impossibilidade do início da interceptação telefônica via ‘denúncia anônima’

Um questionamento que se deve fazer é: poderia uma ‘denúncia anônima’ dar início a um pedido do Delegado de Polícia, para se fazer uma interceptação telefônica no telefone de algum suspeito de crime? A resposta há de ser negativa, ante a impossibilidade de preenchimento dos requisitos mínimos para a instauração do procedimento respectivo.

É que uma vez respaldado o procedimento em “denúncia anônima”, em completa violação à ordem jurídica constitucional e aos direitos humanos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, não deve sequer instaurá-lo.

A Constituição Federal veda o anonimato, conforme se depreende do art. 5º, IV da CF: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

A Carta Magna identifica ainda como direito fundamental de primeira geração/dimensão o direito de ter ciência daquele que lhe imputa ato gravoso, tanto na ordem civil como na seara penal.

O Estado brasileiro, com a Constituição de 1988, passou a consagrar o Estado Democrático de Direito, sujeitando todos os cidadãos e as autoridades públicas a limites legais e principiológicos, de modo a impedir que a condição humana seja aviltada e qualificada como um meio e não um fim em si mesma, conforme pensamentos de Emmanuel Kant.

Considerando que a dignidade é um atributo inerente à pessoa humana, independentemente de qualquer circunstância cultural, social, política, sendo enaltecida como valor constitucional supremo e núcleo axiológico, em torno do qual gravitam os direitos fundamentais, ferir a vedação ao anonimato, estar-se-á ofendendo a própria dignidade humana do eventual suspeito.

Essa abordagem introdutória tem o condão de evidenciar a relevância de se observar um direito fundamental, sem o olhar sobre quem seja seu titular, mas sobre quem deve respeitar tais direitos e o Estado é o principal destinatário.

É cediço que toda investigação envolve certo grau de incerteza e de abrangência incompatível com uma delimitação rigorosa de pessoas e fatos. No entanto, essa incerteza não se confunde com discricionariedade – juízo de conveniência e oportunidade -, arbitrariedades e mitigação de direitos fundamentais.

O Ministério Público brasileiro, atribuído da função de zelar pelos direitos dos cidadãos, de velar pela inexistência de ilegalidades ou abusos em quaisquer dos poderes constituídos e, na função precípua, de defender a SOCIEDADE no seu desenvolvimento digno (arts. 127 a 129 da CF), jamais poderia permitir que uma ‘notícia anônima’ de crime, desprovida de quaisquer provas contundentes, ensejasse a abertura de um procedimento administrativo ou de uma ação penal contra qualquer pessoa humana.

O Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal tem acolhido a tese de que a delação de autoria desconhecida, quando desprovida de um mínimo de provas, não é instrumento dotado de juridicidade para abertura de investigação, pois se constitui num desvalor em face do próprio ordenamento jurídico que o repudia.

Fundado nesse desvalor é que o STF apenas admite que o Estado confira alguma eficácia à “denúncia anônima”, se ela revelar algum indício concreto dos fatos por ela mesma veiculados, situação na qual não poderia o aparelho estatal ignorar completamente a referida *notitia*.

Este foi o entendimento do STF, conforme se extrai do Informativo n. 475, cuja ementa assim dispõe, a partir do julgado no HC 84827/TO. Rel. Min. Marco Aurélio (data 7.8.2007):

Em conclusão de julgamento, a Turma, em votação majoritária, deferiu habeas corpus para trancar, por falta de justa causa, notícia-crime, instaurada no STJ com base unicamente em denúncia anônima, por requisição do Ministério Público Federal, contra juiz estadual e dois desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, pela suposta prática do delito de tráfico de influência (CP, art. 332) — v. Informativos 376 e 385. Entendeu-se que a instauração de procedimento criminal originada apenas em documento apócrifo seria contrária à ordem jurídica constitucional, que veda expressamente o anonimato. Salientando-se a necessidade de se preservar a dignidade da pessoa humana, afirmou-se que o acolhimento da delação anônima permitiria a prática do denunciamento inescrupuloso, voltado a prejudicar desafetos, impossibilitando eventual indenização por danos morais ou materiais, o que ofenderia os princípios consagrados nos incisos V e X do art. 5º da CF. Ressaltou-se, ainda, a existência da Resolução 290/2004, que criou a Ouvidoria do STF, cujo inciso II do art. 4º impede o recebimento de reclamações, críticas ou denúncias anônimas. O Min. Sepúlveda Pertence, com ressalvas no tocante à tese de imprestabilidade abstrata de toda e qualquer notícia-crime anônima, asseverou que, no caso, os vícios da inicial seriam de duas ordens: a vagueza da própria notícia anônima e a ausência de base empírica mínima. Vencido o Min. Carlos Britto, que indeferia o writ por considerar que a requisição assentara-se não somente no documento apócrifo, mas, também, em outros elementos para chegar à conclusão no sentido da necessidade de melhor esclarecimento dos fatos.

Observe-se, a respeito do tema e na mesma linha, acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

(...) O ordenamento jurídico brasileiro, inquestionavelmente, requer – e é bom que

assim requeira – que também o processo preliminar – preparatório da ação penal – inicie-se sem mácula.

3. Se as investigações preliminares foram iniciadas a partir de correspondência anônima, as aqui feitas tiveram início, então, repletas de nódoas, melhor dizendo, nasceram mortas ou, tendo vindo à luz com sinais de vida, logo morreram.

4. Cabe ao Ministério Público, entre outras funções, a defesa da ordem jurídica, ordem que, entre nós, repele o anonimato (Constituição, art. 5º, IV). (...) ¹⁰

Nesse sentido também já se manifestou o TRF da 1ª Região:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DENÚNCIA ANÔNIMA DE CRIME. BUSCA E APREENSÃO.

1. Admite-se o manuseio do habeas corpus para desconstituir determinação ilegal de interceptação telefônica, por isso que a medida, mesmo não atentando diretamente contra o direito de locomoção do paciente, tem aptidão para, nos seus desdobramentos, repercutir restritivamente nesse direito.

2. É ilegal a ordem judicial indevidamente fundamentada de interceptação telefônica, fundada apenas em generalidades e deduções oriundas de denúncia anônima, sem dimensão fática e objetiva em relação à pessoa do paciente, em franca ofensa ao princípio da razoabilidade.

3. Já tendo sido realizada a busca, com apreensão de objetos e documentos, até mesmo fora da linha de atuação autorizada na determinação, o habeas corpus, como procedimento célere e documental, não se mostra adequado para sua revisão.

4. Concessão parcial da ordem de habeas corpus. ¹¹

Tratando da delação anônima, GARCIA e ALVES (2004: p. 518) assim discorrem:

Não se tem a menor dúvida de que a exigência legal de identificação do representante busca preservar não só a administração da inauguração de investigações destituídas de um mínimo de razoabilidade, despendendo seus recursos e energias em verdadeiras aventuras, como também os próprios agentes públicos que possam ser atingidos por elas, cuja honorabilidade merece tutela, inclusive em vista do que estabelece o art. 5º, X, da Constituição Federal. Por outro lado, a exigência legal visa à construção de uma cidadania participativa responsável, evitando-se a institucionalização de nefandos e vazios “denuncismos” na órbita da administração pública.

A vedação constitucional do anonimato relativamente à liberdade de expressão também vai repousar, *mutatis mutandis*, nos mesmos fundamentos supra, buscando o legislador originário compatibilizar a livre expressão do pensamento humano, liberdade primária, ao respeito à dignidade humana, resguardando a responsabilização civil e penal do autor da ofensa à honra alheia.

Citando José Afonso da Silva, os mesmos autores (1990: p. 217) concluem que:

A liberdade de manifestação do pensamento tem seus ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição veda o anonimato.

O Superior Tribunal de Justiça, ao rejeitar, por unanimidade, notícia-crime do

¹⁰Ac. Origem: STJ Superior Tribunal de Justiça Classe: QONC – Questão de Ordem na Notícia-Crime–280, Processo: 200200668790 UF: TO Órgão Julgador: Corte Especial Data da decisão: 18/08/04 Documento: STJ000636393 Fonte DJ data: 05/09/05 p.:194 Relator(a) Nilson Naves

¹¹ (HC 2002.01.00.028710-6/MT. Des. Federal Olindo Menezes. 3ª T. TRF 1ª Região. Publicação 25/10/2002 DJ p. 91).

Ministério Público Federal para instauração de inquérito policial com base em delação anônima contra o desembargador Etério Ramos Galvão (TJPE), o ministro Peçanha Martins apresentou a seguinte observação: “Não estamos em Veneza, nos tempos da Inquisição. Nos termos da CF/88, é vedado o anonimato”.

Permitir uma investigação pautada, única e exclusivamente, em ‘delação anônima’, sem maiores dados convincentes, põe em risco a própria integridade do Estado de Direito e do sistema de direitos fundamentais, a ponto de iniciar uma devassa indevida na intimidade, na privacidade, sem falar no abalo à imagem, à moral do suspeito, de sua família e o desgaste de tempo e energia em se defender de algo totalmente infundado.

Ademais, impossibilita uma defesa efetiva, mediante insurgência criminal e cível (indenizatória) contra o responsável pelas falsas, absurdas e ofensivas alegações contidas no corpo de eventual documento apócrifo, em transgressão ao art. 5º (incisos V e X) da CF/88. O que mais uma vez respalda a necessidade de não sequer se iniciar procedimento investigatório, arquivando-o de plano, sob pena do próprio órgão do Ministério Público e do Poder Judiciário estar ratificando a violação berrante a direito e garantia fundamental constitucional de vedação ao anonimato.

De outro viés, o STF, em sede de Mandado de Segurança, julgou pelo meio difuso a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei 8.443/92, que garantia o sigilo da pessoa do denunciante em face do denunciado, repudiando as malsinadas ‘denúncias anônimas’:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DENÚNCIA. ANONIMATO. LEI 8.443, DE 1992. LEI 8.112/90, ART. 144. C.F., ART. 5º, V, X, XXXIII E XXXV.

I – A Lei 8.443, de 1992, estabelece que qualquer cidadão, partido político ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU. A apuração será em caráter sigiloso, até decisão definitiva sobre a matéria. Decidindo, o Tribunal manterá ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia (§ 1º do art. 55). Estabeleceu o TCU, então, no seu Regimento Interno, que, quanto à autoria da denúncia, será mantido o sigilo: inconstitucionalidade diante do disposto no art. 5º, incisos V, X, XXXIII e XXXV, da Constituição Federal.

III – Mandado de Segurança deferido.¹²

No caso em questão, apesar da denúncia não ser anônima em relação ao Tribunal de Contas da União, era tida como anônima, relativamente ao denunciado, pois não poderia adotar contra aquele que causou gravame à sua imagem, as providências que a Constituição autoriza.

Em referido Mandado de Segurança, o Min. Carlos Velloso trouxe à lume os

¹² MS 24.405-4 Distrito Federal. DJ. 23.4.2004. Tribunal Pleno

ensinamentos de BASTOS e MARTINS (1989: p. 43-44) sobre a matéria:

Proíbe-se o anonimato. Com efeito esta é a forma mais torpe e vil de emitir-se o pensamento.

A pessoa que o exprime não o assume. Isto releva terrível vício moral consistente na falta de coragem. Mas este fenômeno é ainda mais grave. Estimula as opiniões fúteis, as meras assacadilhas, sem que o colhido por estas maldades tenha possibilidade de insurgir-se contra o seu autor, inclusive demonstrando a baixa moral e a falta de autoridade de quem emitiu estes atos.

Foi feliz, portanto, o Texto Constitucional ao coibir a expressão do pensamento anônimo.

Ora, se a Excelsa Corte já decidiu ser inconstitucional a proteção que a lei proporcionou ao denunciante, em claro detrimento do direito do denunciado de conhecer quem lhe imputou as irregularidades administrativas, certamente, vedaria a instauração da máquina estatal para apurar supostos crimes a partir de ‘notícia anônima’.

Neste prisma, verifica-se que a legislação que disciplina o direito de petição na esfera administrativa impõe às representações a prévia identificação dos requerentes (art. 14, § 1º, da Lei nº 8.429/92; art. 144 da Lei nº 8.112/90; art. 6º, II, da Lei nº 9.784/99), exigência, esta, não observada neste caso concreto.

Assim discorre o art. 144 da Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União):

As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

O Min. Carlos Velloso, no MS 24.405/DF, cuja ementa foi acima descrita, fez algumas ponderações sobre a redação do art. 144, em seu voto:

A razão da lei é esta: evitar, justamente, o denunciismo irresponsável. Aquele que, irresponsavelmente, formula denúncia contra alguém, deve responsabilizar-se pelo seu ato, respondendo, na Justiça, pelos danos causados à honra subjetiva e objetiva do denunciado. O Procurador Antônio Carlos Alencar Carvalho, em trabalho sobre o tema – ‘A Instauração de Processo Disciplinar Administrativo por Denúncia Anônima, em JAM – Jurídica – Administração Municipal’, setembro/2001 – escreve: ‘o preceito do art. 144 da Lei 8.112/90 tem o escopo de preservar a dignidade do cargo público e constitui um direito subjetivo dos servidores contra denúncias vazias, infundadas, perseguições políticas, agressões à honra perpetradas por desafetos ou por pessoas de má-fé, de modo a evitar que, sob o manto do anonimato, terceiros irresponsáveis venham a vilipendiar a imagem e a distinção de cidadãos que zelam e servem à coisa pública. (...) Sem regras, indivíduos inescrupulosos empregariam, anônima e impunemente, todo tipo de difamação e calúnia, sem ao menos a oportunidade de defesa para os ofendidos, que sofreriam o constrangimento da instauração de sindicâncias e processos administrativos disciplinares, procedimentos cujo conteúdo termina por se refletir publicamente, no âmbito repartição pública, com irreparável gravame ao funcionário ilegalmente acusado’.

Deste modo, sendo um método invasivo da intimidade do cidadão, não se pode permitir que uma ‘denúncia anônima’ inicie um procedimento investigatório tendente a interceptar números telefônicos de eventual suspeito. Isso é claramente inconstitucional.

De outro viés, em certas circunstâncias excepcionais, há necessidade de se permitir algum tipo investigação da Polícia Judiciária, no que tange às ‘denúncias anônimas’ dos telefones da Polícias 181 e 190 (disque denúncia). Tais serviços são colocados à disposição da comunidade para auxiliar o trabalho da Polícia, com o escopo de saber onde estão escondidos eventuais criminosos, onde estão localizados cativeiros de pessoas seqüestradas, além de auxiliar muito na localização das famosas ‘bocas de fumo’, ou seja, cooperam no combate ao crime organizado, de maneira anônima, em face do receio que tais pessoas têm de eventuais retaliações dos bandidos.

Inclusive, criou-se um site www.disquedenuncia.org.br, o qual possui em sua tela principal o seguinte lema:

Nossa missão é trabalhar pela sua segurança, pela segurança de sua família e de sua comunidade. O que fazemos é mobilizar a população a ajudar as autoridades a combater o crime, a violência e a impunidade.

Nós somos o elo entre você e as autoridades. Somos o instrumento utilizado pelo povo para fazer valer seu direito à segurança e à paz.

Você não pode ficar 24 horas alerta ao perigo. Nem precisa. Nossa missão é fazer isso para você. Nós ouvimos a sua denúncia, nós ouvimos a sua voz. Sem precisar saber quem você é. Apenas contamos com sua vontade de ajudar.

A satisfação de nosso trabalho é saber que, por trás do resultado atribuído ao nosso serviço, exista uma operação policial de sucesso.

Portanto, dentro de um parâmetro de razoabilidade, é possível que a Polícia inicie um trabalho investigatório preliminar, com a feitura de campanas, rondas, relatórios de missão policial, infiltração de agentes na comunidade, para fins de confirmar a veracidade da eventual ‘denúncia anônima’ efetivada pelo disque denúncia. Contudo, não se pode, obviamente, iniciar uma interceptação telefônica, um inquérito policial e muito menos uma ação penal através de ‘denúncia anônima’, pois infringiria direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Neste sentido é que o Superior Tribunal de Justiça, no HC 44.649/SP, em 8.10.2007, Relatora Ministra LAURITA VAZ, asseverou:

Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o

inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedente do STJ.

Em 2008, a Ministra convocada do STJ, Jane Silva, também foi relatora de outro ‘Habeas Corpus’ (HC 97212 / PE), em que se decidiu da mesma maneira:

HABEAS CORPUS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – CORRUPÇÃO PASSIVA – INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO E QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO COM BASE EM DENÚNCIAS ANÔNIMAS – POSSIBILIDADE – WRIT DENEGADO.

1- Para determinação da quebra de sigilo telefônico, há exigências de que existam indícios de autoria, não havendo, por outro lado, impedimento de que o inquérito policial tenha se iniciado após denúncias anônimas.

2- Writ denegado.

Então, existe a possibilidade de, em determinado caso concreto e excepcional, mediante a aplicação do preceito da proporcionalidade, a própria ‘notitia anônima’ de crime ser considerada como indício suficiente para iniciar a investigação contra algum suspeito, contudo, deve a autoridade policial redobrar os cuidados nas respectivas diligências a serem efetivadas com extrema cautela.

O Tribunal de Justiça de Rondônia¹³ decidiu acerca de tal tema:

Tráfico ilícito de entorpecente. Cerceamento de defesa. Alegações finais. Testemunhas. Oitiva. Indeferimento. O indeferimento de oitiva de testemunhas requerida em alegações finais não representa cerceamento de defesa, ainda mais quando inexistente a necessária identificação. Tráfico ilícito de drogas. Flagrante. Armação. Denúncia anônima. Autoria. Indícios. A denúncia anônima, aliada à apreensão de cocaína em quartos de hotel e testemunho de policiais representam prova suficiente da autoria do crime de tráfico de drogas, mormente quando não houve demonstração da alegada "armação" do flagrante.

Nesta linha de entendimento, chega-se ao silogismo que a necessidade premente em nosso país é de uma melhoria nas estruturas das polícias, tanto no que se refere ao material humano, quanto estrutural, pois depende-se, às vezes, única e exclusivamente de ‘denúncias anônimas’ para se chegar a algum criminoso, demonstrando hialinamente o despreparo dos policiais no que tange às investigações de polícia judiciária.

¹³ TJRO - ACr 100.003.2007.000811-3 - Rel. Desemb. Rowilson Teixeira - DJ 11.4.2008

10 Flagrante delito com base em interceptação telefônica ilegal

Discorreremos agora sobre a higidez e a possibilidade constitucional do flagrante delito oriundo de interceptação telefônica ilegal.

Suponhamos que um traficante de drogas esteja sendo interceptado por alguns agentes de polícia civil ou federal, ilegalmente, sem autorização do Juiz competente.

Ocorre que em dado momento, os policiais ouvem uma conversa de tal investigado, em que ele afirma que em tal horário e local passará com um caminhão carregado com drogas. Aí, a Polícia, sabedora de tal situação, acaba por esperar o investigado na rodovia e, sem comentar quanto à interceptação telefônica ilegal, faz o flagrante pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006), encaminhando o flagrante para o Juiz competente. Pergunta-se. Esse flagrante é válido?

Em nosso entendimento não, pois é derivado de uma prova ilícita, arranhando vários princípios e garantias constitucionais, principalmente o princípio do devido processo legal.

A doutrina e a jurisprudência dominantes não aceitam tal prova, em face da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), devendo ela ser retirada do feito.

