

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALEXANDRE BAHRY PEREIRA

**O ACÓRDÃO DE HABEAS CORPUS Nº 76.686 DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA E AS SUAS IRRADIAÇÕES NO SISTEMA PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

CURITIBA

2010

ALEXANDRE BAHRY PEREIRA

**O ACÓRDÃO DE HABEAS CORPUS Nº 76.686 DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA E AS SUAS IRRADIAÇÕES NO SISTEMA PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Penal e Processual Penal da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Paraná
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel no Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Professora Doutora Clara Maria
Roman Borges

CURITIBA

2010

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de expor meus sinceros agradecimentos, no contexto acadêmico, em especial, para duas Professoras de extrema relevância na minha formação: Professora Clara Maria Roman Borges, excelente orientadora e mentora no que posso afirmar ter sido a matéria que tive maior afinidade nos últimos anos de faculdade e; Professora Gilda Maria Bergamini Muniz, a qual me permitiu a grandiosa experiência da monitoria, proporcionando meu crescimento profissional e pessoal.

No âmbito profissional, agradeço minhas chefes: Dra. Anassílvia, Dra. Úrsulla e Dra. Denise por terem tido paciência, carinho e tempo para me ensinar as verdadeiras funções de alguém que se insere no mundo jurídico deve exercer.

Aos amigos que sempre estiveram juntos nesse período e sempre estarão presentes, em especial a Carol, Hanna, Dani, Fer Drummond, Rê e Fran.

No contexto familiar, agradeço a minha mãe, Sylneide, pelo amor e apoio constante e pelo esforço ao tentar facilitar que todos os meus objetivos fossem alcançados, incondicionalmente; aos meus irmãos Ricardo e Marina, pelos momentos de parceria, diversão, amizade e, por que não, conflitos; a minha bisavó Joanita, suporte e incentivo para meus estudos e futuros sucessos; aos tios Sylvio e Ana, por sempre oferecerem uma alternativa de figura paterna, perspectiva profissional e fontes de carinho; aos tios Wagner e Maria Odisséia pelas demonstrações de caráter e base familiar; a minha avó Eneida, por estar sempre ao meu lado, e aos pequenos Aninha e Ricardinho pelos diversos momentos de alegria!

Por fim, agradeço a Deus e a todos que permitiram que eu chegasse onde estou e colaboraram de qualquer forma para meus sucessos presentes e futuros, expresso meu eterno reconhecimento!

RESUMO

A presente monografia objetiva a análise crítica dos institutos e conceitos que se referem intimamente ao tema das interceptações telefônicas, especialmente no tocante ao acórdão de Habeas Corpus nº 76.686 do Superior Tribunal de Justiça. O núcleo do trabalho busca visualizar quais são os parâmetros utilizados na doutrina e brevemente na jurisprudência a respeito da citada matéria, tendo em vista as divergências no posicionamento geral quanto ao modelo de sistema processual que é adotado no contexto brasileiro.

Procurando atingir as devidas análises, serão realizadas, inicialmente, ponderações acerca do referido acórdão, expondo os votos dos Ministros que se manifestaram nas sessões de julgamento. Em seguida, serão feitas conceituações breves sobre os temas atinentes ao trabalho, quais sejam: os sistemas processuais penais, matéria que claramente não é de posição unificada na doutrina, apesar da tentativa frustrada do legislador instituir constitucionalmente o sistema acusatório; o princípio da verdade real e o princípio do contraditório; e, em sequência, os institutos que dispõem sobre a interceptação telefônica. Por fim, uma análise unificada, dos conceitos colocados em pauta pelo acórdão e expostos de maneira não exaustiva neste trabalho, será realizada, objetivando uma análise crítica acerca de princípios constitucionais e sua validade perante o sistema processual penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Habeas Corpus; Sistemas Processuais Penais; Interceptação Telefônica; Caso Sundown Bicicletas

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. RELATÓRIO DO ACÓRDÃO DE HABEAS CORPUS Nº 76.686 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	09
2.1. VOTO DO RELATOR MINISTRO NILSON NAVES.....	10
2.2. VOTO DO MINISTRO PAULO GALLOTTI.....	12
3. CONCEITOS RELEVANTES PARA O ESTUDO DO CASO.....	15
3.1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	15
3.1.1. SISTEMA INQUISITÓRIO.....	17
3.1.2. SISTEMA ACUSATÓRIO.....	19
3.1.3. SISTEMA MISTO.....	21
3.1.4. O MODELO BRASILEIRO.....	22
3.2. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.....	24
3.3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	26
3.4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	28
3.4.1. CONCEITOS.....	29
3.4.1.1. DEFINIÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA <i>STRICTU SENSU</i>	29
3.4.1.2. NATUREZA JURÍDICA.....	30
3.4.1.3. ESCUTA TELEFÔNICA.....	31
3.4.1.4. INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL.....	31
3.4.1.5. ESCUTA AMBIENTAL.....	32
3.4.1.6. GRAVAÇÕES CLANDESTINAS.....	32
3.4.2. BREVE EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS RELATIVOS A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL.....	34
3.4.2.1. ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	34
3.4.2.2. APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	35

3.4.2.3. ENTENDIMENTO ATUAL E A LEI 9.296/96.....	37
4. A QUEBRA DE PARADIGMA DECORRENTE DA DECISÃO DO ACÓRDÃO DE HABEAS CORPUS Nº 76.686 PROVENIENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	42
4.1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E BUSCA DA VERDADE: CONFLITO COM OS INSTITUTOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	42
4.2. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INTERCEPTADO.....	44
4.3. A POSSIBILIDADE DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO E A FUNDAMENTAÇÃO DOS DESPACHOS.....	46
5. O NOVO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL APROVADO PELO SENADO	50
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
7. BIBLIOGRAFIA.....	55

1. INTRODUÇÃO

Sedimentada constitucionalmente é a garantia à preservação da intimidade e a vedação das provas ilícitas. Todavia, não é matéria de análise exclusiva da Carta Magna, eis que o processo penal também aborda tais situações, em específico, no tocante a interceptação telefônica.

Com o intuito de abordar a interceptação telefônica e algumas variações acerca de sua aceção doutrinária, elegeu-se o acórdão 76.686, provindo do Superior Tribunal de Justiça, como paradigma, a fim de abalizar conceitos e a real relação entre os sistemas processuais existente no contexto brasileiro atual e os fundamentais.

Desta forma, adotando um acórdão paradigma, partiu-se de uma premissa aplicativa, irradiando desta, conceitos doutrinários e algumas de suas variações para então, poder se chegar em uma breve análise crítica das aceções abordadas anteriormente.

Por tratarmos de direitos fundamentais e dos conceitos de interceptação telefônica, em especial a questão da inserção destes fundamentos em um sistema processual acusatório (que se verá não o é realmente), instou-se a análise de princípios constitucionais como o da verdade real (aqui haverá a demonstração da errônea aceção doutrinária acerca do tema) e do contraditório (imprescindibilidade de sua existência para o correto seguir do processo).

Eis aí a relevância do assunto, uma vez que, ao serem expostos os conceitos que oferecem alicerce ao processo penal brasileiro, explícitas são as posições tanto do legislativo quanto do judiciário ao instituir um sistema acusatório de fachada, o que claramente se verifica no instituto da interceptação telefônica. Há de se ressaltar também a grande utilização do princípio da proporcionalidade neste sistema atual, o qual admite que as provas, a primeira vista consideradas ilícitas, adentrem na gama daquelas a serem analisadas pelo juízo.

Desta maneira, dentre outros aspectos, busca-se através deste trabalho abordar a interceptação telefônica no contexto processual penal, partindo de um acórdão paradigma que será exposto por suas peculiaridades.

No contexto social brasileiro, no qual a criminalização é regra e o sistema nada faz para realmente inserir medidas alternativas compatíveis com os atos considerados criminosos, deve-se observar a importância de princípios como o *in dubio pro reo* e as estruturas constitucionais basilares das garantias fundamentais do indivíduo, colocando em cheque, aqui, a garantia a intimidade.

2. RELATÓRIO DO ACÓRDÃO DE HABEAS CORPUS Nº 76.686 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus, com o intuito de qualificar como ilícita determinada quantidade de provas produzidas via interceptação telefônica por cerca de dois anos, foi impetrado pelos advogados Cezar Bitencourt e Andrei Zenkner Schmidt, em processo de repercussão nacional, denominado o caso do escritório de advocacia do Grupo Sundown Bicicletas, especificamente em favor de Isidoro Rozenblum Trosman e Rolando Rozenblum.

Derivado de denegação de ordem pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, os impetrantes alcançaram êxito em seu feito, fato que pode ser traduzido pela ementa do processo em questão:

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.

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

No caso em tela vislumbra-se ação penal originária de nº 2006.70.00.019980-5, proveniente da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba, a qual

permitiu a obtenção de provas, através do meio da interceptação telefônica, reiteradamente, indo, *a priori*, de encontro ao previsto na Lei 9.296 de 1996, em seu artigo 5º:

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.