Luiz Francisco Torquato Avolio (1995, p. 66-67) reflete sobre o tema:

Não resta dúvida, como afirmou Ada Grinover, que a Constituição deixou em aberto a questão da admissibilidade das provas ilícitas por derivação. Mas se nos afigura primordiais, como parecer a Trocker, perquirir a ratio das normas violadas pelo comportamento contrário à Constituição. Desta forma, efetuando o mesmo raciocínio utilizado pelo autor peninsular, se aprova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação, e, portanto, igualmente inadmissível no processo.

Além dos policiais responsáveis pelo flagrante responderem pelo crime de violação das comunicações telefônicas (art. 10 da Lei 9.296/96), também poderão ser denunciados pelo crime de falso testemunho qualificado (art. 342, § 2º do Código Penal):

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o

ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Vislumbra-se, portanto, que o policial, ao ser inquirido quanto à prisão, se mentir ao Juiz quanto à origem da prisão, poderá também responder pelo crime de falso testemunho (art. 342, § 2º do CP), além das sanções cíveis e administrativas cabíveis, por ser desleal à instituição que serve, bem como iludir o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Tal fato também acontece quando policiais, mesmo em decorrência de interceptações tidas como legais, efetuam inúmeras prisões, mas acabam por asseverar que o flagrante se deu em virtude de ‘denúncia anônima’, para não ‘frustrar’ a futura operação da polícia. Ora, se o policial sabe que a prisão está sendo efetuada por meio de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, este agente público deve mencionar tal fato por ocasião do flagrante, para fins de não incidir no crime de falso testemunho.

É que ao réu é assegurada à ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV da CF) e, por óbvio, este tem o direito, a saber, portanto, o motivo pelo qual está sendo preso.

11 Lei 9.034/95 (crime organizado)

A criminalidade avança concomitantemente ao progresso da sociedade e ao aumento de renda dos brasileiros, pois utiliza-se de todos os recursos financeiros, tecnológicos e organizacionais disponíveis atualmente para fins de cometer delitos. Para viabilizar a sua repressão, foi necessário criar institutos e procedimentos investigativos adequados a essa evolução. Neste ínterim, além das interceptações telefônicas, deve a autoridade policial, o Ministério Público e o Poder Judiciário se utilizarem de outros recursos disponíveis para fazer frente ao aumento vertiginoso da violência nos grandes centros urbanos, e que avança também para as pequenas cidades.

Com o intuito de prevenir e coibir as ações das coletividades criminosas da sociedade contemporânea, o legislador pátrio inseriu em nosso ordenamento jurídico a Lei 9.034/95, alterada seis anos depois pela Lei 10.217/01, que traz os principais meios operacionais para este intento, tais como a colaboração processual, a infiltração de agentes, a ação controlada, a interceptação de comunicações e a interceptação ambiental, o acesso a dados, pela quebra de sigilos fiscal e bancário, entre outros.

O artigo 1º da Lei 9.034/95, com redação determinada pela Lei 10.217/01 dispõe sobre o âmbito de aplicação da norma.

Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Na sua origem, a Lei 9.034/95, em seu artigo 1º, fazia menção apenas às expressões quadrilha ou bando. Com o advento da Lei 10.217/01, foram acrescidas as terminologias de “organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.

Assim, com a alteração do dispositivo e a introdução da expressão “associações criminosas de qualquer tipo”, a Lei passou a ser aplicada a qualquer grupo estruturado e composto a partir de quatro ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando com o propósito de cometer um ou mais crimes.

No que tange a questões jurídicas, a Lei exige autorização judicial, que contemple os instrumentos de proteção cabíveis, os contatos, os meios a serem empregados e os direitos fundamentais a serem violados. A decretação do sigilo, portanto, é imprescindível para a eficiência desse instituto.

Todos os Estados Democráticos de Direito contemplam a viabilização da justiça criminal como causa legítima para justificar a vulneração de direitos fundamentais. O que caracteriza o estado de Direito é o fato de submeter tal possibilidade a um critério de excepcionalidade extrema, bem como de possuir máximo controle quanto à execução.

11.1 Da Infiltração de Agente

A referida legislação prevê de forma sucinta a figura do agente infiltrado, que consiste na inserção de um agente do Estado no seio de uma coletividade criminosa, agindo dissimuladamente como parte integrante desta visando obter informações e provas que resultem no seu desmantelamento.

A nova Lei previu ainda a necessidade de autorização judicial para a realização desse tipo de procedimento, conforme inciso V do artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação de formação de provas:

[...]

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Assim, o agente disfarçado ingressa na quadrilha, bando, organização ou associação criminosa investigada para colher informações que visem o seu desmantelamento, por meio da identificação de seus integrantes e coleta de elementos probatórios que venham a subsidiar a instrução criminal.

Deste modo, o agente infiltrado busca informações que revelem quem são os integrantes de tais grupos criminosos, suas fontes recursais, seus locais de atuação, bem como suas relações internas e externas, ou seja, seu *modus operandi*, visando ao final de sua intervenção chegar a uma conclusão investigativa ou à obtenção de provas a serem demonstradas em procedimento próprio (inquérito policial ou ação judicial).

São consideradas como características básicas e fundamentais a execução de uma infiltração policial, o uso de identidade falsa pelo agente encoberto, o combate à determinada classe de delitos, o uso do engano e dissimulação para aproximação do grupo criminoso, a conivência do Estado para com a prática excepcional de atos e crimes pelo infiltrado, desde que observado o princípio da proporcionalidade e, por fim, a autorização judicial sigilosa.

Além disso, somente o agente de polícia poderia realizar tal infiltração, pois não há

previsão legal para a aceitação de particulares agindo como agentes infiltrados. Em casos excepcionais, poderia o Juiz autorizar um particular a se infiltrar numa organização criminosa, para fins de auxílio na investigação, mas tal permissão terá um caráter de extremo risco, que poderá resultar em eventual pedido de indenização contra o Estado, acaso ocorra alguma lesão ao particular.

Tal situação é bem retratada pela Lei de Drogas (11.343/2006), a qual assevera em seu artigo 53:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

A própria lei das drogas, que é mais recente que a Lei 9.034/95, ressalta a necessidade da autorização judicial para fins de infiltração de agentes de polícia para fins de repressão ao tráfico.

Importante distinção é o fato de termos agentes encobertos, agentes infiltrados e agentes provocadores.

Danilo Knijnik (2007, pág. 115-116), aduz quanto à tal distinção:

Nesse sentido, o *agente provocador* é ‘aquele que, de alguma forma, precipita o crime: instigando-o, induzindo-o, nomeadamente aparecendo como comprador ou fornecedor de serviço ilícitos’, ou seja, é o ‘instigador que determina outrem à perpetração de um crime, apenas porque quer que este seja acusado e punido’.

Em outro plano encontra-se o *agente infiltrado*, ou seja, quem, ‘com ocultação de sua qualidade e identidade e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, em ordem a obter informações relativas às atividades criminosas de que é suspeito, e provas contra ele’ [...]

[...] o *agente encoberto*, caracterizado pela ‘absoluta passividade relativamente à decisão criminosa’; ele ‘frequenta os meios conotados com o crime, na esperança de descobrir possíveis delinquentes.

Assim, agente infiltrado é o policial (ou até mesmo particular, em situações excepcionais), que atua com a identidade sigilosa, tentando angariar a confiança dos criminosos, para fins de desbaratamento ulterior da quadrilha, com a autorização do Juiz, o qual deverá também ter a ciência do Ministério Público.

O agente encoberto, por sua vez, não provoca o crime, nem conquista a confiança de quem quer que seja, apenas observa a teia criminosa em busca de informações, para ulterior deflagração de operação policial.

De outro viés, os agentes provocadores, na realidade, mesmo sendo policiais, praticam um crime em co-autoria, preenchendo a moldura penal, pois incentivam a pessoa (criminoso) a praticar um delito. Será, conduta, pois, típica (v.g. *induzimento policial à venda da droga pelo traficante é feito para deslindar a guarda ou depósito criminoso*). Neste caso, eventual flagrante do traficante seria inválido, eis que se trata de flagrante ‘armado’. Obviamente não se deve utilizar a figura do agente provocador, pois vedada tal conduta pelo artigo 17 do Código Penal, bem como pela Súmula 145 do STF.

11.2 Da Escuta Ambiental

A autoridade policial também pode representar pela utilização da interceptação ambiental entre o agente incurso e os dirigentes de eventual organização criminosa.

A escuta ambiental é também um dos procedimentos investigatórios previstos pela Lei 9.034/95, em seu artigo 2º, inciso IV, *in verbis*:

Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação de formação de provas:

[...]

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

Nessa esteira, haverá a captação sub-reptícia da conversa entre presentes, efetuada por terceiro, com autorização do Poder Judiciário e aquiescência do Ministério Público, dentro do ambiente onde se situam os interlocutores, sem o conhecimento desses.

Poderia se pensar que na situação de interceptação ambiental haveria violação do direito à intimidade. No entanto, a preservação da intimidade não pode impedir a punição de criminosos, conforme já decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL POR UM DOS INTERLOCUTORES. ILICITUDE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. REPORTAGEM LEVADA AO AR POR EMISSORA DE TELEVISÃO. NOTITIA CRIMINIS. DEVER-PODER DE INVESTIGAR.

1. Paciente denunciado por falsidade ideológica, consubstanciada em exigir quantia em dinheiro para inserir falsa informação de excesso de contingente em certificado de dispensa de incorporação. Gravação clandestina realizada pelo alistando, a pedido de emissora de televisão, que levou as imagens ao ar em todo o território nacional por meio de conhecido programa jornalístico. O conteúdo da reportagem

representou *notitia criminis*, compelindo as autoridades ao exercício do dever-poder de investigar, sob pena de prevaricação.

2. A ordem cronológica dos fatos evidencia que as provas, consistentes nos depoimentos das testemunhas e no interrogatório do paciente, foram produzidas em decorrência da *notitia criminis* e antes da juntada da fita nos autos do processo de sindicância que embasou o Inquérito Policial Militar.

3. A questão posta não é de inviolabilidade das comunicações e sim da proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, devendo ceder em prol do interesse público. (Precedentes). Ordem denegada¹⁴

O Supremo Tribunal Federal tem dado à escuta ambiental o mesmo tratamento dado à interceptação telefônica, concluindo pela sua licitude.

A jurisprudência é uníssona ao afirmar que o direito ao sigilo e à privacidade não são direitos absolutos, a despeito de sua magnitude constitucional, cedendo espaço quando presente em maior dimensão o interesse público.

Dessa forma, se for imprescindível para a continuidade das investigações policiais, o Poder Judiciário poderá autorizar a escuta ambiental. Ademais, o direito constitucional à privacidade e à intimidade, *in casu*, pode ser derribado ante o bem maior do interesse público, que foi violado quando o(s) agente(s) cometeu(ram) o delito.

11.3 Da Ação Controlada

A ação controlada é um efficientíssimo instrumento do Poder Público para fins de combate efetivo ao crime organizado, consoante dispõe o inciso II do artigo 2º da Lei 9.034/95, com a seguinte redação:

Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação de formação de provas:

[...]

II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

A Lei 9.034/95 disciplina a técnica investigativa da ação controlada, que é uma técnica policial que consiste no retardamento da ação policial repressiva, em favor do controle e do acompanhamento das ações ilícitas, até o momento mais oportuno para a intervenção.

Concede-se à Polícia o momento mais eficiente para atuar, fazer o flagrante propriamente dito, segundo a interpretação dos agentes que participam da operação, em que a

¹⁴ HC 87341/PR, Relator: Min. Eros Grau, 1ª T., 7.2.2006, un.

situação seja mais favorável para a obtenção de provas.

Assim já julgou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região¹⁵:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. TRANSNACIONALIDADE CONFIGURADA. INTENSA INVESTIGAÇÃO QUE CONDUZIU À APREENSÃO DE TONELADAS DE COCAÍNA EM VÁRIAS PARTES DO BRASIL E DO EXTERIOR. PRESENTES FORTES INDÍCIOS DE INTERNACIONALIDADE, JUSTIFICADA ESTÁ A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. I - O Delegado da Polícia Federal aponta o ora paciente como um dos responsáveis pelo tráfico internacional de drogas, tendo contatos com colombianos e bolivianos que lhe fornecem a droga para que possa vendê-la. II - A prisão preventiva do paciente e dos demais indiciados decorreu de representação da autoridade policial após intensa investigação na qual restou demonstrada a apreensão de cocaína, em várias partes do Brasil e do exterior, além da apreensão de considerável quantidade de dinheiro em espécie, aeronaves e veículos. A Polícia Federal utilizou-se da denominada "ação controlada" e de interceptações telefônicas que comprovariam o elo entre os investigados. III - Presentes fortes indícios de internacionalidade, não prosperam as argumentações da defesa, pois tal evidência está apta a justificar, ainda que inicialmente, a competência da Justiça Federal para a apreciação dos fatos, não havendo, por consequência, que se falar em nulidade dos atos processuais praticados. IV - Anoto que em relação aos fatos objetos da ação penal que deu origem ao presente habeas corpus, pende o julgamento de conflito positivo de competência (nº 93.298 - SP) perante o Colendo STJ, envolvendo o Juízo Federal da 7ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo e o Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal de Santos - SP. IV - Ordem denegada.

São requisitos essenciais ao êxito e legalidade das ações controladas: a) autorização pela autoridade judiciária competente, a qual conterà, de forma compulsória, uma detalhada fundamentação das razões da concessão do direito à execução da medida investigatória; b) como consequência da autorização judicial, é necessário o controle sobre a execução da operação, devendo o executor (leia-se, a autoridade policial), dar conta (fazer relatórios minuciosos) ao Ministério Público a respeito do andamento das investigações; c) que a ação controlada seja desencadeada, sempre que possível, com a paralela infiltração de um agente policial. Há certa divergência sobre o fato de exigir-se, ou não, a autorização judicial para a

¹⁵ TRF3ª R. - HC 30616 - Proc. 2008.03.00.000626-6 - 2ª T. - Rel. Juiz Cotrim Guimarães - DJ 12.6.2008

ação controlada, pois esta poderia ser decidida pela própria polícia, contudo, como na maioria das vezes tal ação controlada ocorre no bojo de investigação já em trâmite, muitas vezes com pedidos de interceptação telefônica, não há sentido em que a autoridade policial não peça ao magistrado a autorização para a ação controlada.

A Lei de Drogas (11.343/2006), dispõe também sobre a ação controlada:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

De tal texto se sobressai o fato de que há necessidade de autorização judicial, tanto para fins de infiltração de agentes, bem como para efetivação da ação controlada.

Apesar de não ser obrigatória a inserção de agente na estrutura da coletividade criminosa para a viabilidade operacional da ação controlada, ela está diretamente atrelada à paciência e astúcia do agente na busca dos resultados pretendidos.

Assim, evita-se a prisão em flagrante no momento da prática do delito, a fim de que em um momento posterior, mais conveniente aos olhos da persecução penal, possa ser efetuada com maior eficácia a prisão de todos os participantes da quadrilha ou bando, associação ou organização criminosa.

Tratando da ação controlada em caso de tráfico e contrabando, outros Tribunais pátrios manifestaram o seguinte entendimento:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E CONTRABANDO. ELEMENTOS DE PROVA. CONFISSÃO. AÇÃO CONTROLADA. FLAGRANTE RETARDADO. CRIME HEDIONDO. NÃO REVOGAÇÃO DO ART. 14 DA LEI 6.368/76. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. RETRATAÇÃO DA CONFISSÃO. ATENUANTE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

I – Elementos probatórios confirmam que os réus associaram-se de forma estável para realizarem o tráfico de drogas, bem como o contrabando de armas;

II – A confissão em sede policial, retratada em Juízo pode e deve servir como

elemento probatório quando estiver em harmonia com as provas dos autos;
 III – Não há ilegalidade na ação controlada, que consistiu em retardar a atuação policial mediante acompanhamento, com objetivo de concretizar o flagrante no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de prova e fornecimento de informações;
 IV - O artigo 14 da Lei n.º 6.368/76 não foi revogado pelo art. 8.º da Lei 8.072/90, sofrendo modificação apenas em seu preceito sancionador; V – Penas corretamente fixadas com base nas circunstâncias judiciais aplicáveis e em atenção ao princípio da proporcionalidade; VI – A retratação, em Juízo, da confissão feita em sede policial não serve para os fins de atenuação de pena (art. 65, III, “d” do CP); VII - O regime inicial de cumprimento de pena deverá ser fixado com base nas mesmas circunstâncias judiciais acolhidas na fixação da pena-base. VIII – Recursos conhecidos a que se nega provimento.¹⁶

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL - PRISÃO EM FLAGRANTE – TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE - SITUAÇÕES PERMISSIVAS DO ARTIGO 302 DO CPP - AÇÃO CONTROLADA - FLAGRANTE PRÓPRIO - INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO NA CONDUTA DELITUOSA - AÇÃO DELITUOSA COMPLEXA - VIGILÂNCIA POLICIAL - PRISÃO DECORRENTE DE AÇÃO CONTROLADA DA POLÍCIA - AUSÊNCIA DE OFENSA À LEI OU À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE - FLAGRANTE LAVRADO EM LOCAL DIVERSO OU DISTANTE DO DA CONSUMAÇÃO: IRRELEVÂNCIA - ORDEM PÚBLICA: GARANTIA: PRESENÇA DE SITUAÇÕES AUTORIZADORAS DA PRISÃO PREVENTIVA – ORDEM DENEGADA.

I - A Lei n.º 9.034/95, art. 2º, inciso II, expressamente prevê a ação controlada, que "consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações", medida que legitima a conduta dos agentes policiais que efetivaram a prisão em flagrante pouco tempo depois da prisão de co-réus, período em que o paciente foi mantido sob vigilância, fundando-se a prisão no inciso I do artigo 302 do Código de Processo Penal (flagrante próprio).

II – [...]

III – [...]

IV – [...]

V - Habeas corpus denegado.¹⁷

O objetivo dessa forma de investigação é garantir maior eficiência na investigação, pois, verdadeira exceção ao princípio de que toda autoridade que tem conhecimento de um delito no exercício de suas funções deve denunciá-lo e persegui-lo, na forma preconizada pelo artigo 301 do Código de Processo Penal, o qual diz que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Mas, em se tratando de crime organizado, com o intuito de prender até mais agentes envolvidos na teia delituosa, mister que se postergue para o momento mais conveniente a prisão em flagrante, não se obedecendo estritamente ao artigo 301 do CPP.

¹⁶ TRF da 2ª Região, ACR 3624, Apelação Criminal 200251014900409/RJ, 1ª Turma Especializada, 14.9.2005

¹⁷ TRF da 3ª Região, HC 13280, HABEAS CORPUS 200203000263182/SP, 2ª T., 3.9.2002

Por uma questão de política criminal, considera-se mais conveniente não interceptar imediatamente esse criminoso, para conseguir um resultado mais positivo, ou seja, o desbaratamento de toda a organização criminosa.

A obrigatoriedade da intervenção policial por parte da autoridade e seus agentes, nas situações de flagrância, é substituída por critérios de oportunidade e conveniência, em nome da busca de uma maior efetividade da investigação em curso.

É sabido que a prematura atuação policial poderá limitar a amplitude da prova a ser colhida e a identificação dos envolvidos na empreitada criminosa. Sensível a isso, o legislador inseriu o mecanismo do flagrante prorrogado, resguardando e legitimando condutas policiais que encontrariam adequação típica na forma do crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal.

Deve-se atentar, ainda, para o magistério de Luís Flávio Gomes (GOMES e CERVINI: 1997, p. 190) que diz o seguinte:

“(...) não se deve confundir flagrante prorrogado e flagrante esperado, já previsto em nosso direito. No segundo, a intervenção da autoridade se dá num momento certo, sem nenhuma vigilância permanente, a situação de flagrante não é duradoura e a prisão tem que acontecer imediatamente, diante da situação de flagrância. No primeiro, a situação de flagrância é duradoura e a vigilância policial também o é, sendo que a autoridade policial somente espera o melhor momento de efetuar a prisão.(...)”

Nessa modalidade de acompanhamento, a operação da Polícia estará constantemente sob vigilância, com a identificação do maior número possível de integrantes da coletividade criminosa e do seu *modus operandi*.

A lei 9.034/95, a respeito de *ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado*, prevê como únicas restrições à utilização do mecanismo da ação controlada a observação e acompanhamento com o objetivo de que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. Portanto, coerência, bom senso e razoabilidade devem ser observados o tempo todo pelas autoridades policiais envolvidas.

12 Interceptações em Regiões de Fronteira do Paraná (Foz do Iguaçu e Guaíra)

Neste tópico serão citadas apenas duas cidades paranaenses que fazem fronteira com o Paraguai e que, por óbvio, são as consideradas mais violentas do Paraná. Considerando-se os dados de violência abaixo assinalados, poder-se-ia flexibilizar (tornar mais fáceis) as interceptações telefônicas em Guaíra e Foz do Iguaçu, a pretexto de combater o crime organizado transfronteiriço?

As duas cidades paranaenses tem muitas similaridades, pois tem um alto índice de criminalidade relacionado principalmente pelo tráfico de drogas, armas e contrabando.

Em Foz do Iguaçu o alto índice de criminalidade faz com que ela seja uma das mais violentas do Brasil, enquanto sua co-irmã paraguaia, *Ciudad del Este* desponta como líder absoluta no Paraguai. Atualmente, Foz do Iguaçu está em 5º lugar no *ranking* da violência, em estudo efetivado pela Rede de Informação Tecnológica Latino-Americana (Ritla).

Apesar de não ser capital, e nem se comparar aos dados populacionais de Curitiba e Porto Alegre, verifica-se que a cidade mais violenta do Sul do País é Foz do Iguaçu. Os 243 homicídios de 2001 resultaram numa taxa de 91 assassinatos por 100 mil habitantes, 3,8 vezes maior do que a média nacional, que é de 24. Qualquer cidade que registre 30 homicídios nessa escala estará em fase grave de violência, mais de 50 a situação é gravíssima e acima de 70 há uma fase crítica de total perda de controle.

Os índices de Foz retratam a insegurança em que vivem seus 266 mil moradores. A situação é ainda mais preocupante por causa da violência no outro lado da fronteira.

Ciudad del Este teve em 2001 média de 88,2 homicídios por 100 mil habitantes (foram 247 assassinatos para 280 mil pessoas). Como as duas cidades são praticamente as mesmas, apenas divididas pela Ponte da Amizade, muitos problemas de uma são reflexos da outra.

A criminalidade em Foz e na vizinha *Ciudad del Este* é, proporcionalmente, mais alta do que a das duas metrópoles da região Sul do Brasil. Em Curitiba a taxa é três vezes menor: 27 homicídios por 100 mil habitantes (443 mortes em 2001); já na capital gaúcha, é de 20. Porto Alegre registrou 280 assassinatos em 2000.

Os índices de violência de Foz superam até os de países como a Colômbia, que vive numa situação de guerra civil devido aos confrontos entre milícias do governo e as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (Farc). A média na capital, Bogotá, é de 34 homicídios por 100 mil habitantes, quase três vezes menor. Em São Paulo, a maior cidade da

América do Sul, a taxa foi de 57 em 2001.

Os mais de 2.000 assassinatos ocorridos em Foz nos últimos 18 anos colocam a cidade no topo do *ranking* da violência urbana no País, mas a situação é ainda pior se incluídas as mortes violentas. Foram 404 em 2001, taxa de 151 por 100 mil habitantes. Na média, houve uma morte a cada 22 horas. As causas foram acidentes de trânsito (35), atropelamentos (33), suicídios (18), afogamentos (13) e por motivos diversos (62).

Só para se ter uma idéia, em 2006 Foz do Iguaçu teve 326 assassinatos, enquanto que a cidade de Londrina, também do Paraná, com praticamente o dobro de moradores, teve apenas 162 homicídios, ou seja, para o dobro de cidadãos, a metade da violência de Foz.

Já Guaíra está localizada na região Oeste do Paraná e possui atualmente apenas **29.594 habitantes**, com uma área de **560,508 km²**, tendo sua economia baseada na agricultura, comércio e uma incipiente industrialização. Abaixo o mapa da localização de Guaíra:

Figura 1¹⁸:



Guaíra é cidade fronteiriça com *Salto de Guayrá*/Paraguai e também faz divisa com a cidade de Mundo Novo, Estado do Mato Grosso do Sul.

Conforme inúmeras reportagens que abordam situações quanto ao tráfico e o contrabando em Guaíra, verifica-se, claramente, que tal cidade passou a ser uma rota alternativa aos criminosos que antes se utilizavam da estrutura existente em Foz do Iguaçu. Contudo, como em Foz do Iguaçu, a partir de 2005, começou a existir uma forte repressão da Polícia Federal e também da Receita Federal do Brasil, principalmente com a efetivação da Aduana 100% na Ponte da Amizade, aumentou em Guaíra o contrabando e o tráfico.

¹⁸ Fonte: site www.der.pr.gov.br

A própria Folha de São Paulo, ainda em 2007, indicava Guaíra como uma rota alternativa para criminosos, como adiante se vê¹⁹:

A costa oeste do Paraná é a nova rota do contrabando paraguaio para o Brasil. Relatório do serviço de inteligência da Polícia Federal, obtido pela Folha, mostra que essa migração aconteceu após a criação da Aduana 100% em Foz do Iguaçu. A fronteira terrestre entre Mato Grosso do Sul e o Paraguai, antes usada para o tráfico de drogas internacional, também virou rota alternativa a Foz para os contrabandistas. A Aduana 100%, instalada no ano passado em Foz do Iguaçu pela Receita Federal, foi acompanhada de um aumento no efetivo e nas operações da Polícia Federal. Com isso, as quadrilhas organizadas migraram para a região do lago da usina binacional de Itaipu, cooptando proprietários rurais, pescadores e trabalhadores temporários para o serviço de transporte e armazenamento do contrabando paraguaio.

Na última semana, a Folha visitou vários portos clandestinos nos municípios de Santa Helena, Entre Rios do Oeste, Pato Bragado e Guaíra e pôde comprovar essa migração do crime organizado da tríplice fronteira (Brasil-Paraguai-Argentina) para a costa oeste paranaense. Essa migração foi facilitada pela falta de estrutura da PF na região e por obras viárias no lado paraguaio.

Do lado brasileiro, existe apenas uma delegacia da Polícia Federal, em Guaíra, com 34 policiais federais, incluído nesse efetivo cinco delegados. A delegacia da Polícia Federal em Cascavel, que poderia auxiliar no trabalho de combate ao contrabando, foi inaugurada no final do ano passado e possui pouca estrutura para apoio. No porto internacional de Santa Helena, que liga o Brasil ao Paraguai por balsa, a Receita Federal trabalha com auditores, desarmados, na fiscalização. Nos casos de flagrante para contrabando, é necessário solicitar apoio às PF de Foz (120 km ao sul) ou de Guaíra (126 km ao norte).

Salto - A situação na aduana internacional de Mundo Novo (MS) não é diferente. Lá a Receita Federal só pode contar com o apoio da PF de Naviraí (120 km ao norte). Sem a presença da PF, os fiscais da Receita Federal em Mundo Novo viram o trânsito na fronteira com Salto del Guairá (Paraguai) passar de uma média diária de 800 veículos para 2.500 nos primeiros cinco meses deste ano.

A PF em Guaíra, que abriu 428 inquéritos durante todo o ano passado, já contabiliza 315 só até o final de maio deste ano. "A situação é caótica, já que aqui a ação é puramente de crime organizado, em um perfil diferente de Foz, onde existe a figura do sacoleiro", afirma o delegado-chefe da PF de Guaíra, Érico Saconatto.

O Paraguai asfaltou a ligação entre os municípios de Hernandarias (cidade vizinha a Ciudad del Este) e Salto del Guairá. A chamada "supercarretera" facilitou o transporte de mercadorias de Ciudad del Este a Salto del Guairá e viabilizou o contrabando nos mais de 250 km do lago de Itaipu e rio Paraná.

No transporte pelo lago, os contrabandistas utilizam batelões (barcos rápidos, movidos com motores de veículos a gasolina) e barcos de pescadores tradicionais cooptados para o contrabando. Na última semana, em uma tentativa de diminuir o acesso aos portos clandestinos, a Itaipu Binacional tem montado bloqueios de terra nas estradas vicinais que chegam ao lago. O problema é que a binacional só pode fazer essas obras de bloqueio no trecho de mata ciliar que protege o lago, com cerca de 200 metros.

Escoamento - Em um destes portos, o Tigre, em Guaíra, a estrada de terra, no lado paraguaio, onde é transportado o contrabando, passa dentro do quartel da Armada (Marinha) paraguaia.

Para vencer essas barreiras, as mercadorias contrabandeadas são levadas por carregadores até as estradas ou escoam seus contrabandos em municípios como Guaíra, cidade que margeia o lago. Em Guaíra, a PF já identificou vários pontos de escoamento de contrabando. Nessa cidade, a PF identificou o cigarro como o principal produto das quadrilhas de contrabandistas. A movimentação de cigarros

¹⁹Jornal Folha de São Paulo. Contrabando cria rota alternativa. Disponível em <http://www.intellog.net/newsletter/go.asp?cod=100483>. Acesso em 03/06/2008

paraguaios para o Brasil pode ser avaliada por dados da Associação Brasileira de Combate à Falsificação. No ano passado, para um consumo de 3 bilhões de maços, o Paraguai produziu 40 bilhões de maços.

Além de cigarros, as principais mercadorias contrabandeadas na costa oeste são agrotóxicos (a maioria proibidos no Brasil), armas, munições, produtos eletrônicos e pneus.

(Folha de São Paulo, junho de 2007)

O Departamento da Polícia Federal do Paraná informou que no período de **1º/01/2008 a 11/08/2008** o número de flagrantes em Guaíra/PR foi de **176**, ficando atrás apenas da Delegacia de Polícia Federal em Foz do Iguaçu/PR, a qual obteve **275** flagrantes, o que sobreleva a importância geográfica e estratégica de tal cidade.

Como em Guaíra circulam desde usuários de drogas até pequenos e grandes traficantes de drogas e armas de todo o País, além de contrabandistas, verifica-se que as quadrilhas formadas por adolescentes, costumam ameaçar contrabandistas para conseguir dinheiro, em troca de não denunciá-los à Polícia, sendo que o resultado são as mortes por vingança. Recentemente, Guaíra foi vítima da maior chacina do Paraná, ocorrida no dia **22.09.2008**, onde 15 (quinze) pessoas morreram e 8 (oito) ficaram feridas. Segundo o Secretário da Segurança, Luiz Fernando Delazari, “o crime foi motivado por uma dívida de R\$ 4 mil reais.”

A cidade de Guaíra ocupa atualmente a **7ª posição** nacional no Mapa da Violência, num estudo realizado pela Rede de Informação Tecnológica Latino-Americana (Ritla), com **94,7 mortes** para cada 100 mil habitantes, abaixo colacionado:

Mapa da Violência dos Municípios Brasileiros-2008

Taxas médias de homicídio (em 100 mil habitantes) na população total. Brasil

Município	Número de Homicídios Anos					Média Taxa
	2002	2003	2004	2005	2006	Homicídio
Coronel Sapucaia	21	8	17	17	13	107,2
Colniza	20	21	18	12	13	106,4
Itanhangá	0	0	0	5	4	105,7
Serra	404	363	407	346	365	102,4
Foz do Iguaçu	265	241	285	275	326	98,7
Tailândia	53	40	48	58	66	96,2
Guaíra	13	12	23	36	22	94,7
Juruena	4	18	3	10	9	91,3
Recife	1312	1336	1352	324	1375	90,5

Tabela 1 (fonte: Rede de Informação Tecnológica Latino-Americana - RITLA)

Percebe-se também um aumento do número de invasões, em Guaíra, por parte de

índios guarani oriundos do Mato Grosso do Sul, do próprio Paraná e também do Paraguai, sendo constantes as querelas judiciais entre os índios e os proprietários da terra, que não raramente se tratam de órgãos públicos (União, Itaipu, Exército etc).

Neste sentido é que se deve indagar se há possibilidade, em face do constante aumento da violência e perturbação social em tais locais, do Poder Judiciário flexibilizar as interceptações telefônicas das Polícias, para fins de investigações criminais?

A resposta há de ser negativa, no sentido de que não adiantará colocarmos o aparelho repressor do Estado como único e heróico solucionador dos males da humanidade, sem que se tomem medidas para solucionar o problema na fonte, ou seja, as reais causas. Aumentar o número de interceptações telefônicas realizadas pela Polícia, sem um controle rígido do Poder Judiciário, somente a pretexto do número expressivo de violência, em nada diminuirá a criminalidade da fronteira, pois se prendermos, por exemplo, 100 traficantes, virão outros 1.000 no lugar daqueles outrora presos. São necessárias outras medidas a cargo dos nossos governantes.

Em primeiro lugar, há de se ter uma visão empírica dos dois locais (Foz do Iguaçu e Guaíra), para que se valore adequadamente a situação vivida pelas comunidades locais. Deve-se verificar a vocação local. Por exemplo, os dois locais são banhados pelo Rio Paraná, portanto, deve-se explorar cada vez mais o potencial turístico de Foz do Iguaçu e Guaíra.

Como tais cidades paranaenses fazem fronteira com o Paraguai, há necessidade urgente de que a União resgate projetos sociais para as comunidades pobres, especialmente fomentando a geração de emprego e renda e diminuindo a propensão de alguns de entrar para o ‘mundo do crime’.

A educação deve ser uma meta primordial dos Governos, também Federal, quanto Estadual e Municipais, pois é cediço que a educação é imperiosa para a melhoria da qualidade de vida dos povos.

Há de se pensar, até, em criar em tais locais um projeto de ‘Zona Franca’.

Enfim, deve-se analisar qual é o real papel da União, do Estado do Paraná e dos Municípios, para fins de efetivar a justiça social em tais locais, deixando o Direito Penal apenas para os casos realmente necessários, e não imprimindo um ‘terror’ na população, com técnicas de Estado Policialesco. O Estado de Direito há de ser preservado, a todo custo.

13 Prorrogações indefinidas das Interceptações

O artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal dispõe 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”.

Extraí-se do dispositivo ora transcrito que a atual carta política reserva à privacidade das comunicações telefônicas, *status* de direito fundamental do cidadão, somente passível de violação em hipóteses excepcionais respaldadas no princípio da convivência das liberdades públicas e na cláusula da reserva da jurisdição, exigindo-se ordem emanada do Poder Judiciário.

O ordenamento jurídico, desde o final do século XVIII, no contexto das Revoluções Liberais, positivou nas primeiras Constituições escritas os denominados direitos de defesa, as liberdades negativas oponíveis ao Estado e inserida nessa classificação está o sigilo das comunicações telefônicas.

A Constituição identifica essa inviolabilidade como direito fundamental de primeira geração/dimensão, expressão do direito de proteção à privacidade do indivíduo.

O Estado brasileiro com a Constituição de 1988 deixou de ser autoritário – Estado-Polícia -, refugindo do regime militar, para se consagrar em Estado de Direito, sujeitando autoridade pública a limites legais e principiológicos e, assim, impedir que a condição humana seja aviltada e qualificada como um meio e não um fim em si mesma, conforme pensamentos de Emmanuel Kant.

Considerando que a dignidade é um atributo inerente à pessoa humana, independentemente de qualquer circunstância cultural, social, política, sendo enaltecida como valor constitucional supremo e núcleo axiológico, em torno do qual gravitam os direitos fundamentais, tem-se que ferir o direito à privacidade, ao sigilo das comunicações telefônicas, estar-se-á ofendendo a própria dignidade humana.

Essa abordagem introdutória tem o condão de evidenciar a relevância de se observar um direito fundamental, sem o olhar sobre quem seja seu titular, mas sobre quem deve respeitar tais direitos e o Estado é o principal destinatário.

O direito penal acolheu os preceitos da Constituição Federal – fundamento de validade de todo ordenamento jurídico – ao estabelecer o regime do Direito Penal do Fato e não o Direito Penal do autor, ao abarcar os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da ampla

defesa, da isonomia entre as partes.

A Lei n. 9.296/96, por exemplo, não permite que se paralise o procedimento de interceptação, sob argumento de falta de recursos humanos da polícia, para, somente depois de alguns meses, ao bel prazer da autoridade policial designada, retomá-lo, quando assim melhor lhe aprouver.

As interceptações somente podem ser prorrogadas, ininterruptamente, por 15 dias, e não para fins de aparelhamento do Estado, sem prazo pré-determinado.

Assim diz o artigo 5º da Lei 9.296/96: “a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

Sendo, portanto, uma medida de exceção que permite violar direito fundamental à privacidade, sua aplicação deve se ater a menor ingerência possível, ao equilíbrio entre o meio apto para se atingir o fim desejado e a finalidade alcançada, tudo, em consonância ao princípio constitucional da proporcionalidade, fincada nos sub-princípios da adequação e o da necessidade.

A Lei n. 9296/96 disciplinou a interceptação telefônica nos estritos limites e circunstâncias que a Constituição Federal estabeleceu. Dentre essas delimitações, está o período em que a violação à privacidade pode ser mantida, qual seja, 15 dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova (art. 5º).

Bem explanou o Min. Marco Aurélio no HC 83.515/RS sobre a necessidade de se respeitar o prazo de 15 dias fixado na lei, *in verbis*:

A regra é o sigilo de dados; a regra é o sigilo quanto às comunicações telefônicas; a regra é a preservação da privacidade do cidadão; a exceção, o afastamento (...)
O que nos vem do artigo 5º da Lei nº 9.296/96 de forma pedagógica, em bom vernáculo? Que a decisão será fundamentada – e já concluí que a decisão se mostrou fundamentada -, sob pena de nulidade (...)
Buscou-se evitar, porque se adentrou o campo da exceção, que permanesse sobre a cabeça dos envolvidos uma verdadeira Espada de Dâmocles, projetada essa permanência no tempo.

Mais adiante prossegue:

Deve-se conferir algum significado, sob o ângulo vernacular, à expressão ‘por igual tempo’, que não quer dizer ‘por igual tempo e sucessivamente’, de forma indeterminada, considerados idênticos períodos. Creio que a interpretação histórica, com o surgimento da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, precisa ser levada em conta, sob pena de se banalizar a interceptação telefônica, sob pena de se olvidar que a regra, repito, é a privacidade como direito constitucional do cidadão.

Nesse sentido é que a eventual paralisação o procedimento de interceptação, e também

a sua prorrogação indefinida incorre em grave desvio de conduta instrumental e a conseqüente reside na nulidade de todo o procedimento cautelar.