Discorrendo acerca dos princípios atinentes a situação, propõe o Ministro Nilson Naves uma revisitação na interpretação da norma acima e suas derivações, obtendo o apoio unânime da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, bem como o pronunciamento do Ministro Paulo Gallotti, *in casu*, voto de vista.

2.1. VOTO DO RELATOR MINISTRO NILSON NAVES¹

Expondo questões de caráter principiológico, o voto do Relator Ministro Nilson Naves prima pela demonstração da relatividade dos direitos considerados fundamentais no contexto processual penal brasileiro.

Explica, afirmando que, se por um lado a inviolabilidade das operações telefônicas é tida como garantia fundamental, por outro lado, observa-se que em mesmo inciso encontra-se sua ressalva.

Segundo o Relator, citando parte da peça de Habeas Corpus:

Se se lê, no capítulo destinado aos direitos e deveres fundamentais, que o sigilo das comunicações é inviolável, vê-se, no mesmo inciso, que há ressalva, ei-la: "por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (Constituição, art. 5º, XII).

Alegam, então, os impetrantes que, havendo conflito entre princípios, tal "não se trava no plano da validade, mas sim no da ponderação, no da razoabilidade, da proporcionalidade", daí, a teor da doutrina por eles colacionada, "há de ser conferida primazia relativa ao direito individual".

¹ ANEXO 1

Continua o Relator, ao expor que tal conflito de princípios é admitido pelas autoridades manifestantes, confirmando, por sua vez, a criação da antítese relativo-absoluta. Põe em pauta alguns dos trechos da sentença, bem como das decisões que deferiam os pedidos de interceptação, as quais, claramente, colocavam em cheque direitos fundamentais.

No tocante a possibilidade de prorrogação do prazo para a realização das interceptações, ressalta o Ministro o dever constitucional do Estado na garantia dos direitos fundamentais, o que, não se vislumbra em um cenário que a continuidade do ato sobreponha-se a sua eventualidade.

Citando o Ministro Sepúlveda Pertence, quando de sua participação na CPI dos Grampos telefônicos, o Ministro Nilson Naves procura demonstrar que, no contexto atual, clara é a banalização dos institutos referentes a interceptação telefônica, deixando de ser “o último recurso de uma investigação” e passando a ser o início desta.

Ainda, é de se colacionar trecho utilizado no acórdão, extraído da Revista Veja, a qual, entrevistando o Ministro Gilmar Mendes, permite uma visão esclarecedora de fatos similares:

Os juízes devem ter mais cuidado em relação a isso. A lei prevê que o prazo para uma interceptação telefônica é de quinze dias. Mas o entendimento dos juízes é que esses quinze dias podem ser renovados de maneira ilimitada. O resultado é que hoje existem escutas instaladas há dois ou três anos em um mesmo telefone. Esses procedimentos precisam ser revistos. Outra questão delicada é a divulgação desse conteúdo por agentes policiais antes mesmo de o juiz ser informado sobre ele. Não temos hoje mecanismos para coibir isso. É notória a participação dos agentes policiais na divulgação, às vezes até em consórcio com órgãos de imprensa. Acostumamo-nos a isso de maneira equivocada. O Judiciário, que autoriza as escutas, tem responsabilidade por isso.

Conclui o Relator, ao rever seu posicionamento perante tal situação, em foco o prazo em que deve perdurar a interceptação telefônica (quinze dias, prorrogável indeterminadamente se persistirem os motivos ensejadores da concessão):

Temos admitido, é verdade, tantas prorrogações quantas necessárias, e, vejamos, foi assim que ementei eu mesmo o HC-50.193, de 2006, adotando, é claro, a orientação assentada na 6ª Turma, exemplificativamente, RHC-

15.121, de 2004, e HC-40.637, de 2005. Mas estou, ao que me parece, retornando sobre os meus próprios passos (dizem que são de Voltaire as seguintes palavras: "quem não muda de camisas, nem de idéias, é porque não tem umas nem outras"), à procura aqui de solução que melhor me ajuste a reflexões que tenho apanhado ali e acolá, quando diante de conflitos entre normas de opostas inspirações ideológicas – no presente caso, então, entre o absoluto e o relativo, a saber, entre o que é inviolável e o que pode ser quebrado.

(...)

Entendendo eu que a interceptação de que estamos cuidando, deferida, vimos, a 17.5.04, renovada e renovada e renovada, tantas vezes renovada, e o foi por mais de dois anos, de exceção, revestiu-se de regra, de medida excepcional, tornou-se medida normal, tornando-se, dessa forma, a interceptação de que estamos cuidando, repito, em medida que, primeiro, ultrapassou o prazo e o tempo do art. 5º da Lei nº 9.296, segundo, o do art. 136, § 2º, da Constituição, ultrapassou também o limite da razoabilidade.

Desta forma, ao rever seu posicionamento, o Ministro Nilson Neves oferece uma nova perspectiva na abordagem do tema das interceptações telefônicas, efetivando a garantia dos direitos fundamentais em prol da exceção aplicada de forma errônea.

Na sequência, analisaremos o voto de Vista do Ministro Paulo Gallotti, o qual, sucintamente, buscou ratificar o já exposto pelo Relator.

2.2. VOTO DE VISTA DO MINISTRO PAULO GALLOTTI²

Pela complexidade dos fatos, pediu, o Ministro Paulo Gallotti, vista dos autos, a fim de aprofundar conhecimento no tema, bem como abalizar e ratificar, ou não, o posicionamento do Relator do remédio constitucional em questão.

Expondo lições doutrinárias, expondo meandros da legislação constitucional e da Lei de Interceptações Telefônicas, o voto de vista insta salientar determinados posicionamentos do Ministro Nilson Naves, como, por exemplo, nos trechos a seguir colacionados:

a) Sobre o caráter excepcional da interceptação telefônica, a qual deve preencher requisitos diversos para o seu estabelecimento e a questão do direito a

² ANEXO 2

intimidade, especialmente no tocante a falta de fundamentação das instâncias primárias quando do deferimento das interceptações:

Isso porque, embora relativo o direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas, a sua supressão depende da verificação de um interesse público maior, que prevaleça no balanceamento entre a vontade coletiva e a particular, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade, cabendo ao Estado, como órgão detentor do direito de punição, se aparelhar para a persecução penal.

(...)

Na hipótese, a impetração sustenta faltar fundamentação às decisões que decretaram e prorrogaram as interceptações telefônicas, bem como haver violação do princípio da razoabilidade pelo prazo excessivo de sua duração.

b) A respeito da possibilidade de renovação do prazo de realização das interceptações telefônicas, matéria que, segundo o Ministro, já teve entendimento pacificado para a sua possibilidade, desde que a decisão que a deferir tenha devida fundamentação:

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal firmaram compreensão no sentido de ser possível a renovação, por quinze dias, de interceptação telefônica, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.296/1996, quantas vezes forem necessárias, desde que se demonstre, em decisão suficientemente fundamentada, a imprescindibilidade da medida.

(...)

No caso, impõe-se analisar as primeiras decisões que prorrogaram a diligência:

"Considerando as razões já expostas nas fls. 30/31 e 99/101, bem como a reunião havida ontem com o MPF e com representantes da Polícia Federal acerca das possibilidades operacionais da diligência ora requerida, decreto a interceptação, com gravação, das comunicações telefônicas efetuadas para e a partir dos telefones (...), terminais estes titularizados pelos investigados Rolando Rozenblum Elpern e Valmor Felipetto. Prazo de 15 dias."

(...)

Por provimentos semelhantes, foram sendo prorrogadas as interceptações telefônicas, que perduraram pelo período de 5/7/2004 a 30/6/2006.

(...)

Remarcando o caráter excepcional da medida, cuja banalização é inadmissível e deve ser reprimida com rigor, tenho que a violação do sigilo telefônico dos pacientes, por quase dois anos, por decisões que não explicitaram de maneira suficiente a sua imprescindibilidade - o que se exige também para as renovações -, ultrapassou os limites da razoabilidade.

Assim sendo, o Voto de Vista, pelos motivos supra-citados, acompanhou o voto da relatoria, reconhecendo a ilicitude da prova produzida, determinando o retorno dos autos ao Juízo a quo para as devidas providências, como prolação de nova sentença, excluindo tais gravações em todos os momentos processuais.

3. CONCEITOS RELEVANTES PARA O ESTUDO DO CASO

3.1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Sistemas processuais penais são representados pela atividade jurisdicional exercida pelo Estado, o qual, objetivando atingir a verdade real no processo, age para aplicar a sanção penal àquele que considera culpado pelo ato culpável, imputável e ilícito.³

Ou seja, representante da aplicação legislativa, o Estado opta por determinado sistema, visando aplicar leis e garantir que exista um equilíbrio na relação que possui com seus integrantes populares.