O art. 5º da Lei n. 9.296/96 deve ser lido em consonância ao art. 4º, em que se o juiz precisa fundamentar sua decisão para protrair a interceptação, deverá, obviamente, moldá-la à contenção legislativa, que impõe prazo legal limitador à medida de exceção (prazo de 15 dias, renováveis por igual período, antes de expirar o primeiro prazo).

Ora, reconhecido tal vício insanável (paralisação ou prorrogação interminável da interceptação) indubitável se faz a declaração de nulidade das interceptações telefônicas que se seguiram, em gritante transgressão ao preceito legal do art. 564 do CPP.

Dispõe o art. 564, nos incisos I e IV, do CPP:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I – por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

É nesse contexto que se invoca a nulidade de todas as medidas adotadas pela autoridade policial na Representação Criminal de interceptação telefônica, cujo prejuízo reside na violação a princípios constitucionais consagradores da privacidade, intimidade e dignidade da pessoa humana, aliado à inobservância procedimental comprovada pela instauração de nova investigação cautelar, sem que os requisitos mínimos previstos no art. 2º da Lei nº 9.296/96 estejam presentes para efeito de homologação.

Encerrada a representação criminal anterior e iniciada uma nova, ou a cada pedido de prorrogação de prazo, cabe à autoridade policial demonstrar a presença de todos os requisitos exigidos pela lei a fim de validar o ato de violência legítima.

Os requisitos necessários para o deferimento da medida são, por sua vez, cumulativos: observância da cláusula de reserva de jurisdição; a finalidade de investigação criminal e instrução processual; indícios razoáveis de autoria da infração penal; que o fato investigado seja punido com reclusão e que a prova não possa ser obtida por outro meio.

Neste sentido, as condições legais indispensáveis à autorização judicial da medida de exceção não são avistadas no procedimento de interceptação.

Outrossim, a cada pedido de prorrogação, deve a autoridade judiciária motivar as circunstâncias fáticas e jurídicas que a levaram ao convencimento, em completa violação ao comando constitucional do art. 93, IX, da CF/88.

Se o juízo que autorizou/prorrogou a interceptação não motivou tal ato decisório, nulo será o deferimento e as interceptações telefônicas decorrentes.

Nesse sentido está o julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA** AUTORIZADA JUDICIALMENTE. COMPETÊNCIA DECLINADA PARA A JUSTIÇA ESTADUAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO

.1) Segundo entendimento jurisprudencial, "(...) Admite-se o manuseio do habeas corpus para desconstituir determinação ilegal de **interceptação telefônica**, por isso que a medida, mesmo não atentando diretamente contra o direito de locomoção do paciente, tem aptidão para, nos seus desdobramentos, repercutir restritivamente nesse direito" (HC nº 2002.01.00.028710-6/MT, Rel. Des. Federal OLINDO MENEZES, DJ/II de 25.10.2002, pág. 91).

2) **Por outro lado, se o "... juiz competente para a ação principal é quem deve autorizar ou não a interceptação das comunicações telefônicas" (HC nº 10.243/RJ, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ/I de 23.04.2001, pág. 164), isso significa que é "... nula a autorização judicial para interceptação telefônica concedida por juiz incompetente" (HC nº 10.243/RJ, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ/I de 23.04.2001, pág. 164).**

3) No caso, a medida constritiva impugnada foi deferida por juiz que, posteriormente, reconheceu sua incompetência para processar e julgar a ação principal, determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual.

4) Nulidade da decisão que autorizou a interceptação telefônica caracterizada.

5) Habeas Corpus concedido²⁰.

Como conseqüência do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, a doutrina e jurisprudência brasileiras têm acolhido a **Teoria americana dos Frutos da Árvore Envenenada** (*fruits of the poisonous tree*), já aplicada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que ocasiona a nulidade das provas subseqüentes obtidas com fundamento na original ilícita, desde que esta não seja totalmente independente.

Conforme ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA: 2006, p. 313):

Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se 'legalizasse' a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da 'ilicitude por derivação' é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

São inaceitáveis na persecução penal as provas incompatíveis com os princípios inerentes ao direito de defesa e à dignidade humana, assim como os meios, cuja utilização se opõem às normas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo. (MARQUES: 1961, p. 275)

Extrai-se do Recurso em HC 90376 / RJ, julgado pelo STF, o reconhecimento da

²⁰HC 2003.01.00.003203-6/GO; HABEAS CORPUS Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PLAUTO RIBEIRO Convocado: JUIZ RICARDO MACHADO RABELO (CONV.) Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA DO TRF 1ª REGIÃO. Publicação: 11/04/2003 DJ p.73 Data da Decisão: 25.3.2003

inidoneidade jurídica da prova resultante da transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais, “*in verbis*”:

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum".²¹

E prossegue:

A doutrina da ilicitude repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.

(...)

Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, também, no sentido de reconhecer a pertinência dos *fruits of the poisonous tree* no HC 74.116/SP, DJU 14.3.1997 e HC 76.641/SP, DJU 5.2.1999.

A Lei 9.296/96 ao regulamentar a exceção constitucional ao sigilo das comunicações telefônicas preconizou série de requisitos imprescindíveis para sua autorização.

A medida extrema está umbilicalmente ligada ao instituto da prova, pois como o próprio dispositivo constitucional citado ressalta, seu resultado constituiu meio de prova em investigação criminal ou instrução processual penal.

Nessa esteira, a Lei n.º 9.296/96, regulamentando o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF, dispõe, em seu artigo 2º que:

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;

²¹ Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 03/04/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma do STF

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.

Com efeito, tratando-se de interceptações telefônicas, o cotejo entre os dispositivos constitucional e infraconstitucional permite concluir que os requisitos cumulativos para o deferimento da medida são:

- a) que a ordem seja judicial;
- b) que seja para fins de investigação criminal e instrução processual;
- c) que haja indícios razoáveis de autoria em infração penal;
- d) que o fato investigado seja punível com reclusão e
- e) quando a prova não puder ser feita por outro meio.

Assim, para fins de obtenção da prorrogação da interceptação telefônica, a autoridade policial deve produzir outros elementos de prova antes de requerer tal medida gravosa, tendo em vista o óbice legal no seu deferimento quando a prova puder ser feita por outro meio.

Isso porque, diante do caráter restritivo da medida, que se diga, importa em exceção ao direito fundamental à intimidade do cidadão, há necessidade da autoridade policial demonstrar, de forma cabal, a necessidade da medida para a apuração de um crime gravíssimo, conforme prescrito no parágrafo único do art. 2º da Lei n.º 9296/96, bem como se o telefone a ser interceptado realmente é do suposto 'bandido'.

A rigor, apesar de existir alegações sempre plausíveis da Delegacia de Polícia, mas, tendo a autoridade policial detalhes acerca das rotas utilizadas pelos supostos 'bandidos', poderia, facilmente, obter fotos, ou até mesmo produzir relatórios de missão policial através de agentes de polícia, com horários de chegadas das embarcações, saídas, e descrições físicas de seus membros, placas de veículos utilizados, dentre outras diligências.

Veja que a interceptação telefônica é a *ultima ratio* (excepcionalidade), só podendo ser utilizada na impossibilidade de outros meios. Não é crível que policiais, que possuem exclusividade de trabalho e cursos de treinamento, não possam fazer sequer uma diligências *in loco* para corroborar as assertivas do pedido de interceptação.

Nos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes, “o Juiz deve ser rigoroso no exame dos pressupostos e requisitos da interceptação, porque é o único controlador da devassa; esse

controle deve ser efetivo, real, porque feito por quem goza de independência frente aos órgãos da *persecutio criminis*” (GOMES e Cervini: 1997, p. 214).

Nesse sentido, quando o art. 2º da lei em referência estabelece a presença de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal implica na exigência de haver fato determinado definido como crime e que necessite ser apurado e provado.

Conforme disse Vicente Greco Filho, “mera suspeita ou fatos indeterminados não autorizam a interceptação. É indispensável que haja vinculação de alguém a fato criminoso específico punido com reclusão”. (GRECO FILHO: 2006, p. 28). É a chamada interceptação de prospecção.

É sabido que toda investigação envolve certo grau de incerteza e de abrangência incompatível com uma delimitação rigorosa de pessoas e fatos, já que não se trata de um sistema hermeticamente fechado. No entanto, essa incerteza não se confunde com discricionariedade – juízo de conveniência e oportunidade -, com prenúncio de fatos ilícitos e seus agentes.

A interceptação telefônica só é admitida na situação fático-temporal pós-delitual e não pré-delitual, fundada em conjectura ou periculosidade dos agentes, denominada por Luiz Flávio Gomes “interceptação de prospecção”, desconectada da realização de um fato delituoso, sobre o qual ainda não se conta com indícios suficientes. Assim, o que se deve investigar são fatos já acontecidos, e não por acontecer. Vislumbra-se, então, a possibilidade de a autoridade policial pedir uma interceptação telefônica contra alguém, dizendo: *‘Olha, Sr. Juiz, o XXX é traficante, vamos interceptá-lo para descobrir os fatos’*.

Mas antes de solicitar isso, a autoridade policial deve produzir ao juiz relatórios preliminares, com fotos e outras informações úteis efetivadas por seus agentes, para que se saiba se o investigado realmente é um traficante, sob pena de estarmos ofendendo garantias constitucionais sem a mínima cautela.

Necessita-se, em face de interceptações telefônicas, utilizar-se de extremo rigor para o deferimento das medidas, como forma de garantir os direitos do cidadão.

Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI : 2001, pág. 851), assevera:

Según una primera acepción, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de ‘estricta legalidad’ SG próprio del estado de recho, que em el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad

punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es 'garantista' todo sistema penal que se ajusta normativa a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

Adotando-se tal modelo garantista voltado aos direitos do cidadão, mister que, diante da ausência de alguma prova *in loco*, para confirmar a assertiva inicial da autoridade policial, eivado de vícios estará todo o procedimento investigatório, pela ausência de indícios de autoria e participação no crime de tráfico de drogas, o que ensejará a nulidade do procedimento e de todo os atos subseqüentes, em conformidade com a teoria da ilicitude das provas por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada) – se ilícito o meio de obtenção da primeira prova, ilícito também será as provas dele decorrentes, desde que não sejam totalmente independentes.

Nesse compasso já decidiu o TRF 1ª Região:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DENÚNCIA ANÔNIMA DE CRIME. BUSCA E APREENSÃO.

1. Admite-se o manuseio do habeas corpus para desconstituir determinação ilegal de interceptação telefônica, por isso que a medida, mesmo não atentando diretamente contra o direito de locomoção do paciente, tem aptidão para, nos seus desdobramentos, repercutir restritivamente nesse direito.

2.É ilegal a ordem judicial indevidamente fundamentada de interceptação telefônica, fundada apenas em generalidades e deduções oriundas de denúncia anônima, sem dimensão fática e objetiva em relação à pessoa do paciente, em franca ofensa ao princípio da razoabilidade.

3. Já tendo sido realizada a busca, com apreensão de objetos e documentos, até mesmo fora da linha de atuação autorizada na determinação, o habeas corpus, como procedimento célere e documental, não se mostra adequado para sua revisão.

4. Concessão parcial da ordem de habeas corpus.²²

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. **INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA.** ADMISSIBILIDADE DO USO DE HABEAS CORPUS PARA DECLARAÇÃO DE SUA ILEGALIDADE. PEDIDO DE ESCUTA. DEMONSTRAÇÃO DE SUA INDISPENSABILIDADE. DECISÃO. FUNDAMENTAÇÃO. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. POSSIBILIDADE. 1. Tem o Ministério Público, em qualquer grau de jurisdição, legitimidade ativa ad causam para impetrar habeas corpus em favor do cidadão que está ameaçado no seu direito de locomoção, em face do disposto no art. 654 do CPP. 2 É admissível a impetração de habeas corpus para desconstituir decisão que ordena interceptação de comunicação telefônica, apesar de não atentar, diretamente, contra o direito de locomoção do cidadão, tendo em vista que, nos seus desdobramentos, pode atingir esse direito (Precedente da 3ª Turma do TRF-1, HC 2002.01.00.028710-6/MT, j. un. em 8.10.2002, DJ 25.10.2002, relator Juiz Olindo Menezes).

3. O pedido de interceptação de comunicação telefônica deve demonstrar sua indispensabilidade para apuração da infração penal, conforme dispõe o art. 4º da Lei

²² (HC 2002.01.00.028710-6/MT. Des. Federal Olindo Menezes. TERCEIRA TURMA do TRF 1ª Região. Publicação 25/10/2002 DJ p. 91)

9.296, de 1996. Não pode e não deve a autoridade policial utilizar-se, sem demonstrar a real necessidade dessa prova, por ser mais prático, fácil e cômodo, para proceder as investigações. 4. A decisão que determina a interceptação de comunicação telefônica deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Alegação, única, que se trata de interesse público para combater o crime organizado não é fundamento para determinar-se a interceptação da comunicação telefônica. A lei exige que seja indispensável a interceptação telefônica para conseguir-se apurar a infração penal (Lei 9.296/96, arts. 4º e 5º). Não é fundamento a afirmativa, tão-só, que: "o interesse público, mormente no combate ao crime organizado, aliado à relatividade do sigilo das comunicações telefônicas - e num plano maior do próprio direito à intimidade - permitem o deferimento do pedido". 5. "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 da privacidade - é a única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais da coletividade e da defesa da ordem jurídica" (Lênio Streck. As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais). 6. De acordo com o art. 5º da Lei 9.296/96, o prazo para a execução da **interceptação telefônica** é de quinze dias, podendo ser "ser renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade" desse meio de prova. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 83.515/RS, em 16.09.2004, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, entendeu que esse dispositivo permitiu renovações sucessivas de prazo quinzenal para a **interceptação**. Mas deve ficar demonstrada a indispensabilidade. O MM. Juiz a quo,, ao apreciar o pedido de prorrogação, autorizou, "desde logo, duas prorrogações em iguais períodos, independente de nova decisão". Concedeu a prorrogação da **interceptação** da comunicação **telefônica**, sem examinar sua indispensabilidade. 7. Não pode a autoridade judicial determinar, por via oblíqua, a **interceptação telefônica** de pessoa que não está sujeita a sua jurisdição, por ter foro privilegiado, ao ordenar a do "fiel ajudante" dessa pessoa.²³

É que as prorrogações indefinidas deferidas judicialmente, acabam por denegrir a própria dignidade da pessoa humana, pois fica-se esperando um dia em que o investigado cometerá um crime e, obviamente, todo o ser humano é falível e passível de cometer um delito (investigação pré-delitual). Ademais, estar-se-ia, com as constantes renovações, ofendendo o princípio da razoabilidade, pois a lei fixou o prazo de interceptação em 15 (quinze) dias, como, então, poderia o Juiz deferir interceptação de um, dois ou três anos.

Com base em tais premissas, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, em 9 de setembro de 2008, concedeu 'Habeas Corpus' aos réus Isidoro Rozenblum Trosman e Rolando Rozenblum Elpern (HC n.º 76.686 – PR), afirmando que as prorrogações das interceptações telefônicas deferidas pelo Juízo Federal de Curitiba, por mais de dois anos, feriram inúmeros princípios constitucionais, conforme voto do Ministro Nilson Naves:

Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei n.º 9.296/96, art. 5º), por que não os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º)? Ou por que não razoável prazo? Desde que, é claro, neste tenhamos

²³ HC 2005.01.00.003090-3/RR, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO. Órgão Julgador: 3ª Turma da TRF 1ª Região. Publicação: 25/02/2005 DJ p.15 Data da Decisão: 15/02/2005

decisão exaustivamente fundamentada, e não, e aí não mesmo, prazo fora dos conceitos razoáveis. Relembremos que o recente projeto estabelece o prazo máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos, que eu, confesso-lhes, entendo ser uma demasia. Ora, não se interpretam, segundo o excelso Maximiliano (também ocupou ele uma das cadeiras do Supremo Tribunal, entre 1936 e 1941), estritamente as disposições que restringem a liberdade humana; de igual maneira, as que restringem a intimidade, a vida priva, etc? Concluindo, Srs. Ministros, o meu entendimento, ao contrário do acórdão da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é o de que há, no caso, se não explícita ou implícita violação do princípio da razoabilidade (entre normas/princípio ou princípio/normas de opostas inspirações ideológicas, a solução do conflito, repito, há de se privilegiar a liberdade, a intimidade, a vida privada, etc). Daí que, Srs. Ministros, concedo a ordem a fim de reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das indicadas comunicações telefônicas; conseqüentemente, nulos torno – e declarados assim ficam – os pertinentes atos processuais da ação n.º 2006.70.04.019980-5; que os autos, então, retornem às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

Certamente tal acórdão reflete a posição garantista de Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2001 : pág. 885):

Por el contrario, el presupuesto del garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere el que lo posee, puesto que se halla expuesto em todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar em el despotismo.

É consectário que tal vertente jurisprudencial tornará mais difícil a obtenção de provas pela Polícia e pelo Ministério Público, mas é certo também que os órgãos estatais precisam ter limites previamente definidos, sob pena de se instalar em nosso país o Estado Policialesco. Interceptar alguém por mais de 2 (dois) anos, devassando sua vida íntima todos os dias, bem como de sua família, evidentemente viola sua intimidade, além de não ser um critério razoável do Estado para obter as provas que pretende.

14 CPI das Escutas Telefônicas

A Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, denominada ‘CPI DAS ESCUTAS’ foi criada com a finalidade de investigar escutas telefônicas clandestinas/ilegais, conforme denúncia publicada na Revista ‘VEJA’, edição 2022, n.º 33, de 22 de agosto de 2007.

Na realidade, tal Comissão Parlamentar ganhou contornos de notoriedade após as denúncias de escuta ilegal em que o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, teria sido alvo de escuta durante conversa com o Senador Demóstenes Torres.

Outro fator que chamou a atenção para a Comissão Parlamentar de Inquérito foi o fato de que agentes da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, em conjunto com policiais federais, na Operação ‘Satiagraha’, que resultou na prisão do banqueiro Daniel Dantas, também teriam procedido a escutas ilegais de inúmeras autoridades de Brasília/DF, causando um mal estar enorme entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Inclusive o próprio Ministro da Defesa, Nelson Jobim, asseverou que a ABIN comprou ilegalmente maletas de interceptação telefônica. Isto resultou no afastamento do então-Diretor Geral do órgão, Paulo Lacerda. Tais maletas teriam poder para fazer grampos em celulares sem depender de operadoras telefônicas e, por isso, em tese, não haveria necessidade de se conseguir autorização do Poder Judiciário. Jobim ainda teria afirmado que ficou sabendo das compras ilegais em face do meio de sistema de compras do Governo.

Tal maleta de ‘grampo’ é um dos equipamentos mais modernos do mundo, usados por unidades de elite da Europa e nos Estados Unidos. Ele parece apenas um laptop e uma antena condicionada em uma maleta tipo 007. Só que o software que o acompanha é capaz de decodificar comunicações digitais criptografadas.

As maletas custam em torno de US\$ 500.000,00 dólares e são capazes de varrer as comunicações mantidas por meio de uma determinada ERB (Estação Rádio Base) – antena instalada pelas operadoras em postes e em cima de edifícios.