Para Paulo Rangel, os sistemas processuais penais são formados por princípios e regras constitucionais, estabelecidos conforme a situação política de seu Estado, o qual é responsável por orientar a forma e o procedimento da aplicação da lei penal aos casos concretos.⁴

Delineados por Luigi Ferrajoli são os principais fundamentos dos sistemas processuais penais, os quais, por meio das atividades de julgar, acusar e defender “*exprimem os diversos estilos processuais: desde o estilo acusatório, em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa, ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com a acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas*”.⁵

A visão tradicional da posição do juiz dentro do processo penal, conforme expõe Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, traduz-se no exercício da aplicação dos preceitos estabelecidos pelo Estado. Citando Frederico Marques, o autor

³ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 25

⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 49.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002P. 489-490,

completa ao posicionar os magistrados como órgão *super partes*⁶, o qual seria detentor de direitos e deveres, na ação de decidir imparcialmente os conflitos jurídicos, transformando em um verdadeiro conceito de “Estado-juiz”.⁷

Em contrapartida, vislumbra-se uma releitura da posição do juiz no processo penal através dos posicionamentos encabeçados por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o qual elenca elementos presentes na teoria tradicionalista, como a neutralidade e a imparcialidade, referindo-se a estes como alicerces de uma “*irreal versão ao seu efetivo papel*”⁸

No tocante ao Processo Penal, existem três sistemas principais estudados pela doutrina, quais sejam: o sistema inquisitório, o sistema acusatório e o sistema misto.⁹

O sistema inquisitório, instituído através da concentração de poderes na mão do juiz, representa um mecanismo que tem como principal consequência a verdadeira supressão de direitos ao acusado, impedindo que princípios constitucionais como o contraditório e a ampla defesa vigorem indistintamente.

Já o sistema acusatório, como matriz contrária ao sistema anterior, objetiva que a gestão da prova seja transferida às partes, delimitando funções entre os sujeitos do processo, e diminuindo os poderes “*de ofício*” do juiz.¹⁰ Para Frederico Marques, através do sistema acusatório, são erigidas as bases para a liberdade de defesa, dentre elas: a oralidade, a apresentação de provas e a ativação da causa pelas partes e o contraditório.¹¹

Por sua vez, apresentando características híbridas, o sistema misto, nas palavras de Joaquim Canuto de Almeida, é uma “reunião e alternância” dos demais

⁶⁶ Jacinto Coutinho elucida tal expressão ao determinar que o magistrado, além de ser figura que se encontra acima das partes, também deve agir “para além do interesse delas, encarnando o próprio Estado no auge de sua atuação. MARQUES, José Frederico. Tratado de direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 1980, vol II, p.168 in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord.: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001.p. 11

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Obra citada. Ibidem.

⁸ COUTINHO, J. Idem. p. 15.

⁹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1977. p. 4

¹⁰ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Idem. p. 25-27

¹¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, 1. ed. vol. I, São Paulo: Bookseller, 1997. p. 48

sistemas, não se confundido com uma possível “*interpenetração dos dois processos*”¹². Nesse sistema escalonado, em um primeiro momento (a instrução preparatória) o juiz teria poderes inquisitoriais, para em um segundo momento abrir-se espaço para o exercício de direitos fundamentais do cidadão.

Conforme expõe Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, um sistema seria o “*conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim*”. Para o autor, os sistemas processuais penais seriam sustentados pelos princípios unificadores (dispositivo e inquisitivo), os quais, respectivamente, alicerçariam o sistema acusatório e o sistema inquisitório.¹³

Insta salientar que, para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, inexistem os sistemas mistos, eis que este não é dotado de um princípio unificador próprio, consistindo, basicamente, na essência de um dos sistemas existentes supra-citados com toques do outro sistema.

Em sequência analisaremos, brevemente, os principais sistemas processuais penais estudados pela doutrina.

3.1.1. SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório, com a nomenclatura extraída de momento histórico pertinente ao procedimento¹⁴, baseia-se na concentração de poderes ao juiz, o qual detém as funções de acusar, defender e julgar. É um sistema pelo qual não existem garantias individuais aos acusados, demonstrando a superioridade e totalidade do Estado na resolução de litígios, mesmo que em direto confronto com princípios como a dignidade da pessoa humana.

Para Giovanni Conso, o sistema inquisitivo tem as seguintes características principais:

¹² ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação penal análises e confrontos*. São Paulo: Acadêmica, 1938. p. 28.

¹³ COUTINHO. J. Idem. p. 16-17

¹⁴ COUTINHO. J. Idem. p.18

a) a intervenção ex officio do juiz; b) caráter sigiloso do processo com relação não apenas aos cidadãos, mas ao próprio acusado; c) procedimento e defesa totalmente escritos; d) desigualdade de poderes entre o juiz-acusador e o acusado; e) total liberdade do juiz na colheita da prova; g) encarceramento preventivo do acusado¹⁵

Nesta toada é o posicionamento de Paulo Rangel, o qual dispõe que as características basilares de um sistema inquisitivo são contrárias ao Estado Democrático de Direito, sendo representadas pela: a) concentração de funções na mão do juiz e, conseqüente, imparcialidade; b) processo sigiloso; c) inexistência de contraditório e de ampla defesa; e d) sistema da prova tarifada, priorizando, obviamente, a confissão.¹⁶

Assim sendo, característica principal de tal sistema, além da límpida supressão de direitos e garantias ao acusado, é a impossibilidade de gerir a prova, aqui única e exclusivamente nas mãos do juiz. Neste sentido, o juiz visa embasar posicionamento já previamente concebido, instruindo o processo com as provas que melhor lhe aprouver.

Relevante concepção de tal sistema é o posicionamento de Gustavo Badaró, o qual destaca que o sistema inquisitório “*é incompatível com os direitos e garantias individuais, violador dos mais elementares princípios processuais modernos. Sem um julgador eqüidistante das partes não há imparcialidade. O juiz que formula a acusação liga-se psicologicamente à causa, perdendo a objetividade no julgamento. Há uma nítida incompatibilidade entre as funções de julgar e acusar*”¹⁷.

Nos dizeres de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o sistema inquisitório tem por característica fundamental a gestão da prova, competindo ao juiz a solitária função do recolhimento e apreciação desta, momento que se utiliza da premissa ocidental do sistema dedutivo. Nesta situação, decide o julgador para posteriormente

¹⁵ CONSO, Giovanni. *Procedimento penal ou direito processual penal?*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 74 (595): 1985. P. 285-295

¹⁶ RANGEL, Paulo. Obra citada. p. 50.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.24.

embasar seu posicionamento, o que é melhor caracterizado pelo conceito da *verdade construída*.¹⁸

3.1.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

Sob a égide dos ideais iluministas, no século XVIII, surge o sistema acusatório, representando um avanço na concepção democrática de um Estado garantista, principalmente no que tange á direitos fundamentais do acusado.

Expõe Ada Pellegrini Grinover que o sistema acusatório tem como característica basilar a separação das funções de acusar, defender e julgar.¹⁹

Corroborando esta análise, Paulo Rangel dispõe, sobre tal separação, que “o sistema processual penal acusatório vem assim ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório, do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e da característica mor da jurisdição que é a imparcialidade do órgão jurisdicional.”²⁰

Ainda, neste sentido, é a posição de Ferrajoli, o qual afirma que:

A separação de juiz e acusação é a mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, como pressuposto estrutural e lógico de todos os demais. (...) A garantia da separação, assim entendida, representa por uma parte, uma condição essencial da imparcialidade do juiz em respeito as partes da causa.²¹

Por sua vez, Aury Lopes Junior elenca princípios que estariam aptos a embasar o sistema do garantismo penal, fundamento essencial para a vigência de um sistema acusatório pleno e desenvolvido, quais sejam:

¹⁸ Expõe o autor as entranhas do sistema inquisitório, remontando a confissão como objetivo central deste e também a criação de um “quadro mental paranóico” pelo magistrado, o qual, representante essencial do sistema, atingiria seu objetivo de condenação através de suposições e pressupostos probatórios nem sempre erigidos em torno do contraditório. COUTINHO 24-26.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 77-78

²⁰ RANGEL, Paulo. *Garantismo Penal e o Aditamento a Denúncia*, disponível em http://www.juspodivm.com.br/i/a/{385993ED-8FEA-4256-9EA3-25B1B5F394C3}_039.pdf

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 567.

1º Jurisdicionalidade - *Nulla poena, nulla culpa sine iudicio*: Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei.

2º Inderrogabilidade do juízo: No sentido de infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição.

3º Separação das atividades de julgar e acusar - *Nullum iudicium sine accusatione*: Configura o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação a prévia invocação por meio da ação penal. Deve ser lido de forma mais abrangente, evitando que o juiz tenha iniciativa probatória e acabe substituindo as partes na liberação de suas cargas probatórias³⁹.

4º Presunção de inocência: A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas conseqüências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença.

5º Contradição - *Nulla probatio sine defensione*: É um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas).

6º Fundamentação das decisões judiciais: Para o controle do contraditório e da racionalidade da decisão, isto é, sobre a existência de provas suficientes para derrubar a presunção de inocência. Tanto das sentenças como também das decisões interlocutórias⁴⁰. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder.²²

Ademais, além de todas as características supracitadas, há de se estabelecer que o critério mais relevante para tal sistema é o que se refere à gestão da prova, aqui exercida, em grande maioria, pelas partes.

Luigi Ferrajoli dispõe que “*do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos*”²³. Ou seja, o magistrado não pode, em sua função essencial, apresentar tendências aliadas à acusação, devendo afastar-se, por exemplo, em sede de interrogatório judicial, de atividades que culminem em prévia criminalização do sujeito acusado.²⁴

²² LOPES Jr., Aury. *A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal*, disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf

²³ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 489-490,

²⁴ FERRAJOLI, L. Idem. Ibidem.