Neste sentido, e considerando a proliferação de tais ilegalidades em nosso País, o Presidente da Comissão, Deputado Marcelo Itagiba (PMDB/RJ), asseverou que os trabalhos da Comissão irão até dezembro de 2008, e poderão resultar, inclusive, num novo projeto de lei para punição mais severa dos autores de interceptações/escutas ilegais, além do

indiciamento de possíveis autores de crimes. Marcelo Itagiba ainda asseverou que a CPI funciona como um raio X que identifica o que há por trás da caixa-preta das escutas telefônicas legais e ilegais. A imagem que se vê é a tentativa de criação de um Estado Policialesco, no qual se estabelecem inimigos públicos e utiliza-se de todo um aparato para fazer frente a esses inimigos, custe o que custar. E concluiu Marcelo Itagiba, que é Delegado de Polícia Federal, de que Juízes e Promotores acobertam atividades ilegais na Polícia Rodoviária Federal.

As preocupações dos Deputados são oriundas de diversos fatos, mas se sobressai o fato de que atualmente, o Brasil é conhecido como ‘Grampolândia’. O Jornal *Gazeta do Povo* comenta:

Termos como ‘Estado Policialesco’, ‘guardião’ e ‘big brother’ fundiram-se no conceito da existência de um país dentro de outro, a ‘Grampolândia’. A nação de rastreados seria maior que a população do Paraguai e abrangeeria todo tipo de gente – do traficante do morro aos comandantes dos três poderes.

Dados das operadoras da telefonia móvel e fixa apontam a realização de 409 mil escutas com mandado judicial no ano passado, o que equivaleria ao rastreamento de todos os habitantes de Florianópolis (SC). De acordo com especialistas, os grampos legais têm um crescimento médio de 10% ao ano. Levando-se em conta que existem ao menos o mesmo número de gravações ilegais e que cada usuário fala com outras dez pessoas, o total de grampeados diretos e indiretos saltaria para 8 milhões.

O batismo oficial da Grampolândia ocorreu na última quarta-feira, em uma cerimônia com a silenciosa presença do presidente Lula. Em discurso durante a posse do novo presidente do Superior Tribunal de Justiça, César Asfor Rocha, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, César Britto, deu o tom da polêmica. ‘Instala-se a ‘Grampolândia’ e, com ela, um paradoxo: o guardião da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, mas o guardião do Estado é uma engenhoca eletrônica de bisbilhotagem, disputadíssima pelo Ministério Público e pelas polícias, em todas as suas instâncias: federal, rodoviária, civil”, disse o adotado.²⁴

Atualmente, sabe-se que órgãos como a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Forças Armadas, a ABIN, as Polícias Cíveis de alguns Estados e até mesmo o Ministério Público possuem equipamentos que fazem interceptações telefônicas. Isso realmente é uma afronta ao Estado Democrático de Direito, pois, a partir do momento em que autoridades públicas perdem o respeito e começam a desrespeitar a própria lei, aí estaremos adentrando num terreno muito perigoso para a democracia.

Na realidade, atualmente o que se tem é que o meio mais fácil de investigar alguém é através de interceptação telefônica. Muitos policiais não querem sair a campo procurando vestígios de crimes ou até mesmo fazendo ‘campana’ por dias a fio. É muito mais fácil

²⁴ Jornal *Gazeta do Povo*. Bem-vindo à Grampolandia. Edição do dia 07/07/2008. Seção *Vida Pública*, f. 1

permanecer em ‘Escritórios de Inteligência’ para fins de decifrar os códigos dos supostos bandidos e, depois, prendê-los.

A Revista *Época* relembra:

Como tantos outros aspectos da vida pública, a grampolândia brasileira revela que, 20 anos depois do fim do regime militar, autoridades policiais atravessam regras e leis para criar um ambiente que fere a liberdade e assusta o cidadão comum. O país assistiu, nos últimos anos, a importantes vitórias no combate à corrupção e ao tráfico de influência. É um motivo de orgulho para o regime democrático. Essas conquistas não podem, contudo, ser ameaçadas por ações que ferem a maior de todas as conquistas: o respeito à lei e ao estado de direito.²⁵

Obviamente que tal desrespeito à lei e à Constituição está causando um atrito entre os Poderes Constituídos, pois a Polícia Federal (concentradora do maior número de interceptações realizadas no Brasil) está vinculada ao Poder Executivo e, ao que se sabe, esteve diretamente envolvida na interceptação ilegal do Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal.

A Revista *Isto É*, relatou:

A acusação de envolvimento da Abin em escutas ilegais abriu um conflito entre os Três Poderes. No domingo 31, o presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, cobrou explicações do governo sobre o ‘descontrole estatal’ no uso de grampos. ‘Nesse caso, o próprio presidente da República é chamado às falas, ele precisa tomar providências’, desafiou Mendes. Na manhã de segunda-feira 1º, o ministro descarregou sua ira, em reunião com o próprio Lula. Mendes disse ao presidente que a gestão de Paulo Lacerda na Polícia Federal ‘foi de abusos’ e ‘práticas autoritárias’. E acusou a PF de pressionar juízes a ‘forçar’ a prisão de desembargadores. O ministro voltou a reclamar da divulgação do nome de um homônimo seu envolvido com a quadrilha do empresário Zuleido Veras, da Gautama. ‘Criaram um tal de Gilmar como se fosse eu’, lembrou. ‘Essas práticas estão no DNA dessa gente’.²⁶

Em entrevista à *Folha de São Paulo*, o Ministro Gilmar Mendes disse:

Folha. Mas quem está fora de controle?

Mendes. Acho que o aparato policial. Claro que há outros problemas, mas obviamente que se tolerou esse tipo de coisa e o aparato policial, com suas negociações com a mídia, se autonomizou diante do próprio Judiciário. A Operação Têmis [Deusa da mitologia grega que era convocada em julgamentos de magistrados], por exemplo. Se deu esse nome por quê? Sendo uma investigação que começou no âmbito do próprio Poder Judiciário, mas quando ela vai para a polícia ela ganha esse nome. Pensado para denegrir a imagem do Poder Judiciário. O relator [ministro do STJ Felix Fisher] decide não prender os eventuais envolvidos e é desqualificado por delegados da Polícia Federal. As representações que ele fez para o Ministério Público resultaram arquivadas. Ontem, eu li os episódios envolvendo o ministro Fisher e me senti um pouco envergonhado de não ter

²⁵ Revista *Época*. *Por dentro da Grampolandia*. Edição n.º 538, de 8 de setembro de 2008, pág. 44

²⁶ Revista *Isto É*. *O Espião*. Edição n.º 2027, ano 31, 10 de setembro de 2008, pág. 36

reagido.²⁷

Não se pode olvidar que no Brasil existe a Democracia, e esta deve ser mantida a todo custo, evitando-se a instalação do Estado Policial (aspecto do totalitarismo), baseia-se fortemente no controle da população (e, precipuamente, de opositores) por meio da polícia com fortes tendências políticas, das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), bem como com a participação de guardas civis e outros órgãos de patrulhamento.

É interessante frisar que na Folha de São Paulo²⁸, curiosamente, descobriu-se, através da CPI das Escutas, que o Brasil teve mais de mil grampos por dia no país:

Dados oficiais das operadoras de telefonia enviados à CPI dos Grampos e compilados por técnicos da comissão revelam que foram feitas pelo menos 375.633 escutas telefônicas com autorização judiciais em 2007 – ou seja, em média foram iniciadas mais de mil interceptações a cada dia.

No Brasil, o campeão em números de grampos foi o Estado de São Paulo, que em 2007 autorizou 21.669 escutas, seguido do Paraná (13.373) e Santa Catarina (6.267). O texto, obviamente, reflete um descontrole sobre tais atividades.

Deveras, para evitar o Estado Policial, cabe aos poderes instituídos (Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário) apurar e punir as práticas ilegais de efetuar interceptações telefônicas sem autorização judicial. A CPI das Escutas deve concluir brevemente tal relatório e espera-se que chegue urgentemente a eventuais responsáveis, para que efetivamente se punam os desvios de conduta.

²⁷ Jornal Folha de São Paulo, 29 de setembro de 2008, Seção ETC, Entrevista, pág. 12

²⁸ Folha de São Paulo, 9 de novembro de 2008, Seção Brasil, A4

15 Prevenção do Juízo que deferiu as Interceptações Telefônicas para todas as ações penais subseqüentes

Nos momentos em que a competência do juiz natural é transgredida, nos feitos de interceptação telefônica, a rigor, o investigado em nada poderia se opor, tendo em vista desconhecer a fonte primária da prova contra ele produzida. Contudo, quando se lhe abrir a oportunidade para o contraditório e a ampla defesa, mister que suscite tal dúvida.

A competência para deferir a medida cautelar é de natureza funcional, portanto, absoluta, sendo o mesmo juiz competente para a ação principal, nos termos do art. 83 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante.

Ora, o juízo que deferir as interceptações telefônicas requeridas pela autoridade policial, porque vislumbrou que os fatos ocorreriam em sua área de atuação, deve ser prevento para todas as prisões decorrentes do procedimento, contudo, muitas vezes não é isso o que acontece no ambiente forense.

Juízes e membros do Ministério Público, muitas vezes, mesmo tendo cognição de que tem em suas mãos procedimentos de interceptação telefônica que levaram à prisão de traficantes ou outros criminosos em diversas Comarcas, e a pretexto de não frustrar a operação principal, não repassam tais informações aos outros Juízes e Promotores dos locais de apreensão, violando o princípio do Juiz Natural.

Neste ínterim, verificam-se os seguintes julgados:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PREVENÇÃO. EXAME DA LEGALIDADE. 1. Quando o tráfico ilícito de entorpecentes se estende por mais de uma jurisdição é competente, pelo princípio da prevenção, o Juiz que primeiro toma conhecimento da infração e pratica qualquer ato processual. No caso, o ato que fixou a competência do juiz foi a autorização para proceder a escuta telefônica das conversas do Paciente. 2. O exame da legalidade da autorização para a escuta telefônica não foi suscitado perante o STJ. Impossibilidade de conhecimento neste Tribunal sob pena de supressão de instância. Precedentes. HABEAS conhecido em parte e nessa parte indeferido.²⁹

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTS. 299 PARÁGRAFO ÚNICO, E 319 DO CÓDIGO PENAL.

²⁹ HC 82009 / RJ - RIO DE JANEIRO Relator(a): Min. NELSON JOBIM Julgamento: 12/11/2002 Órgão Julgador: Segunda Turma do STF Publicação DJ 19-12-2002 (grifo nosso)

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA PRO JUÍZO INCOMPETENTE. NULIDADE CONFIGURADA.

I - O juiz competente para a ação principal é quem deve autorizar ou não a interceptação das comunicações telefônicas. (Precedente)

II - In casu, declarada a competência do e. Tribunal a quo para processar e julgar o feito, devem ser desentranhadas dos autos as provas decorrentes da quebra de sigilo telefônico determinada por Juízo incompetente. Ordem concedida, para anular a decisão que determinou a interceptação telefônica do ora paciente, determinando o desentranhamento da prova nula, sem prejuízo das demais provas constantes do inquérito.³⁰

Nesse sentido, a negativa da juntada das informações colhidas das interceptações telefônicas nos inquéritos policiais abertos, seja quando da prisão em flagrante, seja porque outros provas foram obtidas dando início a inquéritos, como início de prova contra as imputações dos ilícitos penais derradeiramente conduzirá à incompetência absoluta dos demais juízos e a nulidade de todo o processo penal que se seguirá.

É interessante frisar que o juízo que conheceu de todas as prisões em flagrante ocorridas, antes mesmo do juízo para onde foram remetidas os autos, é o juízo competente para todas prisões, pois conhece todos os liames de tal teia delituosa, possuindo condições de angariar mais informações e provas do que o juízo regionalizado que tão somente sabe de uma prisão em flagrante.

Outrossim, deve-se considerar a nítida conexão intersubjetiva por concurso de pessoas e conexão instrumental, além da probatória.

Na conexão instrumental a prova de uma infração influi na outra e conforme GUILHERME DE SOUZA NUCCI (NUCCI: 2004, p. 218) a conexão intersubjetiva por concurso:

É a situação de vários agentes que cometem infrações penais em tempo e lugar diferentes, embora umas sejam destinadas, pelo liame subjetivo que liga os autores, a servir de suporte às seguintes. Trata-se de uma espécie de concurso de agentes dilatado no tempo, envolvendo infrações diversas.

Assim sendo, entre os diversos autos de prisão em flagrante ocorre a conexão intersubjetiva por concurso eis que todos os denunciados estavam unidos pela identidade de propósitos e há conexão instrumental, eis que as provas de um e outro caso encontram-se nos autos de interceptação telefônica de um dos juízos, por isso merecem julgamento conjunto, a fim de evitar contrariedades e até mesmo injustiças.

³⁰ HC 43741 / PR ; HABEAS CORPUS 2005/0070640-8 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA do STJ. Data do Julgamento 23/08/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 10.10.2005 p. 405

Se tal reunião de feitos não ocorrer, mister que se declare a nulidade das prisões em flagrante até então ocorridas, ante a não observância do direito de ampla defesa e da violação da competência do juízo prevento.

Por fim, deve-se também questionar a nulidade de tais prisões ante a possibilidade de juízo totalmente incompetente julgar fato de outra esfera. Por exemplo: uma interceptação telefônica aberta perante a Justiça Federal para investigar tráfico transnacional de drogas, acaba por resvalar, no decorrer do procedimento, em um carregamento isolado, de uns 10Kg de ‘maconha’, num certo ônibus. Naquele feito isolado, por óbvio, se o acusado nada revelar, não existirá prova específica do tráfico transnacional de drogas (art. 33, c/c art. 40, inciso I da Lei 11.343/2006), e, portanto, o flagrante (em que nada se menciona sobre a interceptação), irá imediatamente para o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca da apreensão. Ora, como se dizer que esse julgamento seria válido, se o feito principal está no Juiz Federal de alguma Subseção Judiciária? Nesse caso específico, haverá nulidade de todo o processo penal, na esteira do seguinte entendimento jurisprudencial:

PENAL. COMPETÊNCIA FEDERAL. NATUREZA DO ENTORPECENTE. MENOR RELEVÂNCIA. TRÁFICO INTERNO. VÍNCULO NECESSÁRIO. COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO ESTADUAL.

1. A competência constitucional e taxativa da Justiça Federal exige a prática de crime à distância, previsto em tratados internacionais. Não tendo sido comprovada a transnacionalidade do tráfico, com a majorante da internacionalidade, resta reconhecer a incompetência do foro federal, anulando-se os atos decisórios desde o recebimento da denúncia, inclusive.

2. A mera natureza presumidamente estrangeira da droga apreendida não basta à configuração da transnacionalidade do delito, que necessita ver reconhecida a prática internacional do crime, com parcela de sua execução em território estrangeiro, ainda que tão somente pela aquisição e transporte da droga em outro país.

3. Declinada a competência ao Juízo Estadual.³¹

Portanto, deve sempre a autoridade judiciária que está com o procedimento de interceptação, dar-se por competente para os feitos futuros, quando ocasionados por flagrante.

³¹ (TRF 4ª Região – ACR 2004.71.08.014069-3/RS – Rel. Tadaaqui Hirose – 7ª T. – D.E. 5.3.2008)

16 Casos em que não é cabível a interceptação telefônica

Existem certas situações que aplicadas ao caso concreto, mesmo preenchendo-se formalmente os requisitos previstos na Lei 9.296/96, ainda assim a autoridade judiciária não deveria autorizar a interceptação feita pela autoridade policial. A rigor, deve-se ater apenas aos requisitos formais previstos no artigo 2º da Lei 9.296/96:

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.

Então, não havendo os óbices previstos no artigo 2º, em tese, poderia o Juiz determinar a interceptação de qualquer delito, para fins de investigação ou de processo penal. Mas, não se pode ter uma idéia tão simplista, descolada do contexto social e das vicissitudes do sistema penal.

A rigor, somente os delitos graves é que deveriam possibilitar a interceptação telefônica, tais como os crimes hediondos (lei 8.072/90), tráfico de drogas, tráfico de armas e munições, tortura e crimes graves cometidos por servidores públicos (corrupção, concussão, peculato etc).

Os crimes hediondos estão previstos na Lei 8.072/90:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:
 I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);
 II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**);
 III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);
 IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º);
 V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único);
 VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único);
 VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).
 ...
 VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, **caput** e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).
 Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos

arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Portanto, todos os delitos descritos pela Lei 8.072/90 devem ser tidos como passíveis de interceptação telefônica, além do tráfico de drogas, armas/munições e crimes cometidos por servidores públicos.

Luiz Flávio Gomes (GOMES: 1997, p. 186) comenta o seguinte:

Em relação à doutrina estrangeira sempre houve a preocupação de se salientar o cabimento da interceptação exclusivamente ‘nos delitos graves’, porque somente eles podem tolerar essa ingerência na intimidade alheia. O mais comum, em termos de direito comparado, é a adoção de um elenco de crimes que comportam a interceptação. Já o critério do ‘quantum da pena’ é criticável, porque resulta exageradamente permissivo. Como bem destacou Antonio Magalhães Gomes filho, certamente não pretendeu a Constituição outorgar uma ‘carta branca’ para que o legislador ordinário autorizasse o seu emprego na apuração de ‘todos os crimes’ punidos com reclusão, como faz o art. 2º, inciso III, da Lei 9.296/96. Urge, destarte, muito cuidado do Juiz no momento de aplicar a lei. Por força do princípio da proporcionalidade, aqui tantas vezes citado, impõe-se que seja criterioso, cauteloso, pois do contrário irá distanciar-se das diretrizes impostas pelo constituinte.

É interessante que se toque especificamente nesse assunto, pois há delitos/crimes que não devem ser apurados pela Polícia através de interceptação telefônica, mas que a lei 9.296/96 permitiria, em tese, pois são apenados com reclusão. Poder-se-ia, conforme dicção legal, permitir interceptações telefônicas, por exemplo, para investigar o crime de pesca ilegal, mediante uso de substância tóxica (art. 35, inciso II da Lei 9.605/98).

Isso seria um verdadeiro absurdo, não porque o meio ambiente não deva ser cuidado/tutelado pelo Direito Penal, mas sim, pelo fato de que existe uma vasta gama de outros delitos graves acontecendo em nosso país e, portanto, em face dos escassos recursos humanos colocados à disposição da polícia, deve-se utilizar o critério da razoabilidade para a obtenção dos melhores resultados.

Vicente Greco Filho (GRECO : 2006, pág. 22), diz:

A possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida, porque muito ampla.

Há muitos crimes punidos com reclusão que, de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, considerando-se especialmente o ‘furor incriminatório’ de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada.

Outrossim, os crimes em que se pode verificar mais facilmente por meio de documentos (sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, falsidades), não devem ser objeto de interceptação telefônica, mas sim, auditorias *in loco* dos órgãos competentes.

Não se deve utilizar a interceptação telefônica, até mesmo pela natureza do procedimento, nos feitos que são de competência da Vara do Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95), eis que por serem crimes de menor potencial ofensivo, devem ser investigados ou processados da maneira menos invasiva possível ao cidadão. Ora, se sequer é possível a prisão em flagrante do ofensor, então, haveria possibilidade de interceptação telefônica para investigá-lo? Certamente que não, pois afrontaria princípios notórios do Direito Penal.

Neste ínterim, passa-se a expor casos em que efetivamente não se deve utilizar o recurso da interceptação telefônica, por diversos motivos.

16.1 Processos em que caiba suspensão condicional do processo

Sabe-se que a suspensão condicional do processo é instrumento processual instituído em benefício do réu, desde que este atenda o benefício da Suspensão Condicional do Processo possui sua regulamentação no artigo 89 da Lei 9.099/95:

Art. 89 . Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidos ou não por essa Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4(quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Assim, nos crimes que tenham pena mínima igual ou inferior a um ano, suscetível a aplicação da suspensão condicional do processo.

Apesar de não existir vedação legal específica na Lei 9.296/96, mas verifica-se que contraria a própria razoabilidade deferir-se medida tão invasiva aos direitos do cidadão, ou seja, a interceptação, para, depois, adiante, no processo penal, oferecer-se um benefício legal que suspenderá o próprio processo e, com o regular cumprimento das condições, extinguirá a punibilidade do acusado, de forma a conduzir como se o processo não tivesse existido.

Ademais, mesmo que o réu possua outro processo criminal, esse fato, muitas vezes, não o caracteriza como contumaz na prática de delitos, já que cometeu um crime ulterior e está respondendo perante o Estado por ele, não configurando motivo para usá-lo como meio de impedir que o réu obtenha a suspensão do processo neste feito.

Ainda que o réu possua outros antecedentes, a benesse deve ser aplicada independentemente destes, desde que demonstrado que não é pessoa contumaz na prática de delitos, pois fugiria dos objetivos do artigo 89 da Lei 9.099/95.

Atendendo às finalidades implícitas da suspensão condicional do processo, o benefício

de suspensão deverá ser concedido ao réu, já que evitará toda a instrução processual, sendo que possivelmente, no momento da condenação a pena poderá ser convertida em restritiva de direito, que no fim, terá os mesmos efeitos da suspensão condicional do processo (às vezes até menos restritiva).

Tal entendimento tem por fundamento o fato de que o artigo 89, ao ser criado pelo legislador, restringiu todo um instituto processual a apenas um dispositivo de lei, o que, gera a necessidade de análise e aplicações ao caso em concreto. GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES e GOMES (1997, p. 22), asseveram:

Cuidou de um dos mais revolucionários institutos no mundo atual em apenas um artigo (art. 89). É evidente, assim, que vamos encontrar incontáveis omissões. O que está na lei, pode-se dizer, é a moldura mínima. À doutrina e à jurisprudência caberá fixar os seus contornos finais. Inúmeras questões jurídicas, algumas verdadeiramente intrincadas, podem ser levantadas. E a solução para todas essas questões passa pela correta compreensão da sua natureza jurídica, do seu fundamento, das suas finalidades e das suas conseqüências.

Portanto, não há o menor sentido lógico de que se determine, judicialmente, a interceptação de pessoas que eventualmente tenham cometido crimes/delitos que tenham pena mínima igual ou inferior a um ano, pois a medida invasiva contraria os princípios da Lei dos Juizados Especiais, ou seja, de menor burocratização de alguns institutos. Veja-se que em crimes de menor potencial ofensivo não há sequer prisão em flagrante (quando a pessoa se compromete a se apresentar no Foro), ou seja, poderia existir delito que não tivesse flagrante, mas que estivesse sendo interceptado o seu possível autor. Desarrazoada tal perspectiva, então.

Impossível, portanto, interceptar crimes que tenham a possibilidade de ulterior suspensão condicional do processo (pena mínima igual ou inferior a um ano de reclusão).

E pior ainda seria utilizar-se de tal recurso invasivo, no decorrer da própria ação penal suspensa, já que a finalidade da benesse é a extinção da punibilidade.

16.2 Casos em que o Direito Penal não deve atuar (Caráter Fragmentário)

O Direito Penal, como um todo, tem suas balizas marcadas pelo seu caráter fragmentário, ou seja, somente quando as outras áreas do Direito não se efetivarem, ele atua. O “Princípio da Intervenção Mínima”, extraído principalmente do Direito Penal, é aquele pelo qual tal direito deve intervir apenas quando os outros ramos estiverem ausentes, falharem ou forem insuficientes para prevenir ou punir uma conduta ilícita e socialmente reprovável. A

condenação penal possui caráter excepcional e deve estar reservada para os casos em que é o único meio de proteger a ordem social.

A adoção de uma política criminal consentânea com o funcionalismo teleológico significa ter em conta o bem jurídico como referência normativa, ou seja, significa rejeitar liminarmente o emprego de toda a norma incriminadora que não corresponda à proteção de um bem jurídico que seja indispensável ao desenvolvimento social do indivíduo. Ou seja, a interpretação de proteção aos bens jurídicos meta-individuais trazidos à baila pelo moderno Direito penal deve sofrer a filtragem do princípio da fragmentariedade, incumbindo reconhecer como válida somente a proteção a um bem jurídico coletivo, por trás do qual se possa identificar claramente o interesse de indivíduos determinados.

O Promotor de Justiça Cândido Furtado Maia Neto (MAIA NETO: 2007, pág. 37), acertadamente, assevera:

O poder de julgar, a *persecutio criminis* e o *ius puniendi* possuem limites para a garantia dos cidadãos, na realização dos direitos e princípios fundamentais consagrados universalmente pelo direito penal democrático...

Ao Estado-acusação (Ministério Público) corresponde a contenção da violência oficial punitiva através de uma política de mínima intervenção, via processo de descriminalização jurisprudencial, em face da inércia do Estado-legislador (Congresso Nacional), para reduzir ao máximo as desigualdades sociais de acesso, seletividade e vulnerabilidade à administração de justiça, tornando o direito penal, efetivamente a *ultima ratio* das ciências jurídicas e a pena de reclusão e de detenção como o último recurso de medidas repressivas contra o *ius libertatis* que é em desfavor da cidadania...

Esta opção se traduz em utilizar a proteção do bem jurídico essencial ao desenvolvimento social do indivíduo, como função primordial do direito penal e, logo, como fundamento da aplicação da pena. A aplicação da pena só pode ser justificada enquanto o fim buscado não é conflitivo com a defesa desses bens jurídicos, inclusive no que se refere à própria pessoa do apenado.

Neste vértice, verifica-se que não há sentido em se fazer interceptação telefônica de investigados que não tiverem condutas que devam ser abarcadas pelo Direito Penal.

Observa-se, deveras, que há perversões do nosso sistema penal – de resto, um problema de todo e qualquer sistema penal –, que fazem com que os criminosos provenientes do meio popular sejam proporcionalmente muito mais punidos dos que os criminosos egressos dos meios sociais mais favorecidos (crimes de colarinho branco, lavagem de dinheiro e da classe política). Desta forma, é necessário saber o que a sociologia diz sobre o crime e, provavelmente, saber que um dos fundadores da própria sociologia moderna, o ilustre Durkheim, tem uma teoria clássica sobre o crime. Qual? A de que o crime, pela reação que

provoca, a punição do criminoso, cumpre a função positiva de reforçar a chamada solidariedade social, desde que a punição seja necessária, de forma justa e adequada com observações sociais e culturais dos envolvidos, dando-lhes a oportunidade de reajustarem suas condutas. FONSECA (2002, p.184), diz:

A sociologia aplicada ao direito precisa, sim, ser utilizada como ferramenta posta a serviço do questionamento e das propostas de mudança na teoria jurídica, nas técnicas procedimentais de encaminhamento e solução de conflitos, na estrutura, composição e funcionamento dos órgãos públicos de tomada de decisão, notadamente, o Poder Judiciário.

A visão do Ministério Público e do Poder Judiciário, em relação a tais pessoas, deve ser focada sob outro prisma, ou seja, numa realidade justa e cercada de objetividade.

Juarez Cirino dos Santos (SANTOS: 2007, p. 5-6) conceitua os objetivos do Direito Penal:

Contudo, a proteção de bens jurídicos realizada pelo Direito Penal é de natureza subsidiária e fragmentária –e, por isso, se diz que o Direito Penal protege bens jurídicos apenas em ultima ratio: por um lado, proteção subsidiária porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sócio-político e jurídico do Estado; por outro lado, proteção fragmentária porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República e protege apenas parcialmente os bens jurídicos selecionados para proteção penal.

A proteção de ultima ratio de bens jurídicos pelo Direito Penal é limitada pelo princípio da proporcionalidade, que proíbe o emprego de sanções penais desnecessárias ou inadequadas em duas direções opostas:

a) primeiro, lesões de bens jurídicos com mínimo desvalor de resultado não devem ser punidas com penas criminais, mas constituir contravenções ou permanecer na área da responsabilidade civil, como pequenos furtos em lojas, indústrias ou empresas em geral; b) segundo, lesões de bens jurídicos com máximo desvalor de resultado não podem ser punidas com penas criminais desproporcionais ou absurdas – como ocorre com os chamados crimes hediondos, esse grotesco produto da imaginação punitiva do legislador brasileiro.

Mirabete (2002, p. 116), quanto a tal princípio, diz:

O crime não se distingue das infrações extra penais de forma qualitativa, mas apenas quantitativamente. Como a intervenção do Direito Penal é requisitada por uma necessidade mais elevada de proteção à coletividade, o delito deve consubstanciar em um injusto mais grave e revelar uma culpabilidade mais elevada; deve ser uma infração que merece a sanção penal. O desvalor do resultado, o desvalor da ação e a reprovabilidade da atitude interna do autor é que convertem o fato em um ‘exemplo insuportável’, que seria uma mau precedente se o Estado não o reprimissem mediante a sanção penal. Isso significa que a pena deve ser reservada para os casos em que constitua o único meio de proteção suficiente da ordem social frente aos ataques relevantes. Apenas as condutas deletérias da espinha dorsal axiológica do sistema global histórico-cultural da sociedade devem ser tipificadas e reprimidas. Não se deve incriminar os fatos em que a conduta não implique risco concreto ou lesão a nenhum dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem normativa constitucional...

Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (PRADO e BITTENCOURT: 1995, p.

45) dizem:

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, posto que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela norma jurídica. Isso, segundo Régis Prado, é o que se denomina caráter fragmentário do Direito Penal. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa.

O Direito Penal – já afirmava Binding – não constitui um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os bens que formam o universo de bens do indivíduo, mas representa um sistema descontínuo de seleção de ilícitos, decorrente da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico penal.

Resumindo, caráter fragmentário do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.

Veja-se que a situação atual de desemprego, custo alto para manutenção familiar, da falta de oportunidades e da possibilidade de um trabalho justo e formal para sustentar a família, o convívio num Estado quiçá injusto no momento de dividir riquezas e que muitas vezes só funciona como arrecadador de impostos, não raramente leva pessoas “*de bem*” a ter momentos de fraqueza e sucumbir a atos delituosos não-graves.

Zaffaroni e outros autores (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR: 2006, p. 46-47) afirmam sobre a seletividade do Direito Penal:

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delincente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o princípio critério seletivo da criminalização secundária; daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias), que o biologismo criminológico considerou causas do delito quando, na realidade, eram causas da criminalização, embora possam vir a tornarem-se causas do delito quando a pessoa acabe assumindo o papel vinculado ao estereótipo...

Neste sentido, se a conduta do investigado pode ser abarcada pelo caráter fragmentário do direito penal, não deve existir interceptação telefônica, por ser medida extrema e que deva ser reservada para delitos de maior gravidade.

16.3 Da Insignificância nos Delitos de Descaminho/Contrabando menor do que R\$

10.000,00 (dez mil reais), inclusive para cigarros

A Receita Federal do Brasil é o órgão responsável pelo controle aduaneiro, sendo que ela, nas ações de contrabando/descaminho, é que deve quantificar o valor dos tributos federais atinentes à operação ilegal.

Todavia, geralmente os cálculos da Receita Federal são elaborados pelo somatório de tributos em situação normal de importação, a qual chega, por diversas vezes, a até 330% (trezentos e trinta por cento) do valor da própria mercadoria, sendo, na realidade, um confisco. Deveras, há norma mais benéfica para aplicação os eventuais investigados, ou seja, o art. 65 da Lei 10.833/2003, que assim disciplina tal importação irregular:

A Secretaria da Receita Federal poderá adotar nomenclatura simplificada para a classificação de mercadorias apreendidas, na lavratura do correspondente auto de infração para a aplicação da pena de perdimento, bem como aplicar alíquotas de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor arbitrado dessas mercadorias, para o cálculo do valor estimado do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados que seriam devidos na importação, para efeitos de controle patrimonial, elaboração de estatísticas, formalização de processo administrativo fiscal e representação fiscal para fins penais. (grifos nossos).

Assim, aplicando-se o art. 65 da Lei 10.833/2003, haverá incidência da alíquota de 50% para o cálculo de I.P.I. (Imposto sobre Produtos Industrializados) e I.I. (Imposto sobre Importação de produtos estrangeiros), tributos federais incidentes na referida operação, acarretando o montante de tributos menor do que o valor geralmente calculado pela Receita Federal.

Ocorre, neste ínterim, norma mais benévola aos investigados, assim consequentemente não há justa causa para a ação penal pelo princípio da insignificância, já que o valor dos tributos dos cigarros não ultrapassa o **novo patamar** de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o mínimo para a propositura da execução fiscal da Procuradoria da Fazenda Nacional e para a propositura da ação penal na Justiça Federal.

A Lei 10.833/2003, para efeitos tributários, só incide em algumas hipóteses, como no caso em que não é possível identificar a mercadoria importada. Mas, para fins penais deve sempre ser aplicada, pelo princípio da isonomia e pelo princípio da norma mais favorável ao réu, já que, no caso em apreço, sobeja o valor da mercadoria equiparado ao cálculo apresentado pelo próprio fisco da União.

O princípio da norma mais favorável pode ser interpretado sob vários prismas diferentes: como aquela que prevê uma pena menor para um delito ou uma nova causa de justificação ou não-culpabilidade e, finalmente, aquelas que tornam atípica uma conduta

anteriormente tratada como crime (*abolitio criminis*).

Damásio E. de Jesus (JESUS: 1997, p. 90) explica que “de modo geral, toda norma que amplie o âmbito da licitude penal, quer restringindo o campo do “jus puniendi” ou do “jus punitiois”, quer estendendo o do “jus libertatis”, de qualquer forma, pode ser considerada “lex mitior”.

Damásio cita Asúa que explica serem inúteis regras casuísticas formuladas em abstrato sobre a lei mais benigna, pois o problema tem que se decidir em cada caso concreto, comparando-se em cada fato real o resultado da aplicação das várias leis.

Assim, havendo duas legislações aplicáveis ao mesmo caso concreto, para o Direito Penal, aplicar-se-á sempre a norma mais favorável, ou seja, a norma aplicada ao caso concreto sempre será a mais vantajosa para o investigado.

Note-se que os Tribunais vêm aplicando o art. 65 da Lei 10.833/2003:

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSTOS FEDERAIS INCIDENTES NA IMPORTAÇÃO. HABITUALIDADE NÃO RECONHECIDA. 1. Aplica-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando o valor do tributo não recolhido mostra-se irrelevante, justificando, inclusive, o desinteresse da Administração Pública na sua cobrança. 2. Conforme o art. 65 da Lei nº 10.833/03, para efeitos de representação fiscal para fins penais, aplicar-se-á alíquotas de até 50% (cinquenta por cento), sobre o valor arbitrado das mercadorias, para o cálculo do valor estimado do II e IPI que seriam devidos na importação. 3. Circunstâncias de caráter eminentemente subjetivo não interferem na aplicação do princípio da bagatela jurídica.³²

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSTOS FEDERAIS INCIDENTES NA IMPORTAÇÃO. 1. Aplica-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando o valor do tributo não recolhido mostra-se irrelevante, justificando, inclusive, o desinteresse da Administração Pública na sua cobrança. 2. Conforme o art. 65 da Lei nº 10.833/03, para efeitos de representação fiscal para fins penais, aplicar-se-á alíquotas de até 50% (cinquenta por cento), sobre o valor arbitrado das mercadorias, para o cálculo do valor estimado do II e IPI que seriam devidos na importação.³³

Diante do exposto percebe-se que no caso concreto, a norma mais benéfica ao investigado é a efetiva aplicação do art. 65 da Lei 10.833/2003, por limitar o *jus puniendi* do Estado.

Não é demais dizer também que o fato do valor calculado pela Receita Federal, ultrapassar o próprio valor das mercadorias, é um fato absurdo, pois configura, certamente,

³² TRF4, RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, 2007.71.17.000493-3, Oitava Turma, Relator Artur César de Souza, D.E. 11/07/2007

³³ TRF4, RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, 2006.72.13.002371-9, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wovk Penteadó, D.E. 16/05/2007.

um confisco – prática vedada pela própria Constituição da República (art. 150, inciso IV).

Assim, além da tributação aludida configurar confisco, é importante asseverar que há norma mais benéfica aplicável ao fato aventado. Veja-se que o próprio Supremo Tribunal Federal aplica o princípio da norma mais benéfica ao investigado, conforme o seguinte excerto:

AÇÃO PENAL. Crime tributário. Não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas aos empregados. Condenação por infração ao art. 168-A, cc. art. 71, do CP. Débito incluído no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS. Parcelamento deferido, na esfera administrativa pela autoridade competente. Fato incontestável no juízo criminal. Adesão ao Programa após o recebimento da denúncia. Trânsito em julgado ulterior da sentença condenatória. Irrelevância. Aplicação retroativa do art. 9º da lei nº 10.684/03. Norma geral e mais benéfica ao réu. Aplicação do art. 2º, § único, do CP, e art. 5º, XL, da CF. Suspensão da pretensão punitiva e da prescrição. HC deferido para esse fim. Precedentes. No caso de crime tributário, basta, para suspensão da pretensão punitiva e da prescrição, tenha o réu obtido, da autoridade competente, parcelamento administrativo do débito fiscal, ainda que após o recebimento da denúncia, mas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.³⁴ (grifo nosso)

Neste sentido, não há que se duvidar que para efeito do caso concreto em apreço, o art. 65 da Lei 10.833/2003 é mais benéfico e deve ser aplicado imediatamente, para fins de arquivamento.

16.4 Princípio da insignificância - Arquivamento

Em que pese à adequação da conduta ao tipo penal, não há, na hipótese e nesse caso, razão para a instauração de procedimento de interceptação telefônica, já que o crime praticado e o valor da *res* exigem a aplicação do Princípio da Insignificância, conforme as considerações a seguir esplanadas.

Buscando evitar-se a persecução criminal nos casos de insignificante lesividade ao objeto da tutela penal, cabe ao intérprete valorar, *in concreto*, o resultado do crime. Ocorre que, nos crimes de **contrabando e descaminho** (art. 334 do Código Penal), inexistente norma legal específica que estabeleça o que é insignificante, ou ao menos, defina um parâmetro de razoabilidade para aplicação ou não do princípio.

Para tanto a jurisprudência esteve adotando como critério para definição do crime de bagatela o valor correspondente ao crédito que, a princípio, não é executado pela Fazenda Pública, nos termos do art. 20 da Lei n.º 10.522/02, que estabeleceu o valor de **R\$ 2.500,00** (dois mil e quinhentos reais), posteriormente elevado para **R\$ 10.000,00** (dez mil reais), por

intermédio da **Lei n.º 11.033, de 21 de dezembro de 2004**.

Apesar da alteração da **Lei n.º 11.033/04**, por motivos de bom senso e equidade, este *Parquet* continuou aplicando o valor de **R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)** em prejuízo do novo patamar de **R\$ 10.000,00 (dez mil reais)**, em consonância com a jurisprudência do TRF da 4ª Região.

Assim dispõe o **artigo 20 da Lei 10.522/2002**, com a redação dada pela **Lei 11.033/2004**:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

No entanto, conforme recentíssima decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal³⁵, deve ser aplicado como patamar para o arquivamento em razão do princípio da insignificância o valor de **R\$ 10.000,00 (dez mil reais)**, considerando-se os tributos federais. Explica-se.