Por fim, insta salientar que, indubitavelmente, o sistema acusatório apresenta os meios mais democráticos para a condução do processo penal, restando claramente que este “*naquilo que tem de essencial e básico, é a única forma de processo que pode ser aceita pelo direito hodierno*”²⁵.

Seguindo tal raciocínio, nada mais justo seria que o modelo de sistema processual penal adotado pelo jurista brasileiro fosse puramente acusatório, o que, se verá, não ocorre em sua totalidade.

3.1.3. SISTEMA MISTO

Terceiro sistema processual penal elencado por grande parte da doutrina, o sistema misto representa a adaptação dos dois sistemas já expostos, apresentando, primordialmente, duas fases, na qual a primeira representa o modelo inquisitivo, enquanto em momento posterior o sistema predominante é o acusatório. Conforme dita Frederico Marques, o sistema misto nada mais é que a “*linha diagonal entre a configuração inquisitiva e a acusatória do processo*”.²⁶

Reunindo, teoricamente, a eficiência na apuração de fatos do sistema inquisitório e garantias fundamentais ao acusado em juízo, o sistema misto não atinge os efeitos que almeja, eis que impede que o acusado exerça indistintamente seus poderes em fase preliminar de instrução.

Para Fernando da Costa Tourinho Filho, o sistema misto é composto de três etapas, quais sejam: “*a) investigação preliminar; b) instrução preparatória; e c) fase do julgamento*”²⁷.

Independente da quantidade de fases existentes, na conceituação de um sistema misto, há de se ressaltar sua inoperabilidade face ao momento inquisitório, eis

²⁵ MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 24.

²⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, v. I, Bookseller, 1a. ed., SP, 1997. p. 50.

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 22. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 93.

que fatalmente contamina o magistrado responsável, uma vez que este tem contato imediato com a produção de provas sem a presença do contraditório.

Melhor doutrina acerca de tal sistema é a de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o qual claramente defende sua inexistência. Para o autor inexistem sistemas puros e, unicamente desta assertiva, extrai-se que carece de autonomia o sistema misto.

Explica-se: segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por não haver princípio unificador que determine suas diretrizes, o sistema misto estabelece um conflito ideológico, uma vez que extremamente destoantes os princípios unificadores dos sistemas acusatório e inquisitivo.²⁸

3.1.4. O MODELO BRASILEIRO

Oriunda de um momento excepcional na história brasileira, a Constituição estabelece diretrizes basilares e garantias fundamentais para todos os seus cidadãos. Nesta toada, um sistema penal garantista é a opção do legislador, o qual visa estabelecer um sistema acusatório em sua totalidade.

Porém, complicada é a função do executor de tal legislação, uma vez que não estão enraizados na sociedade brasileira princípios aptos a alicerçar um sistema acusatório puro. De acordo com Luigi Ferrajoli, o modelo acusatório ideal previsto constitucionalmente, nada mais é que utopia liberal do legislador, o qual, aqui, prevê um sistema garantista penal libertatório,²⁹

Inclusive, é relevante a percepção que o Código de Processo Penal é repleto de instituições que decorrem do Estado totalitário, o que por si só já é um referencial da dificuldade de implantação de um sistema acusatório na atual situação da sociedade brasileira.

²⁸ COUTINHO, J. Op. Cit. p. 39

²⁹ FERRAJOLLI, L. Op. Cit. p. 35

Porém, apesar desta visão mais acertada³⁰, tende a doutrina mais conservadora a se apegar na letra da lei e afirmar que o sistema vigente atual é acusatório.

Afirma Geraldo Prado, por exemplo, que tal sistema foi previsto constitucionalmente, apesar das suas imperfeições quando de sua execução. Determina que mesmo com a incapacidade dos Tribunais pátrios em corrigir as imperfeições inerentes em nosso sistema atual, tal ainda é acusatório.³¹

Ainda neste sentido afirmam Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly que “*no Brasil, respeitadas as judiciosas opiniões em sentido contrário, o processo tem estrutura acusatória, e a previsão de uma fase investigatória preliminar não lhe retira essa conotação.*”³²

Porém, apesar da doutrina expor motivos relevantes e constitucionais para a definição do sistema brasileiro como acusatório, há de se levar em consideração a visão mais crítica de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o qual, assertivamente relata que o sistema processual penal brasileiro é somente acusatório por discurso, decorrendo, principalmente, de um sistema inquisitivo repleto de concepções acusatórias. Explica-se isso na adoção de princípios processuais, como o contraditório, porém sem a devida aplicação aos sujeitos.³³

Por fim, exalta-se a inconstitucionalidade do sistema vigente atual, eis que definitivamente incompatível com a Constituição. Segundo Jacinto Coutinho, não

³⁰ Em entrevista ao site CONJUR, o Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ao ser questionado sobre a situação do sistema processual penal brasileiro e a influência do novo anteprojeto de Código, claramente assim dispõe: “*Hoje, o sistema é inquisitorial, fundado no Código de 1941, cópia do Código Rocco, de 1930, que, por sua vez, é uma deformação do Código Napoleônico de 1808. O Código atual é a expressão do mecanismo utilizado na velha estrutura ordenatória, influenciada pelo processo canônico. Esta estrutura nasceu com a Igreja e se estende até hoje. É um sistema de processo propositadamente desigual. Ele favorece o desnívelamento dos órgãos. Privilegia um e reprime outro. A escolha do sistema é política: ou se permite ao juiz buscar o conhecimento ou faz com que as partes levem o conhecimento ao juiz. Esta é a diferença fundamental entre os sistemas inquisitorial e acusatório.*” Acesso em 29/09/2010. Site: <http://www.conjur.com.br/2010-jan-10/entrevista-jacinto-coutinho-especialista-processo-penal>

³¹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 39

³² DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Op. Cit.* P. 27

³³ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada*. boletim IBCCRIM ano 13 nº 159 fev/2006. p. 02

houve recepção do Código de Processo Penal pela Carta Magna, restando relapsos e inoperantes os Tribunais Superiores em seu controle de constitucionalidade.³⁴

Visando manter a análise consubstanciada do tema, faz-se necessária a análise da teoria da prova, seus conceitos e princípios, embasados na visão de um sistema processual que não corresponde ao previsto constitucionalmente, porém que institui, mesmo que precariamente, fundamentos do sistema acusatório.

3.2. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Considerado por parte da doutrina como um verdadeiro dogma, o princípio da verdade real, ou verdade material, remete ao “*poder-dever inquisitivo do juiz penal, tendo por objeto a demonstração da existência do crime e da autoria.*”³⁵

Deve figurar a prova penal, então, como a tentativa de reconstruir uma história, por parte do juiz, com o intuito de por em cheque alegações, bem como encontrar a realidade que se encontra atrás dos ritos processuais.

Expõe Avólio a existência de um caráter inquisitivo, encoberto por esse princípio:

Costuma-se, destarte, associar o conceito de verdade real ao processo penal onde é mínimo o poder dispositivo das partes em relação às provas. E, em contraposição a este, moldou-se um conceito de verdade formal, ligado ao processo civil, onde seria absoluta a disponibilidade do objeto do processo e dos meios de prova.³⁶

Essa antítese material-formal criou uma incongruência no processo como um todo, eis que clara a existência de direitos indisponíveis tanto no processo civil, quanto no processo penal, restando à doutrina moderna a seguinte aceção do conceito:

³⁴ COUTINHO, Idem. Ibidem.

³⁵ AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. Idem. P. 45-46.

³⁶ AVÓLIO, Idem P. 46

O juiz deve investigar a verdade material, não se concentrando apenas com os fatos que a acusação e a defesa submeterem à sua consideração, mas admitir limites a essa atividade, visto que, como ressalta Baumann “o direito não deve ser realizado a qualquer preço. Todo o direito processual (...) nega o princípio segundo o qual o fim justifica os meios, por existir uma relação conflitiva entre o interesse da comunidade jurídica em realizar o direito material (através da persecução penal) e o interesse dos cidadãos afetados em seus direitos pelo processo penal. Conclui encontrar-se superado o conceito de verdade material, pela concepção de uma obtenção formalizada da verdade, a “verdade forense”, ou seja a verdade obtida por vias formalizadas.³⁷

Desta forma, sucedendo a verdade forense frente a verdade material, a disputa entre litigantes passa a ser lógica e racional, na tentativa de transformar o juiz em um participante ativo do processo, se convencendo através de critérios objetivos e coerentes ao processo.

Aury Lopes Junior desmistifica o princípio da verdade real, expondo nos seguintes termos:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos e com a figura do juiz ator (inquisidor).

(...)

Há que se des-cobrir a origem e a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que “os fins justificam os meios”.³⁸

Elucidativamente, para Aury Lopes Jr., somente a verdade processual seria legítima, uma vez que esta só poderia ser atingida quando a condenação fosse repleta de regras precisas e de um sistema baseado em “*fatos e circunstâncias*”

³⁷ QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida*. Madrid, Espanha: Ediciones Akal AS, 1989; Apud AVÓLIO, Idem P. 48

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*, 4ª. ed. rev., atual., eampli.. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006. p. 272-273.

relevantes”³⁹. Neste sentido, exemplifica o autor as limitações sistemáticas oferecidas por um contexto guiado pela verdade processual:

- I – a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma;
- II – a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas;
- III – deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição
- IV – a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias.⁴⁰

Ainda, há de se expor que a verdade real é de impossível obtenção, uma vez que a verdade, pelo seu caráter histórico (de presença no tempo passado) jamais será atingida plenamente. Para Aury Lopes Junior, “*o real só existe no presente*”, impossibilitando, portanto, a existência de uma verdade real no processo. Pode-se inferir a existência de uma verdade histórica, uma verdade processual.⁴¹

3.3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Assegurado pela Carta Magna, o princípio do contraditório figura dentre as mais importantes diretrizes do processo brasileiro. Assim determina o art. 5º, inciso LV, da Constituição:

Art. 5º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Vicente Greco Filho concisamente enuncia a base de tal princípio:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Idem. p.273

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Idem. p.274

⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. Idem. p.275

adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.⁴²

Este princípio permite, também, a interpretação no sentido da prova contrária em audiência, englobando o princípio da audiência contraditória, a qual, após a produção de determinada prova, está será apreciada pela outra parte e combatida por esta, se necessário, fazendo tal momento processual configurar-se como bilateral.

Para Adalberto Aranha, e atualmente para a jurisprudência, se inexistirem os alicerces desse princípio no processo penal, este é passível de nulidade absoluta.^{43 44}

Aury Lopes Junior dispõe também sobre o contraditório. Para o autor, “o ato de “contradizer” a versão afirmada na acusação (enquanto declaração petitoria) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética.”⁴⁵

Em suma, Aury Lopes Junior descreve o contraditório como um direito das partes em participar dos atos processuais, em ter a possibilidade de se contrapor a acusação e de ser informado plenamente acerca dos atos procedimentais, representando princípio completamente imprescindível em todos os momentos probatórios, e por que não, processuais.⁴⁶

⁴² GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 11. ed. atual. 2. vol. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 90.

⁴³ ARANHA, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo. *Da prova no processo penal*. 2.ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, P. 214

⁴⁴ PROCESSO PENAL. - ALTERAÇÃO DO RITO. - NULIDADE. - OCORRÊNCIA.-VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. - NULIDADE INSANÁVEL. - INDISPONIBILIDADE DO RITO PROCESSUAL PREVISTO EM LEI.- INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 406, 407 E 538, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E ARTIGO 5º, INICISO LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Nulo é o processo, dando azo a que assim seja declarado, quando for violado o princípio da ampla defesa e do contraditório.** Mesmo com o consentimento das partes, é inadmissível a adoção do procedimento especial de rito sumário, ao invés do cabível procedimento comum, importando, essa alteração de rito, em restrição inaceitável ao direito de defesa, assegurado em lei. (TJPR - 1ª C.Criminal - RSE 0144463-7 - Ivaiporã - Rel.: Des. Darcy Nasser de Melo - Unânime - J. 25.09.2003)

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 4. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. P. 535.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Idem*. P. 538-539.

3.4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A utilização das mais novas tecnologias e meios eletrônicos para documentar conversações telefônicas é situação contemporânea de grande relevância para a doutrina brasileira.

De mesma forma, o problema mais freqüente, relativo ao tema das provas ilícitas, remonta diretamente á interceptação telefônica e seus dispostos constitucionais.

Luiz Francisco Torquato Avólio conceitua a interceptação telefônica:

Juridicamente, as interceptações, *lato sensu*, podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las – com conseqüências penais – quer para delas apenas tomar conhecimento – nesse caso, também com reflexos no processo.⁴⁷

Expõe Antônio Scarance Fernandes a motivação da existência do conceito de interceptação telefônica:

Ante a necessidade de assegurar ao indivíduo a liberdade de contatar com outras pessoas sem o perigo de que o teor de sua comunicação seja utilizado como prova contrária a sua pessoa, a Constituição afirma a inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII).⁴⁸

Assim determina a Constituição, em seu artigo 5º:

Art.5º. XII - É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no ultimo caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁴⁷ AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 117

⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p 91.

Desta forma, exceptuada constitucionalmente, é a atuação do juiz, o qual detém competência exclusiva, no momento da investigação criminal, em deferir ou mandar produzir a prova de interceptação.

Para adentrar melhor no assunto, necessárias são algumas considerações conceituais sobre o tema.

3.4.1. CONCEITOS

3.4.1.1. DEFINIÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA *STRICTU SENSU*

Nos dizeres de Luiz Francisco Torquato Avólio, “*interceptação telefônica, em sentido estrito, é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores*”.⁴⁹

A Lei 9.296 de 1996 assim determina sobre as impossibilidades de ocorrência da interceptação telefônica:

Artigo 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.

E neste diapasão, manifesta-se Vicente Greco Filho, sobre a disposição negativa da lei, a qual considera “*lamentável*”, eis que tal disposição, continua o autor, “*sempre dificulta a inteligência da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode*

⁴⁹ AVÓLIO, Op. Cit. p. 119

dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção.”⁵⁰

Ou seja, a lei pretendeu dar amplitude a interceptação telefônica, não conferindo a esta o caráter *numerus clausus*. Porém, apesar desta liberdade conferida ao julgador, alguns requisitos cautelares estão presentes no preceito legal, quais sejam: o *fumus boni iuris* (inciso I), o *periculum in mora* (inciso II), e uma limitação de caráter temporal (inciso III), eis que remonta á um fato futuro, o qual propulsiona o deferimento do pedido de interceptação.

Por fim, objetivamente, o conceito de interceptação telefônica, mesmo que negativo na lei, “*consiste na captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores. Essa é a interceptação em sentido estrito (ou seja, um terceiro intervém na comunicação alheia, sem o conhecimento dos comunicadores)*”.⁵¹

3.4.1.2. NATUREZA JURÍDICA

Estabelecidos os critérios infraconstitucionais para a concessão da ordem judicial que autoriza a interceptação telefônica, a natureza jurídica, do conceito em tela, evidencia-se como cautelar.

Ou seja, dispensadas maiores formalidades, se preenchidos os requisitos legais e dispendo de elementos seguros, indispensável faz-se, pela autoridade judiciária, o deferimento da ordem de interceptação, uma vez que, por sua natureza, tal prova tem caráter imediato.⁵²

Também há de se ressaltar que trata-se de uma medida acauteladora sempre desempenhada *inaudita altera parte*. Ou seja, o contraditório aqui é dispensado, até por que, caso não o fosse, prejudicada ficaria a função da interceptação telefônica *strictu sensu*.

⁵⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica — considerações sobre a Lei n° 9.296 de 24 de julho de 1996*. Editora Saraiva, 2006, p. 21

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica in Legislação Criminal Especial*. Coord Luiz Flávio Gomes. p. 425

⁵² AVÓLIO. Op. Cit, p. 119

3.4.1.3. ESCUTA TELEFÔNICA

Escuta telefônica, para Luiz Flávio Gomes, “*é a captação da comunicação telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro.*”⁵³

Luiz Francisco Torquato Avólio completa o conceito:

Levando em conta o aspecto de haver consentimento de um dos interlocutores, para a efetivação da interceptação telefônica poder-se-ia falar, especificamente, em escuta telefônica, o que, no entanto, não desnatura a característica de interceptação telefônica, uma vez realizada por terceiro.⁵⁴

Para Ada Pellegrini Grinover, “*a doutrina configura a hipótese como uma espécie de direito do indivíduo ao controle de seu próprio telefone: assim, por exemplo, os familiares da pessoa seqüestrada, ou a vítima de estelionato, ou ainda aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através do telefone, em sua vida privada*”.⁵⁵

3.4.1.4. INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL

Classificada como uma captação sub-reptícia entre presentes, por Luiz Francisco Torquato Avólio, a interceptação ambiental é efetuada por terceiro, sem permitir que nenhum dos interlocutores tenha conhecimento do ato. Citando Caprioli, o autor faz uma ressalva, ao afirmar que, se algum dos interlocutores tem conhecimento da presença de um terceiro, não há violação ao direito à intimidade, inexistindo a interceptação.⁵⁶

⁵³ GOMES. Op. Cit. Ibidem.

⁵⁴ AVÓLIO, Op. Cit. p. 122

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE, Antônio Fernandes; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 141.

⁵⁶ AVÓLIO, Idem. p. 122-123

Para Luiz Flávio Gomes, interceptação ambiental é “*a captação de uma comunicação no ambiente dela, feita por um terceiro, sem conhecimento dos comunicadores.*”⁵⁷

3.4.1.5. ESCUTA AMBIENTAL

A escuta ambiental ocorre quando há interceptação de conversa entre presentes, sendo realizada por um terceiro com conhecimento de um dos interlocutores.