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu em **19.8.2008** *habeas corpus* para trancar uma ação penal aberta contra o “sacoleiro” J.A.M., denunciado na 1ª Vara Federal Criminal em Foz do Iguaçu, no Paraná, por importar mercadorias do Paraguai no valor de **R\$ 22.459,10** (vinte e dois mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e dez centavos) sem recolher os tributos devidos, que totalizavam **R\$ 5.118,60** (cinco mil, cento e dezoito reais e sessenta centavos).

Os Ministros apontaram a falta de **justa causa** para a ação penal quem o paciente era acusado do delito de contrabando ou descaminho (art. 334 do Código Penal) – exatamente como no caso em epígrafe.

O MM. Juiz Federal de Foz do Iguaçu havia rejeitado a denúncia com base no princípio da insignificância, mas o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** recorreu e o **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, sediado em Porto Alegre/RS, decidiu que a ação penal deveria prosseguir. O mesmo entendimento prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça.

A defesa, por sua vez, defendeu que o caso seria de aplicação do princípio da insignificância, apontou, para tanto, a existência do art. 20 da Lei n.º 10.522/02, segundo a qual a fazenda deve arquivar execuções fiscais de débitos inferiores a **R\$ 10.000,00** (dez mil reais).

³⁴ STF - HC 85048-1 (364) - Rel. Min. Cezar Peluso - DJU 1º.9.2006

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região alegou que o limite de R\$ 10 mil (dez mil reais) imposto pela lei para ajuizamento de execuções penais não poderia ser aplicado no âmbito criminal por ser “destoante da realidade social”. Para o TRF4 o princípio da insignificância somente poderia ser aplicado a valores de até R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

No referido *habeas corpus* o relator, o Exmo. Min. **JOAQUIM BARBOSA** asseverou que a decisão do TRF 4ª Região representou “constrangimento ilegal” ao determinar que a lei federal não poderia ser aplicada na seara criminal. Nas palavras do Ministro: “eu concordo até com essa estupefação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região diante dessa norma que exonera administrativamente débitos de até R\$10 mil. É muito dinheiro. Mas a lei aí está”.

Portanto, verificando-se a Corte Suprema do País adotou o patamar de **R\$ 10.000,00** em tributos federais, para fins de insignificância, nos crimes de descaminho/contrabando, bem como nos crimes fiscais em geral (**art. 1º da Lei 8.137/90 e artigos 168-A e 337-A, ambos do Código Penal**), mister a aplicação neste caso concreto, para fins de isonomia (art. 5º, *caput* da Carta Magna).

Sobre o princípio da insignificância no crime de descaminho, assevera muito bem Alberto Silva Franco e Rui Stoco, no Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, no qual afirmam que:

Nas hipóteses de crimes contra a ordem tributária (sonegação fiscal), de facilitação ou de contrabando ou descaminho, em que a objetividade jurídica é a salvaguarda dos interesses do erário público em arrecadar, o conceito de insignificância deve ser aferido segundo particulares critérios, levando em consideração esse interesse. (FRANCO e STOCO: 2001, p. 4055).

De outro vértice, veja-se que a União, através do próprio Presidente da República, afirmou que irá perdoar (anistiar) dívidas fiscais até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o que reforça a tese de insignificância, para a União, de tais tributos, conforme divulgado no Correio Braziliense, no dia 19 de agosto de 2008:

O presidente Luiz Inácio Lula da Silva anunciou nesta terça-feira (19/08), em reunião do Conselho Político, segundo o relato de líderes que participaram do encontro, que o governo concederá anistia fiscal para quem tem débitos de até R\$ 10 mil inscritos na Dívida Ativa da União. Lula teria dito: "Vamos perdoar e limpar os cadastros das pessoas que estejam sujeitos por incompetência nossa". Segundo os líderes, o presidente explicou que houve incompetência do governo nos casos de dívidas que eram, inicialmente, de R\$ 400 e aumentaram para R\$ 10 mil porque "o cobrador deixou" que chegassem a esse valor. Lula fazia referência aos

³⁵ HC 92.438/PR, Notícias STF. 2ª Turma do STF anula ação penal contra acusado de fraudar Fisco em R\$ 5 mi. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94646&caixaBusca=N>. acesso em 20/09/2008.

débitos contraídos no período de 31 de dezembro de 2002 a 31 de dezembro de 2007 que somem até R\$ 10 mil. Isso representa, segundo participantes do encontro, R\$ 3,632 bilhões.

Mais cedo, o líder do governo na Câmara, deputado Henrique Fontana (PT-RS), informou que o ministro da Fazenda, Guido Mantega, apresentou na reunião as linhas gerais da proposta de negociação de dívidas de exportadores que disputam na Justiça o direito ao crédito tributário gerado pelo Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).³⁶

Neste ínterim, não cabe ao Direito Penal, portanto, ocupar-se de uma parcela de conduta que a própria União não se interessa em cobrar.

Tal entendimento também já faz inclusive parte da atual jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual já julgou da seguinte maneira³⁷, conforme notícia do site www.jfpr.gov.br:

A 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) decidiu na quinta-feira (18/9), por unanimidade, que só há justa causa para processar e julgar acusados pela prática do crime de descaminho quando o total dos impostos sonegados for superior a R\$ 10 mil. A medida levou em consideração decisões recentes tomadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que aplicaram o princípio da insignificância nesses casos.

Ao analisar o assunto em recurso de competência da 4ª Seção (reunião das duas turmas criminais) do TRF4, o desembargador federal Elcio Pinheiro de Castro determinou o trancamento da ação penal movida contra um homem que ingressou em território brasileiro sem recolher R\$ 1,8 mil em tributos. O magistrado lembrou que em agosto a 2ª Turma do STF, levando em conta o princípio da subsidiariedade, entendeu ser inadmissível que uma conduta seja irrelevante no âmbito administrativo e não o seja para o Direito Penal. A Lei 10.522/2002, com redação dada pela Lei 11.033/2004, determina o arquivamento das execuções fiscais com valor igual ou inferior a R\$ 10 mil. Posteriormente, ressaltou o magistrado, o STJ passou a adotar posicionamento idêntico.

EInf. 2005.70.02.006341-6/TRF

Dessa forma, verificando-se casos em que os tributos federais (Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados, COFINS e PIS) das mercadorias contrabandeadas/descaminhadas não ultrapassem o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cabível, portanto, a aplicação do princípio da insignificância e, por consectário, não se deve permitir a interceptação telefônica.

³⁶Jornal Correio Braziliense. *Governo deve conceder anistia Fiscal a dívidas de até R\$ 10 mil reais*. Disponível em http://www.correiobraziliense.com.br/html/sessao_1/2008/08/19/noticia_interna,id_sessao=1&id_noticia=26238/noticia_interna.shtml. Acesso em 19/08/2008

³⁷Portal da Justiça Federal da 4ª Região. *Ações penais por descaminho só devem ser julgadas quando total dos impostos for superior a R\$ 10 mil*. Disponível em <http://www.jfpr.gov.br/comsoc/noticia.php?codigo=3796>. Acesso em 22/09/2008

17 Remédio cabível da ordem que interceptou ilegalmente telefone fixo ou celular

17.1 Do Cabimento de ‘habeas corpus’

Em havendo uma determinação de interceptação telefônica contrária à previsão constitucional, ou não preenchendo os requisitos da Lei 9.296/96, qual o recurso cabível ou remédio adequado para fins de rechaçar tal ilegalidade? Ademais, quem poderia impetrar tal remédio constitucional, se o investigado, obviamente, não toma conhecimento que está sendo interceptado?

Não existe previsão para eventual recurso no Código de Processo Penal, pois não se trata de apelação e nem de recurso em sentido estrito.

Como tal interceptação estaria afetando ou pelo menos ameaçando a liberdade do indivíduo ilegalmente investigado pela Polícia, então conseqüentemente caberia o remédio constitucional do ‘habeas corpus’. E quem impetraria tal ‘mandamus’?

Bem, haverá somente três protagonistas de tal interceptação, sendo: 1) a autoridade policial que solicitou a interceptação; 2) o membro do Ministério Público que emitirá parecer a favor ou contra a interceptação e 3) a autoridade judiciária que deferirá ou não o pedido do Delegado de Polícia. Ora, o Delegado que pediu a interceptação obviamente estará vinculado ao interesse na interceptação e não agirá em defesa do investigado. O magistrado que deferiu a interceptação também está impedido de atuar em defesa do investigado, pois foi ele mesmo quem deu azo à possível deferimento equivocado da interceptação. Resta, tão somente, o membro do Ministério Público, o qual, de maneira solitária, deverá agir estritamente de acordo com a sua consciência e de acordo com a Constituição Federal, impetrando eventual ‘habeas corpus’ quanto entender conveniente, no sentido de albergar e proteger os direitos dos cidadãos, reafirmando a ordem jurídica nacional.

O *Habeas Corpus* é um remédio jurídico constitucional previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988, alteado como garantia individual do direito subjetivo fundamental à liberdade física, a liberdade de ir, ficar e vir. Tem como principal escopo evitar ou fazer cessar violência ou a coação à liberdade individual proveniente de ilegalidade ou abuso de poder.

Sua origem histórica remonta ao período em que o Estado Absolutista governava sem leis e sem responsabilidade pelos atos praticados, pois a condição humana não era tratada

como um fim em si mesma, e sim com distinções hierárquicas e em estratificação social.

A irresignação dos que eram aviltados em seus direitos mínimos conduziram a movimentos sociais para afirmar e efetivar as liberdades públicas fundamentais e um dos instrumentos propugnados foi o *Habeas Corpus*.

Nosso direito pátrio não ficou à margem dessa evolução e preceituou no ordenamento jurídico desde o Código de Processo Penal de 1832, sendo consolidado nos moldes atuais com a Constituição Federal de 1988.

Nas lições de Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA: 2006, p. 732), acerca do cabimento do *Habeas Corpus*, *in verbis*:

O habeas corpus dirige-se contra o ato atentatório da liberdade de locomoção. Para que se configure um ato atentatório ao direito de locomoção, não é necessário que haja já uma ordem de prisão determinada por autoridade judiciária ou que o seu titular (do direito) já se encontre preso. Será objeto do writ tanto a ameaça real, concretizada, como a ameaça potencial.

Por ameaça potencial estamos nos referindo ao simples início de qualquer atividade persecutória que tenha por objeto a apuração de fato imputado ou imputável à pessoa individualizada. Nesse sentido a simples instauração de inquérito policial ou de procedimento investigatório será suficiente para configurar situação de ameaça potencial à liberdade de locomoção, quando dirigida a fato certo e a pessoa previamente determinada, e desde que, para a conduta, seja prevista imposição de pena privativa de liberdade.

Ora, dificilmente o próprio investigado tomará conhecimento de que está sendo interceptado, pois os autos de interceptação são extremamente sigilosos, sob pena de não atingirem o seu próprio objetivo. Então, como guardião do regime jurídico e das liberdades constitucionais, o membro do Ministério Público que atuar perante tal feito, não concordando com a existência da própria interceptação, deverá impetrar 'habeas corpus' em favor do investigado, sob pena de cometer o crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal).

Neste prisma, deverá o membro do Ministério Público, se for o caso, argüir a nulidade da Representação Criminal feita pelo Delegado de Polícia e homologada por magistrado, bem como das decisões que prorrogam as interceptações.

É que o Ministério Público deve atuar mediante *habeas corpus*, pois esse órgão não pode simplesmente chancelar possíveis abusos e ofensas a princípios constitucionais.

Nesse íterim, é que verificamos a seguinte ementa do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. **INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA**. ADMISSIBILIDADE DO USO DE HABEAS CORPUS PARA DECLARAÇÃO DE SUA ILEGALIDADE. PEDIDO DE ESCUTA. DEMONSTRAÇÃO DE SUA INDISPENSABILIDADE. DECISÃO.

FUNDAMENTAÇÃO. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. POSSIBILIDADE. 1. Tem o Ministério Público, em qualquer grau de jurisdição, legitimidade ativa ad causam para impetrar habeas corpus em favor do cidadão que está ameaçado no seu direito de locomoção, em face do disposto no art. 654 do CPP. 2 É admissível a impetração de habeas corpus para desconstituir decisão que ordena interceptação de comunicação telefônica, apesar de não atentar, diretamente, contra o direito de locomoção do cidadão, tendo em vista que, nos seus desdobramentos, pode atingir esse direito (Precedente da 3ª Turma do TRF-1, HC 2002.01.00.028710-6/MT, j. un. em 8.10.2002, DJ 25.10.2002, relator Juiz Olindo Menezes).

3. O pedido de **interceptação** de comunicação **telefônica** deve demonstrar sua indispensabilidade para apuração da infração penal, conforme dispõe o art. 4º da Lei 9.296, de 1996. Não pode e não deve a autoridade policial utilizar-se, sem demonstrar a real necessidade dessa prova, por ser mais prático, fácil e cômodo, para proceder as investigações. 4. A decisão que determina a **interceptação** de comunicação **telefônica** deve ser fundamentada, sob pena de **nulidade**. Alegação, única, que se trata de interesse público para combater o crime organizado não é fundamento para determinar-se a **interceptação** da comunicação **telefônica**. A lei exige que seja indispensável a **interceptação telefônica** para conseguir-se apurar a infração penal (Lei 9.296/96, arts. 4º e 5º). Não é fundamento a afirmativa, tão-só, que: "o interesse público, mormente no combate ao crime organizado, aliado à relatividade do sigilo das comunicações telefônicas - e num plano maior do próprio direito à intimidade - permitem o deferimento do pedido". 5. "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 da privacidade - é a única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais da coletividade e da defesa da ordem jurídica" (Lênio Streck. As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais). 6. De acordo com o art. 5º da Lei 9.296/96, o prazo para a execução da interceptação telefônica é de quinze dias, podendo ser "ser renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade" desse meio de prova. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 83.515/RS, em 16.09.2004, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, entendeu que esse dispositivo permitiu renovações sucessivas de prazo quinzenal para a **interceptação**. Mas deve ficar demonstrada a indispensabilidade. O MM. Juiz a quo., ao apreciar o pedido de prorrogação, autorizou, "desde logo, duas prorrogações em iguais períodos, independente de nova decisão". Concedeu a prorrogação da **interceptação** da comunicação **telefônica**, sem examinar sua indispensabilidade. 7. Não pode a autoridade judicial determinar, por via oblíqua, a **interceptação telefônica** de pessoa que não está sujeita a sua jurisdição, por ter foro privilegiado, ao ordenar a do "fiel ajudante" dessa pessoa.³⁸

E nunca esqueçamos que o Ministério Público é o defensor da ordem jurídica nacional, tendo de agir nos estritos limites de sua convicção, não podendo estar subordinado a quem quer que seja.

³⁸ (HC 2005.01.00.003090-3/RR, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO. Órgão Julgador: Terceira Turma da TRF 1ª Região. Publicação: 25/02/2005 DJ p.15 Data da Decisão: 15/02/2005 Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu ordem de habeas corpus impetrada pela Procuradoria da República no Estado de Roraima para declarar a ilegalidade das interceptações das comunicações telefônicas determinadas nos autos 2004.42.00.001847-8)

17.2 Legitimidade Ativa do Ministério Público para impetrar ‘habeas corpus’

Fernando de Almeida Pedroso (ALMEIDA *apud* PEDROSO: 2001, p. 39) asseverou acerca da inexistência de lide no âmbito processual penal, o quê confere ao Ministério Público funções díspares de parte parcial informada pelo desiderato único e exclusivo de obter uma condenação.

O órgão ministerial é o *dominus litis* da ação penal, a quem se legitima o *jus accusationis* e a pretensão correlata. No entanto, qualquer que seja o âmbito de atuação, no cível ou no criminal, sempre deve desempenhar suas atribuições de forma imparcial e não como mero interessado privado que age para atender uma satisfação pessoal. “Imparcialidade - aponta Canuto Mendes de Almeida – é a posição desinteressada do espírito entre duas soluções contrárias”.

O órgão acusatório como parte em sentido formal, dotado de imparcialidade, tem interesse voltado para a correta aplicação das normas jurídicas, para a busca da verdade real e concretização de perfeita e genuína justiça, por conseqüência, em suas intervenções no processo penal, obedece aos critérios de estrita objetividade jurídica, buscando o direito de punir do Estado, desde que pautado nos princípios e regras ditados pelo ordenamento jurídico.

A função do Ministério Público se enaltece na defesa da sociedade, na salvaguarda da ordem jurídica e qualificá-lo como parte em sentido substancial é derrocar o preceito legal que lhe impõe o dever de fiscalizar a exata aplicação da lei.

E dentre os mecanismos contemplados para defesa da ordem jurídica se inclui o dever de impetrar *habeas corpus*, como forma de garantir os direitos e liberdades dos cidadãos, contra possíveis ilegalidades praticadas por autoridades públicas. Nesse contraponto é que se extrai a sua verdadeira função, a de defender a sociedade.

No art. 6º da Lei Complementar n.º 75/93, está assegurado que “compete ao Ministério Público da União... VI – impetrar habeas corpus e mandado de segurança”.

Não bastasse o texto expresso da Lei, os doutrinadores são pacíficos quanto à legitimidade ativa do Ministério Público para impetrar *habeas corpus*, sendo que Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA : 2002, f. 757), diz:

(...) Por se tratar de questão das mais relevantes no âmbito do processo penal, porque em risco a liberdade individual, o procedimento de habeas corpus deve ser necessariamente célere e simplificado.
Nesse passo, prevê o art. 654 do CPP que o habeas corpus poderá ser impetrado por

qualquer pessoa – que será designada por impetrante – em seu favor ou de outrem, além do Ministério Público (...)

O Supremo Tribunal Federal já julgou a existência de tal legitimidade:

HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO A legitimidade para a impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade.³⁹

Possível, então, a impetração de ‘habeas corpus’ pelo Ministério Público, seja Estadual, seja o Federal.

17.3 Possibilidade Jurídica do Pedido

Não há vedação no ordenamento jurídico à impetração do *mandamus* no caso de violação à intimidade do cidadão e como a própria Constituição Federal assegura que “a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (art. 5º, XXXV), essencialmente quando se está diante da necessidade de observância de princípios e direitos fundamentais que tutelem a liberdade de locomoção e, assim, expurguem ou evitem a persecução penal incondicionada, ilimitada, arbitrária.

17.4 Interesse de agir

Eventuais autos de representação criminal de interceptação telefônica tratam-se de verdadeira investigação autônoma da autoridade policial, de natureza cautelar, sigilosa, não precedida de inquérito policial e não inserida numa relação processual.

Verifica-se que o Ministério Público, em casos deste jaez, insurge-se perante o juízo contra o trâmite de tal investigação. Contudo, acaso o juízo negue o pedido do Ministério Público, deferindo o pedido da autoridade policial, não restará outro meio para consagrar os direitos individuais dos investigados contra a decisão da autoridade judiciária, por meio de *habeas corpus*, para coibir ilegalidades e sanar as já perpetradas, o que demonstra a

³⁹ STF - HC nº 79572-2 - 2ªT - Rel. Ministro Marco Aurélio - DJU - 22.2.2002

necessidade e utilidade do presente instrumento (remédio) constitucional.