Segundo Luiz Francisco Torquato Avólio, tanto “*as interceptações e escutas ambientais podem ser realizadas com gravador, como se depreende dos exemplos fornecidos pela doutrina e pela jurisprudência, não descaracterizando a sua natureza de interceptação, lato sensu.*”⁵⁸

Neste diapasão, Luiz Flávio Gomes, define escuta ambiental como a “*captação de uma comunicação, no ambiente dela, feita por terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores.*”⁵⁹

3.4.1.6. GRAVAÇÕES CLANDESTINAS

As gravações clandestinas, sejam elas telefônicas ou ambientais, ocorrem quando um dos interlocutores grava a conversação, o que nas palavras de Gomes, seria uma auto-gravação.⁶⁰

Desta forma, pela prática dispensar um terceiro, esta não se encontra como um conceito de interceptação, consistindo “*no registro da conversa telefônica*

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica in Legislação Criminal Especial*. Coord Luiz Flávio Gomes. 6. ed. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 426

⁵⁸ AVÓLIO. Op. Cit. p. 125.

⁵⁹ GOMES. Op. Cit. p. 426

⁶⁰ GOMES. Idem. Ibidem.

*(gravação clandestina propriamente dita) ou da conversa entre presentes (gravações ambientais) por um de seus participantes, com o desconhecimento do outro.”*⁶¹

Grinover assim conceitua, utilizando conhecimentos provenientes da doutrina italiana:

A gravação clandestina de telefonemas ou conversas diretas próprias, embora estranha à disciplina das interceptações telefônicas, pode caracterizar outra modalidade de violação da intimidade: qual seja, a violação de segredo.

No entanto, a doutrina não tem considerado ilícita a gravação sub-reptícia de conversa própria, quando se trate, por exemplo, de comprovar a prática de extorsão, equiparando-se, nesse caso, a situação à de quem age em estado de legítima defesa, o que exclui a antijuridicidade.

Parece, entretanto, que também nesse caso a prova só será admissível para comprovar a inocência do extorquido, não deixando de configurar prova ilícita quanto ao sujeito ativo da tentativa de extorsão.⁶²

Evidenciando uma dissonância na doutrina, Vicente Freco Filho afirma que, caso haja justa causa para a violação do direito a intimidade, a prova proveniente da gravação clandestina é utilizável:

A gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os titulares - o remetente e o destinatário - são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação. O seu aproveitamento como prova, porém, dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida, ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a divulgação.

Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da constituição e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal).⁶³

⁶¹ AVÓLIO. Op. Cit. p. 126.

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 66..

⁶³ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5 e ss.

Assim sendo, a doutrina não possui postura uníssona acerca do aproveitamento das gravações clandestinas, porém seu conceito, o qual exclui a existência de um terceiro, é de aceitação geral.

3.4.2. BREVE EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS RELATIVOS A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

3.4.2.1. ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Desde o Império, as constituições brasileiras continuamente garantiam que as comunicações e as correspondências teriam seu sigilo tratado como direito, aparentemente, absoluto. Segundo Luiz Francisco Torquato Avólio, não existiam exceções previstas nos textos constitucionais, exceptuando-se o previsto na carta de 1937, a qual “determinava” em seu art. 122, VI, “*a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvo as exceções expressas em lei*”.⁶⁴

Em 1962 foi instituído o Código Brasileiro de Telecomunicações, o qual já previa a possibilidade de utilizar a interceptação telefônica autorizada como meio de prova.⁶⁵

Luiz Francisco Torquato Avólio cita duas jurisprudências acerca do direito civil, relativas às interceptações telefônicas: a primeira⁶⁶, sobre direito de família, na qual um marido apresenta gravações que comprovam o adultério cometido pela esposa, requerendo, portanto, o divórcio; e a segunda⁶⁷, acerca interceptações clandestinas, oportunidade na qual o Relator Min. Rafael Mayer categoricamente considera inadmissível a prova obtida por meios ilícitos.⁶⁸

Porém, somente em 1987, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou, em processo penal, acerca das interceptações telefônicas, momento em que foi

⁶⁴ AVÓLIO. Op. Cit. p. 158.

⁶⁵ FERNANDES. Op. Cit. p. 162.

⁶⁶ RE 85.439

⁶⁷ RE 100.094-5

⁶⁸ AVÓLIO. Op. Cit p. 167-168.

trancado um inquérito policial, tendo em vista se tratar de prova ilícita a interceptação realizada por “particular”.^{69 70}

3.4.2.2. APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Após a promulgação da Constituição, no ano de 1988, duas perspectivas são percebidas, quais sejam: a vedação das provas ilícitas, já reiterada anteriormente no art. 5º, inciso LVI, bem como a exceção a regra, representada pelos requisitos dispostos no inciso XII do mesmo texto constitucional.⁷¹

Nesta toada, a jurisprudência, inicialmente, tende a seguir seus precedentes, exemplificando-se claramente, segundo Luiz Francisco Torquato Avólio, no julgamento de um Mandado de Segurança do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nesta decisão, foi concedida a ordem de desentranhamento das gravações realizadas sem o consentimento das partes envolvidas.⁷²

Luiz Francisco Torquato Avólio cita uma decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual, semelhantemente às anteriores, declarou a inadmissibilidade das gravações produzidas, uma vez que, se a Constituição Federal determinava a existência de lei infraconstitucional para regular as situações das interceptações, mesmo aquelas advindas de ordem judicial estavam irregulares, eis que não previstas em texto legal. O Ministro Sepúlveda Pertence concorda, ao afirmar que apesar da influência do Código de Telecomunicações, este não satisfaz a reserva legal proposta pelo texto constitucional.

Posições dissonantes tomaram os Ministros Carlos Velloso (este por indeferir a ordem de Habeas Corpus por motivos diferentes ao questionado – tal Ministro concordou acerca da reserva legal da Constituição.) e o Ministro Paulo

⁶⁹ HC 63.834-SP

⁷⁰ ANEXO 3

⁷¹ AVÓLIO. Op. Cit. p. 169-170

⁷² MS 590.016.089 – 5ª C.Crim TJ RS

Brossard (o qual reputou legítima a escuta telefônica, sustentando-se em um argumento de “possibilidade razoável”).⁷³

Neste sentido é a posição de Ada Pellegrini Grinover, a qual defende que *“enquanto não vier a lei a estabelecer as hipóteses e a forma em que as interceptações poderão ser permitidas, não haverá, por enquanto, como ordená-las, pois o Código de Telecomunicações nada especifica”*.^{74 75}

Neste diapasão é a seguinte jurisprudência:

A prova ilícita contamina as provas obtidas a partir dela. Com fundamento na doutrina dos 'frutos da árvore envenenada', o Tribunal determinou, por maioria de votos, o trancamento de ação penal por crime de tráfico de entorpecentes, em que o flagrante e demais provas só foram possíveis em virtude de interceptação de ligações telefônicas autorizada pelo juiz. Aplicação do art. 5º, LVI, da CF ('são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos').

Necessidade de regulamentação do art. 5º, XII, da CF ('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').⁷⁶

No tocante às gravações clandestinas, Luiz Francisco Torquato Avólio cita julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, situação em que não foi estendido o entendimento constitucional de vedação às provas ilícitas, admitindo portanto a categoria das gravações clandestinas.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal manteve o mesmo entendimento, admitindo como válida, a gravação clandestina.⁷⁷

Sob este prisma, claramente fez-se necessária uma lei que regulasse os pormenores da interceptação clandestina, culminando, após alguns anteprojetos⁷⁸ não bem sucedidos, na Lei 9.296 de 1996.

⁷³ AVÓLIO. Op. Cit. p. 174

⁷⁴ HC 69.912-0

⁷⁵ ANEXO 4

⁷⁶ HC 73.351.

⁷⁷ HC 69.024-4

⁷⁸ Como por exemplo o Projeto de Lei 3.514 de 1989, o qual dispunha claramente acerca das escutas telefônicas, representando um claro avanço legislativo.

3.4.2.3. ENTENDIMENTO ATUAL E A LEI 9.296/96

Em contrapartida às posições do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, com uma visão mais garantista do sistema, admitia algumas das categorias de provas decorrentes das interceptações telefônicas, o que fez a doutrina, bem como os parlamentares, se movimentarem para preencher a lacuna exposta pela Constituição.

Neste contexto é apresentada a Lei 9.296 de 1996, a qual obteve o claro intuito de dirimir os conflitos jurisprudenciais existentes, bem como determinar os procedimentos a serem seguidos a respeito do tema.

Porém, questionamentos são feitos até hoje acerca de tal lei, como, por exemplo, na dissonância entre Luiz Flávio Gomes e Vicente Greco Filho, no tocante à escuta telefônica.⁷⁹

Quanto à jurisprudência, ressalta Luiz Francisco Torquato Avólio, que o Supremo Tribunal Federal vem adotando a posição de admitir a escuta telefônica, configurando uma inovação jurisprudencial, conforme se depreende do exposto acerca da teoria da proporcionalidade.^{80 81 82}

Mais atualmente, temos que os Tribunais Superiores não tem admitido, por exemplo, as provas derivadas das ilícitas, conforme se depreende da ementa do julgado abaixo, proveniente do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NULIDADE DE PROVAS VICIADAS, SEM PREJUÍZO DA TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. Dispõe o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, que "não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando (...) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal". A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a

⁷⁹ AVÓLIO. Op. Cit. p. 207-208.

⁸⁰ AVÓLIO. Idem.. p. 210.

⁸¹ HC 74.678

⁸² ANEXO 5

veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal).

4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada".

5. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cediço, em sede de habeas corpus.

6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada.

(STJ HC 64096/PR Julgamento em 27/05/2008. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA)

Da mesma maneira, tem sido o posicionamento do Superior Tribunal

Federal:

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - 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 "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - 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". Doutrina. Precedentes. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal

desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") 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. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, 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. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

No tocante à gravação clandestina, temos que sua admissibilidade é analisada caso a caso, conforme se verá a seguir, uma vez que há dissonância entre os dizeres do mesmo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Exmo. Min. Félix Fischer:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 332, DO CÓDIGO PENAL. PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM

DOS INTERLOCUTORES (GRAVAÇÃO CLANDESTINA). NÃO CONFIGURA PROVA ILÍCITA.

I - Na esteira de precedentes desta Corte, malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder investigações. A ordem jurídica, aliás, confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, e art. 26 da Lei nº 8.625/1993 (Precedentes).

II - Por outro lado, o inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário à propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a opinio delicti de seu titular. Se até o particular pode juntar peças, obter declarações, etc., é evidente que o Parquet também pode. Além do mais, até mesmo uma investigação administrativa pode, eventualmente, supedanear uma denúncia

III - A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, e difere da interceptação telefônica, esta sim, medida que imprescinde de autorização judicial (Precedentes do STF e do STJ).

Recurso desprovido.

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO. INVESTIDA CRIMINOSA NÃO CONFIGURADA. ILICITUDE DA PROVA. AFRONTA À PRIVACIDADE (ART. 5º, X, DA CF). INVESTIGAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO CIVIL E CRIMINAL. ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LOMAN. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA SUSTENTAR O RECEBIMENTO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. ART. 6º DA LEI 8.038/90.

I - A análise da licitude ou não da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser verificada de caso a caso.

II - Quando a gravação se refere a fato pretérito, consumado e sem exaurimento ou desdobramento, danoso e futuro ou concomitante, tem-se, normalmente e em princípio, a hipótese de violação à privacidade. Todavia, demonstrada a investida criminosa contra o autor da gravação, a atuação deste - em razão, inclusive, do teor daquilo que foi gravado - pode, às vezes, indicar a ocorrência de excludente de ilicitude (a par da quaestio do princípio da proporcionalidade). A investida, uma vez caracterizada, tornaria, daí, lícita a gravação (precedente do Pretório Excelso, inclusive, do c. Plenário). Por outro lado, realizada a gravação às escondidas, na residência do acusado, e sendo inviável a verificação suficiente do conteúdo das degravações efetuadas, dada a imprestabilidade do material, sem o exato delineamento da hipotética investida, tal prova não pode ser admitida, porquanto violadora da privacidade de participante do diálogo (art. 5º, inciso X, da CF).

III - A atuação do Ministério Público no inquérito civil tem previsão legal (art. 8º, § 1º da Lei nº 7.347/85). Tal não se confunde com a situação do inquérito criminal envolvendo magistrado de segundo grau (art. 33, parágrafo único, da LOMAN).

IV - No processo penal, a exordial acusatória deve vir acompanhada de um fundamento probatório mínimo apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Se não houver uma base empírica mínima a respaldar a peça vestibular, de modo a torná-la plausível, inexistirá justa causa a autorizar a persecutio

criminis in iudicio. Tal acontece, como in casu, quando a situação fática não está suficientemente reconstituída.

V - Acolhida a primeira preliminar relativa à ilicitude da prova obtida mediante gravação clandestina. Rejeitada a segunda preliminar referente à alegada usurpação da função da polícia judiciária pelo Ministério Público. Denúncia rejeitada por falta de justa causa.

Desta forma, vislumbra-se certa flexibilidade dos Tribunais Superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça, os quais, atualmente, tem minuciosamente analisado os casos, averiguando se existe a possibilidade de colocar em conflito algum direito fundamental ou individual do cidadão em contrapartida a técnica processual da produção de provas.

4. A QUEBRA DE PARADIGMA DECORRENTE DA DECISÃO DO ACÓRDÃO DE HABEAS CORPUS Nº 76.686 PROVENIENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, cabe ressaltar que três temas principais serão abordados pela repercussão do julgamento do Habeas Corpus nº 76.686 do Superior Tribunal de Justiça.

Em primeiro lugar, no que tange ao direito material, será colocado em cena o assunto da violação da intimidade, esta como garantia fundamental do indivíduo, assegurada constitucionalmente.

Em segundo lugar, já no âmbito processual, o prazo para a realização das interceptações, bem como sua possibilidade de prorrogação.

Em terceiro lugar, na questão principiológica, há de se ressaltar o princípio da presunção de inocência, bem como sua evidente conexão com a busca da verdade e a questão do caráter cautelar dos institutos referentes a interceptação telefônica.

Insta salientar que não será feita análise exaustiva do acórdão e da matéria em apreço, pela exigüidade do espaço monográfico, porém será realizada abordagem prática e objetiva acerca dos temas em foco, buscando atingir o cerne de cada questão, para aí então entender-se as peças basilares do novo Projeto de Código de Processo Penal, o projeto 156 de 2009.

4.1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E BUSCA DA VERDADE: CONFLITO COM OS INSTITUTOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Ponto de demasiada importância, na análise a respeito do presente caso, remonta ao princípio da presunção de inocência e seu confronto, quando fala-se dos institutos das interceptações telefônicas.

Pois bem, na busca da verdade⁸³, o juiz viola claramente princípio inculcado constitucionalmente. Diz o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal:

Art. 5º. (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Conforme se percebe, há uma conjunção de fatores integrados a este princípio constitucional. Explico: vez que revestem-se de um caráter cautelar, os conceitos referentes às interceptações telefônicas presumem uma punição antecipada, a qual não condiz com o texto constitucional.

Utilizando explicação de Antônio Magalhães Gomes Filho, será apresentada aceção probatória do referido princípio:

Confundiria-se o princípio da presunção de inocência com o *in dubio pro reo*, que é postulado comum a todos os sistemas processuais, pois a condenação de inocentes não traz proveito algum.⁸⁴

Nesta esteira, discorre Aury Lopes Junior:

A complexidade do conceito de presunção de inocência faz com que dito princípio atue em diferentes dimensões no processo penal. Contudo, a essência da presunção de inocência pode ser sintetizada na seguinte expressão: dever de tratamento.

Esse dever de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusado, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, **não (ab)usando das medidas cautelares** e, principalmente, não olvidando que a partir dela, se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente).⁸⁵ **(grifo nosso)**

⁸³ Aqui o conceito de verdade a ser adotado não é o da verdade real, eis que já exposto os motivos de sua desvalorização doutrinária, bem como por seus ideais inquisitivos. Há de adotar-se o princípio da busca da verdade processual, conforme ensinamentos já citados de Aury Lopes Junior.

⁸⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva. 1991. p. 39

⁸⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit. P. 529.

Assim sendo, no presente Acórdão, há de se ressaltar dois aspectos relevantes a respeito das interceptações realizadas: primeiro pelo caráter cautelar *inaudita altera pars* (realização de procedimento judicial sem o conhecimento da parte contrária), o qual por si só já remonta o processo de uma aura inquisitiva, a qual indubitavelmente, conforme ressalta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, reveste o magistrado de idéias que o conectam a um quadro paranóico punitivo; e segundo, pela violação temporal, eis que na utilização desta medida cautelar, abusos foram cometidos, desde a relativização do princípio da intimidade, bem como pela busca indistinta da verdade sem levar em consideração a primazia dos direitos individuais..

4.2. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INTERCEPTADO

Nas lições de José Afonso da Silva, Direitos Fundamentais, ou para o autor, Direitos Fundamentais do homem, seriam aqueles que além de resumir a concepção do mundo e informar a ideologia política de cada ordenamento jurídico, “*é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.*”⁸⁶

Dentre esses Direitos Fundamentais encontra-se, protegida constitucionalmente, a intimidade e a privacidade do cidadão. Segundo Clémerson Merlin Cleve, há de se fazer diferenciação entre as duas categorias: enquanto a privacidade diz respeito a toda a vida privada da pessoa, por outro lado, a intimidade representa justamente o campo mais recôndito da vida privada.⁸⁷

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*; 12ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. p. 178

⁸⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos Humanos e Democracia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

Pois bem, indo de encontro às manifestações exaradas durante o processo, algumas ponderações não de ser feitas.