Neste sentido, não há que se questionar quanto à existência de pressupostos constitucionais de cabimento e as condições da ação para impetração do *habeas corpus*, conhecido ele deve ser pelo Tribunal competente, a fim de se obter a tutela jurisdicional pretendida de regularidade e validade da persecução penal.

18 O Sistema ‘Guardião’

Nas últimas épocas nos acostumamos a ver cenas de empresários, políticos e servidores públicos entrando forçados em camburões da Polícia Federal (PF), acusados de corrupção. No primeiro mandato do Presidente Lula, foram cerca de 400 (quatrocentas) operações desse tipo, o dobro do número verificado nos oito anos do governo Fernando Henrique Cardoso.

Chegou-se à conclusão que uma das razões para que a polícia esteja prendendo mais é um ganho de eficiência nas investigações e na produção de provas. Mas, por trás dessa melhora de desempenho está uma poderosa arma contra o crime desenvolvida nos laboratórios de uma empresa de Florianópolis, a Dígito Tecnologia.

A Dígito desenvolveu, em parceria com o Departamento de Polícia Federal, um *software* chamado **Guardião**. O sistema encomendado pela Superintendência Regional da PF de Santa Catarina, em Florianópolis, ficou pronto em **1999** e hoje é utilizado largamente pela PF e por algumas polícias estaduais.

O sistema **Guardião** é capaz de monitorar centenas de ligações telefônicas ao mesmo tempo e fazer cruzamento de dados, racionalizando o trabalho dos agentes de Polícia Federal. O *software* está por trás das principais investigações conduzidas pela PF no País, incluindo as operações Xequemate e Moeda Verde.

Depois de estar em condições de operar, o programa passou a ser testado em algumas investigações da PF no Rio Grande do Sul e no Mato Grosso do Sul. No início da década de 2000, passou a ser uma ferramenta amplamente disseminada no trabalho da PF em todo o País. Nas Polícias Civis dos Estados do Pará, Pernambuco e Rio Grande do Norte também se utiliza o sistema **Guardião**.

A notoriedade que a Polícia Federal ganhou com as ações colocou sob pressão a Diretoria de Inteligência da PF e implantou a lei do silêncio dentro da instituição.

No Ministério da Justiça, ao qual está subordinada a Polícia Federal, a orientação é de que “ninguém falaria sobre o Guardião, ainda mais neste momento em que há muita pressão em relação às escutas telefônicas”. O delegado executivo regional em exercício da PF em Santa Catarina, Marcelo Mosele, disse que a orientação interna é “não dizer uma palavra sobre o assunto”. Ele argumenta que a PF já presta contas ao Ministério Público e ao Judiciário por todas as suas ações e que “falar do instrumental utilizado nas investigações é

favorecer os criminosos”.

O **Guardião**, na realidade, é um programa de computador usado pela Polícia Federal, polícias estaduais e Ministério Público para monitorar as ligações telefônicas de pessoas sob investigação. O *software* seleciona automaticamente as conversas que interessam aos investigadores, permitindo que centenas de pessoas sejam grampeadas ao mesmo tempo, com análise rápida dos dados.

Depois que a Polícia Federal solicita, e o Poder Judiciário (estadual ou federal) defere, a interceptação de números específicos de telefones é solicitada às companhias telefônicas. As ligações são conectadas ao **Guardião**, enviando dados (telefonemas feitos e recebidos, duração e horários das ligações) e voz. Os diálogos e as informações são filtrados por módulos de inteligência artificial, possibilitando que os policiais encontrem mais rapidamente as informações que interessam à investigação.

Quando um telefone está sendo monitorado, são gravados os dados e conversas de ligações feitas a partir dele e para ele. O **Guardião** não monitora automaticamente novos telefones, nem as operadoras automaticamente os interceptam. Segundo a conveniência policial, é feito um pedido adicional ao juiz, que poderá ou não autorizar. Só então a operadora fará a interceptação e o **Guardião** passará a monitorar o telefone autorizado.

O programa é "escalonável", segundo a DÍgitro. Teoricamente, não há limites para número de ligações "grampeáveis" ao mesmo tempo. Mas o **Guardião** não elimina o trabalho humano. É preciso que os policiais interpretem os dados fornecidos pelo sistema, por isso a limitação é dada mais pelo número de agentes envolvidos na investigação.

Mais novidades estão por vir, pois há dentro da Polícia Federal quem defenda que o orçamento mais ‘gordo’ previsto para a investigação seja utilizado para aposentar o **Guardião**. O programa estaria obsoleto, prestes a virar “peça de museu” e poderia ser substituído por *softwares* mais poderosos usados nos Estados Unidos, Europa e Israel.

Nos últimos anos, com a presença do **Guardião**, a Polícia Federal passou a mostrar tanto serviço – mostrar, literalmente, com prisões transmitidas pela TV para todo o País – que começou a provocar reações. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) tem mantido reuniões com a PF para tratar de eventuais “excessos” dos investigadores. O deputado federal Otávio Leite (PSDB-RJ) apresentou projeto determinando que aparelhos de escuta policial sejam submetidos a auditorias periódicas. E o Ministério da Justiça já enviou ao Congresso Nacional um projeto de lei para limitar as escutas telefônicas, submetendo-as ao crivo do Ministério Público e restringindo os prazos de duração dos

grampos telefônicos, além de aumentar a pena dos delitos.

A própria Ordem dos Advogados do Brasil, embora tenha criticado o anteprojeto, tem se manifestado a favor de uma regulamentação das escutas. O desempenho da Inteligência da PF não trouxe apenas críticas, mas credenciou o ex-Diretor-Geral da instituição Paulo Lacerda, a conseguir junto ao governo federal um aumento de 60% no orçamento do ano de 2007. Foram as seguintes investigações de grande vulto da Polícia Federal, em que se utilizou o sistema **Guardião**: *Grilo, Guabiru, Sanguessuga, Voto Livre, Moeda Verde, Navalha, Xeque-Mate e Satiagraha*.

Assim como a Polícia Federal, a Procuradoria-Geral da República tem um equipamento moderníssimo de interceptação telefônica, adquirido no fim de **2004**. O contrato para a compra do sistema Guardião foi fechado antes de o Supremo Tribunal Federal (STF) decidir se os integrantes do Ministério Público podem fazer investigações. Procurador-geral da República na época da compra, Cláudio Fonteles afirmou que o equipamento “foi adquirido dentro do contexto da Operação CC5”.

Concentrada no Paraná, essa operação conjunta entre Ministério Público Federal, Polícia Federal e Justiça Federal investigou suspeitas de ilícitos como crime contra o sistema financeiro, evasão de divisas, formação de quadrilha e sonegação fiscal. A assessoria de comunicação da Procuradoria da República no Paraná confirmou que o sistema foi instalado naquela ocasião, mas não foi usado. Fonteles observou que a operação garantiu o retorno para o País de “muito dinheiro” e resultou na prisão de várias pessoas.

Segundo ele, não há problemas no uso desse tipo de sistema pelo Ministério Público desde que partilhado com a polícia e com prévia autorização judicial. De acordo com informações disponíveis na página da procuradoria na *internet* (www.pgr.mpf.gov.br), o Guardião custou R\$ 734,2 mil.

A compra do Guardião pela Procuradoria causou muita polêmica, em face da discussão acerca da possibilidade da investigação direta pelo Ministério Público.

Ademais, há notícias, contudo, de que os aparelhos seriam usados, sim, por empresas. Ao propor a limitação do uso do Guardião à Polícia Federal, o senador Romeu Tuma (DEM-SP) declarou que o sistema já caiu nas mãos da iniciativa privada.

Ainda que as gravações não sejam feitas pela iniciativa privada, pode-se vislumbrar a possível utilização para chantagens. No Rio de Janeiro, interceptações telefônicas legais, feitas para investigar esquema de supostas fraudes nas licitações da Petrobrás pelos donos da empresa Angraporto, caíram nas mãos de um ex-sócio e atual desafeto dos proprietários da

empresa. O vazamento agora será investigado pela Polícia.

Na Dígitro, o procedimento padrão é destruir o *back up* das escutas assim que a operação de grampo é desativada, diz a empresa. “O sistema de *back up* das gravações feitas, bem como sua guarda e manutenção, são de responsabilidade única e exclusiva do cliente”, explicou a empresa em ofício enviado à Justiça Federal do Paraná.

O **Guardião**, portanto, é um sistema de *software* e *hardware* fabricado exclusivamente pela Dígitro, de Santa Catarina, com tecnologia própria. É capaz de gravar simultaneamente centenas de ligações. Segundo a empresa, o sistema é desenvolvido de acordo com as necessidades do cliente e o preço varia. Por isso não podem dizer quanto custa um Guardião. Especula-se que seu custo gira em torno de R\$ 500 mil, além dos gastos com a manutenção — o MP de Mato Grosso comprou um por R\$ 413 mil em dezembro do ano passado.

Por motivos de segurança e impedimentos contratuais, a Dígitro não informa quantos aparelhos do **Guardião** existem em operação no Brasil.

19 Resolução do Conselho Nacional de Justiça e novos Projetos de Lei quanto à Interceptação Telefônica

São vários os projetos de lei tentando restringir a utilização das interceptações telefônicas, ainda mais com a proliferação de grampos ilegais pelo País. Diversos juristas acreditam que a Lei 9.296/96 foi muito tímida, não disciplinando com intensidade todos as vicissitudes do procedimento de interceptação telefônica.

O Presidente da Associação Nacional dos Juízes Federais, Fernando César Baptista de Mattos, garante que um levantamento recente feito pela entidade revelou que nas varas federais criminais apenas 1% das investigações em curso contam com grampo, pois este seria um instrumento utilizado com extrema moderação.

Mesmo assim, existe, desde 1995, um projeto de lei na Câmara dos Deputados (1258), proposto pelo Senador Pedro Simon (PMDB/RS) em que se requereu uma maior limitação na utilização dos dados de sigilos obtidos em interceptações telefônicas, para fins de regulamentação da Constituição Federal, alterando, inclusive, a atual norma legal que rege a matéria, Lei 9.296/96.

Desde 1995, já foram anexados ao projeto inicial 13 projetos, sendo o mais novo o de n.º 4.047/2008, o qual conta com a aprovação prévia do Palácio do Planalto.

Nele, as principais modificações na Lei 9.296/96 são a) o fato de que no procedimento de interceptação telefônica, dever-se-á, sempre antes do deferimento do pedido, ouvir-se o Ministério Público; 2) restringir o prazo de interceptação a, no máximo, 360 (trezentos e sessenta) dias e 3) aumentar a pena de violação do sigilo das comunicações telefônicas, principalmente quando realizada por servidor público. Conforme reportagem do O ESTADO DE SÃO PAULO, de 11 de setembro de 2008, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado – CCJ aprovou tal projeto de lei, em decisão terminativa, estando agora na Câmara dos Deputados, para aprovação daquela Casa. O Presidente da Associação dos Delegados de Polícia Federal, Sandro Avelar, considerou razoável o texto aprovado na CCJ do Senado que prevê prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias para a prorrogação das escutas.

Provavelmente a reação imediata e recente de tais nobres edis tenha sido ocasionada pelo último escândalo que abalou a República, em que se envolveu o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal, o qual foi vítima de possível violação ao seu sigilo

telefônico, por policiais federais e servidores da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, conforme amplamente divulgado pela imprensa.

Na *Gazeta do Povo* recentemente foi relatado o seguinte:

O debate sobre novas regras para as escutas telefônicas legais chegou a um limite. Ao longo da semana passada, decisões do Congresso Nacional, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) começaram a cercear o alcance dos grampos. As ações reforçaram uma dúvida – como conciliar o Estado Democrático de Direito e a necessidade de investigar grupos criminosos cada vez mais sofisticados?⁴⁰

Uma das decisões prefaladas na reportagem acima foi proferida em 9 de agosto de 2008, em que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução n.º 59, a qual “disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996”.

A Resolução é muito minuciosa, adentrando a detalhes sobre distribuição, encaminhamento dos pedidos de interceptação, da rotina de recebimento dos envelopes pela serventia, do despacho judicial que defere a medida, da expedição de ofícios às operadoras, das medidas adotadas pelo plantão, dos pedidos de prorrogação de prazo, do transporte dos autos para fora do Poder Judiciário, da obrigação de sigilo e da responsabilidade dos agentes públicos, além de outras disposições.

Curiosa é a determinação do art. 18 da aludida Resolução, a qual diz:

Art. 18. Mensalmente, os Juízos investigados de competência criminal informarão às Corregedorias dos respectivos tribunais, preferencialmente pela via eletrônica, em caráter sigiloso:

I – a quantidade de interceptações em andamento;

II – a quantidade de ofícios expedidos às operadoras de telefonia;

Parágrafo único. As Corregedorias dos respectivos tribunais comunicarão à Corregedoria Nacional de Justiça, até o dia 10 do mês seguinte ao de referência, os dados enviados pelos juízos criminais.

Ora, será que isto não seria uma ingerência indevida nos trabalhos do Poder Judiciário (os quais deveriam ser independentes), através do Conselho Nacional de Justiça? O Conselho Nacional de Justiça foi criado somente para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, mas, neste caso concreto, parece que o CNJ extrapolou suas funções e, em certo viés, parece estar criando uma norma legal (bem mais rigorosa que a Lei 9.296/96) para cumprimento pelas autoridades judiciárias quanto às interceptações telefônicas.

Outrossim, é de se perguntar o porquê as Corregedorias dos Tribunais devem saber quantas interceptações estão sendo feitas pelos juízos monocráticos. Certamente não será somente para se registrar em estatísticas, mas sim, para, indiretamente, controlar os serviços judiciários criminais. Saber-se-á, obviamente, quais são os juízes que mais deferem medidas de interceptação, bem como aqueles que jamais as deferem.

De outro norte, a medida poderá causar temor entre os magistrados, no sentido de que poderão ser investigados pelas Corregedorias, com a justificação de que são excessivos os deferimentos dos pedidos de interceptação nas Varas de origem, prejudicando, inclusive, eventuais promoções ou remoções por merecimento.

A Constituição Federal, em seu artigo 22, assevera:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Não se dúvida de que tal Resolução do CNJ trata de direito processual penal, pois regulamenta com minúcias a tramitação de feitos de interceptação (medidas cautelares) e a forma como os atos serão executados, portanto, *prima facie*, parece que o Ato do CNJ fere gravemente a Constituição da República, quando trouxe para si atribuição que na realidade é exclusiva do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), conforme art. 48 da CF, combinado com o artigo acima transcrito, prejudicando, inclusive, a análise prévia de constitucionalidade que o Presidente da República poderia fazer, em caso de veto de eventual projeto de lei nos mesmos moldes.

De qualquer forma, a Resolução está plenamente em vigor e até o momento ninguém ou nenhuma entidade a contestou judicialmente (através de Mandado de Segurança ou de Ação Direta de Inconstitucionalidade) e, se a fizesse, teria que ajuizar alguma medida no Supremo Tribunal Federal - STF, guardião maior da nossa Carta Magna.

⁴⁰ Jornal Gazeta do Povo. *As amarras do grampo*. Edição do dia, 14 de setembro de 2008. Seção Vida Pública,

20 Considerações Finais

Com o presente trabalho pretendeu-se, não exaustivamente, explicar sobre o direito à intimidade previsto na Constituição Federal, sua relatividade e esmiuçar a Lei 9.296/96, para fins de entendimento.

Discorreu-se muito sobre o próprio direito à intimidade, as conseqüências da inobservância do tema, para fins de nulidade dos atos, além de expor possíveis deficiências da Lei 9.296/96 e suas prováveis alterações.

Assim, verificou-se que da mesma maneira que as interceptações telefônicas podem auxiliar a Polícia a identificar criminosos e elucidar delitos graves, também se deve ter a visão de que é necessário um maior controle estatal sobre a disseminação indiscriminada das interceptações telefônicas em nosso País, pois estas violam, frontalmente o direito à intimidade previsto na Constituição Federal. Tal questão é muito sensível e pode ser grave à medida de que os próprios agentes públicos estatais poderiam estar ferindo princípios básicos da Magna Carta e colocando em risco a própria democracia, observada a visão garantista dos direitos do cidadão.

‘Grampolândia’ é um termo pejorativo, no qual, nosso País se transformou, frente aos inúmeros casos de interceptações ilegais noticiadas diariamente. São necessários meios eficazes do controle do próprio Estado, para fins de que não tenhamos um Estado Policialesco, em que tudo e todos estão sendo ‘grampeados’ para fins de averiguação, mas se deve, então, reservar a interceptação telefônica única e exclusivamente para os crimes realmente graves e que possam prejudicar a sociedade como um todo, evitando-se que o instituto caia em descrédito.

Outrossim, verificaram-se diversas situações polêmicas, como o início de interceptação telefônica por ‘denúncia anônima’, bem como a questão das interceptações telefônicas intermináveis.

Por fim, o que se espera deste trabalho é que, de algum modo, auxilie o nosso País em fortalecer as instituições através da correta aplicação da lei e da Constituição, e que impere a *Justiça* e a *Democracia*, em busca da preservação dos direitos do cidadão, sempre dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Canuto Mendes de *apud* PEDROSO, Fernando de Almeida. Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.

ASÚA. *Apud* JESUS, Damásio E. de. *La ley y el delito, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1980, p. 154.* Direito Penal – 1º Volume – Parte Geral. Editora Saraiva, 1997.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos e MARTINS. Ives Granda. Comentários à constituição do Brasil. Ed. Saraiva, 1989, Volume II.

CAMBI, Eduardo. A prova civil : admissibilidade e relevância. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 1ª ed., São Paulo : Saraiva, 1997.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. 5ª edição. Madrid : Editorial Trotta, 2001

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. “Ligações Melindrosas: uma reflexão a respeito da Sociologia aplicada ao Direito”, in: OLIVEIRA, Luciano e JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Orgs.), *Ou Isto Ou Aquilo – A Sociologia Jurídica nas faculdades de direito*, Rio de Janeiro,

IDES/Letra Capital, 2002.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7ªed. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004.

GOMES, Luiz Flávio CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997

_____, Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico e político-criminal. São Paulo: RT, 2.ª ed.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini; **Juizados especiais criminais, comentários à lei 9.099/95**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECCO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1976.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 2ª ed. Rev. e atual, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal – 1º Volume – Parte Geral. Editora Saraiva, 1997.

JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 3ª Edição. São Paulo, Editora RT, 1996.

KNIJNIK, Danilo. A prova nos júzcos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

LAVIÉ, Quiroga. Derecho constitucional. Buenos Aires : Depalma, 1993.

MAIA NETO, Cândido Furtado de. O promotor de justiça e os direitos humanos/ 1ª ed. (ano 2000), 3ª tir./ Curitiba : Juruá, 2007

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. São Paulo: Forense, 1961.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, Código de processo Penal Interpretado, 2ª edição, São Paulo : Atlas, 1991

_____, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, 12 ed., São Paulo : Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12 ed., São Paulo, Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, Direito Aplicado, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza, Código de processo penal comentado - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PRADO, Luis Regis; BITTENCOURT, Cezar Roberto. Elementos de direito penal : parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995 – (Coleção Resumos; 1)

RABONESE, Ricardo. Provas Obtidas por Meios Ilícitos. 1ª ed. Porto Alegre : Síntese, 1998

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. 5ª Ed. RJ: Saraiva, 1983.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 2. Ed. – Curitiba : ICPC: Lumen

Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas : teoria da proporcionalidade*, São Paulo : Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed, São Paulo, Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. Apud GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro : Revan, 2003, 3ª edição, novembro de 2006