São os dizeres de Lenio Luiz Streck:

O texto constitucional, em face da necessidade de o Estado proteger a sociedade como um todo, estabeleceu algumas restrições a essa intimidade. Para tanto, permitiu que, por legislação complementar, fossem estabelecidas as condições de possibilidades para que, mediante autorização judicial fundamentada, possam ser interceptadas comunicações telefônicas de qualquer natureza.⁸⁸

E continua tal autor, ao explicar que como trata-se de uma exceção regulamentada pelo Estado, esta deveria obedecer a um conjunto principiológico estabelecido constitucionalmente. Conclui o autor, ao afirmar um dizer de Clémerson Merlin Cleve, o qual difere as liberdades das capacidades: “*Não basta afirmar juridicamente a liberdade. O uso desta pressupõe a capacidade de goza-la.*”⁸⁹

Assim sendo caberia ao legislativo a análise de qual bem jurídico deveria ter sido preservado em prol de outros considerados alicerces do Estado Democrático de Direito. Ou seja, de forma errônea privilegiam-se os bens materiais e em contrapartida deixam, sem proteção, direitos hierarquicamente superiores em nosso sistema ideal.

Elucidativamente expõe Lenio Luis Streck:

Não é crível considerar, diante dos princípios e valores constitucionais que asseguram o direito a intimidade, que a proporcionalidade diferida pelo Poder Constituinte do Poder Legislativo ordinário contivesse o objetivo de permitir o sacrifício de um direito fundamental, trocando sua intangibilidade pela possibilidade de, mediante escuta telefônica, investigar um crime de estelionato ou de um furto, ou quiçá, de uma receptação.⁹⁰

⁸⁸ STRECK, Lenio Luis. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 100.

⁸⁹ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 213. *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Idem*. p. 101.

⁹⁰ STRECK, Lenio Luis. *Idem*. p. 103.

Neste contexto, enaltece-se posição do Ministro Relator Nilson Neves, o qual em diversas oportunidades já havia se manifestado favoravelmente aos Direitos Fundamentais. É a jurisprudência de sua autoria:

Inquérito policial (acesso aos autos). Sigilo das investigações (relatividade). Incompatibilidade de normas (antinomia de princípio). Defesa (ordem pública primária).

1. Há, no nosso ordenamento jurídico, normas sobre sigilo, bem como normas sobre informação; enfim, normas sobre segurança e normas sobre liberdade.

2. Havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade. Afinal, somente se considera alguém culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

3. A defesa é de ordem pública primária (Carrara); sua função consiste em ser a voz dos direitos legais – inocente ou criminoso o acusado.

4. De mais a mais, é direito do advogado examinar autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento (Lei nº 8.906/94, art. 7º, inciso XIV).

5. A Turma ratificou a liminar – de caráter unipessoal – e concedeu a ordem a fim de permitir ao advogado vista, em cartório, dos autos de inquérito.

(HABEAS CORPUS - Superior Tribunal de Justiça nº 44.165 - RS (2005/0081460-7))

Por fim, há de se expor duas das mais espantosas situações encontradas no deslinde do Acórdão 76.686, quais sejam a possibilidade de prorrogação do prazo indistintamente, bem como a falta de fundamentação dos despachos que deferiram tais interceptações.

4.3. A POSSIBILIDADE DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO E A FUNDAMENTAÇÃO DOS DESPACHOS

No campo processual, tema de relevância seria a possibilidade de prorrogação dos prazos da interceptação telefônica e a qualidade da fundamentação desse despacho.

Claramente a Lei 9296 de 1996, em seu artigo 5º⁹¹, autoriza a renovação do prazo para a execução das atividades interceptadoras. *In casu*, percebe-se um verdadeiro exagero nesta prorrogação, tendo em vista que esta perdurou por cerca de 2 anos, conforme expõe o Ministro Nilson Naves, novamente em seu Voto:

A interceptação de que estamos cuidando, deferida, vimos, a 17.5.04, renovada e renovada e renovada, tantas vezes renovada, e o foi por mais de dois anos, de exceção, revestiu-se de regra, de medida excepcional, tornou-se medida normal, tornando-se, dessa forma, a interceptação de que estamos cuidando, repito, em medida que, primeiro, ultrapassou o prazo e o tempo do art. 5º da Lei nº 9.296, segundo, o do art. 136, § 2º, da Constituição, ultrapassou também o limite da razoabilidade.⁹²

Ou seja, dois fatos intrigantes ocorrem aqui: a) em primeiro lugar a já comentada violação de direitos hierarquicamente superiores, de forma reiterada e autorizada pelo judiciário; b) no tocante a esta autorização, a seguir, colacionaremos alguns trechos das decisões que deferiram tais interceptações (retiradas do Voto de Vista do Ministro Paulo Gallotti):

"Em vista da exigüidade de tempo e considerando a aparente pertinência dos diálogos até o momento interceptados, defiro a prorrogação da interceptação por mais 15 dias dos terminais 41 222-1249, 41 233-2447, 41 243-0303, 41 243-8586 e 41 243-8536." (fl. 2024 - 6/8/2004)

"Considerando as razões já expostas nas fls. 30/31 e 99/101, bem como a reunião havida ontem com o MPF e com representantes da Polícia Federal acerca das possibilidades operacionais da diligência ora requerida, decreto a interceptação, com gravação, das comunicações telefônicas efetuadas para e a partir dos telefones (...), terminais estes titularizados pelos investigados Rolando Rozenblum Elpern e Valmor Felipetto. Prazo de 15 dias." (fl. 2027 - 9/8/2004)

"Diante do exposto, esclareço que o prazo da diligência inicia-se apenas quando da efetivação da captação..Considerando os problemas técnicos havidos com o sistema de captação do áudio e que dificultou a diligência, é o caso de prorrogá-la por mais 15 dias. Por outro lado, impõe-se a ampliação da escuta, a fim de permitir a captação do áudio do terminal 41 243-8586. Isso tudo com base nos motivos já expostos nas fls. 30/31 e 99/101. Assim, por ora, determino a prorrogação da interceptação por mais 15 dias em relação aos terminais declinados na fl. (...). Decreto ainda a interceptação, por quinze dias, com gravação, dos terminais (...)." (fl. 2044 - 25/8/2004)

⁹¹ 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.

⁹² HC 76.686. P. 20.

"Aparentemente há um problema na diligência consistente no excessivo número de terminais e os poucos agentes designados para ela (fl. 186). Entende este Juízo que a solução passa por uma definição de terminais que possam se mostrar relevantes. De todo modo, como os diálogos sugerem a prática de operações que constituem o objeto da investigação e que de todo modo .. Análise está dificultada pelo problema acima, defiro os requerimentos da autoridade policial quanto à prorrogação por mais 15 dias da interceptação quanto aos terminais declinados nas fls. 183 e 185, bem como quanto à interrupção da diligência quanto aos terminais (41) 242-7493 e 41 243-0303." (fl. 2063 - 3/9/2004)

"Em vista dos indícios de ilícito relatados nas fls. 30/31 e 99/101, e das razões das autoridades policiais quanto aos pedidos de prorrogação, sendo de se observar que os diálogos captados são pertinentes ao objeto da investigação e que outros podem sugerir a prática de ilícitos, defiro, na esteira do já determinado nas fls. 176 e 195, a prorrogação da interceptação em relação aos terminais de nº. 41 243-8836, 41 243-8586, 41 243-8178, 41 243-2019 (fl. 218) e do terminal 41 9911-1500 (fl. 221)." (fl. 285 -

"Em vista das decisões anteriores quanto à interceptação e considerando que os áudios captados sugerem a prática de ilícitos ou pelo menos recomendam a continuidade das interceptações (fls. 229-239), defiro o requerido, determinando a prorrogação da interceptação telefônica do terminal 41 9911-1500 e dos terminais 41 233-2447, 41 222-1249, 41 243-8536, 232-9473, 41 357-5794, 41 323-5665 e 41 323-2024, a serem contados a partir da presente data." (fl. 321 - 4/10/2004)

Percebe-se também, que na reforma de 2008 do Código de Processo Penal, latente ficou a necessidade de fundamentação robusta para o deferimento de procedimentos cautelares:

Art.387. (...)

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta

Desta forma, levando em consideração o caráter excepcional das interceptações telefônicas, há de se aplicar tal preceito como dismantelador dos despachos supra-citados.

Lenio Streck assim discorre:

Coerentemente na linha da preservação dos direitos fundamentais, o art. 5º da Lei 9.296 deve ser lido em consonância com o art. 4º, vez que, se o juiz precisa fundamentar a sua decisão, deverá, à evidência, moldá-la à contenção legislativa contida no que se entenda por “necessidade de interceptação para

à apuração da infração”, que repito, deve ser entendida na dicção de indispensável.⁹³

Remontando ao Ministro Paulo Gallotti, há de se inserir aqui, citação de mesmo autor, o qual, brilhantemente explica:

Não há dúvida de que a (necessidade da) fundamentação, além de estar prevista na Constituição na parte relativa ao Poder Judiciário, é, também, um direito fundamental do cidadão. É a garantia que o cidadão tem de que não sofrerá restrição de direitos sem a devida justificação / fundamentação. Disso decorre que o Juiz, na apreciação do pedido de interceptação de comunicação telefônica, deverá, de forma (bem) fundamentada, considerar o princípio da proporcionalidade, e, mais precisamente, realizar o sopesamento entre o interesse público, por um lado, e a esfera da intimidade protegida pelos direitos fundamentais do outro. Ao Juiz é que caberá dizer, pois, no caso concreto, o que é razoável, confrontando direito à intimidade - garantido pela Constituição - com o interesse público.⁹⁴

Por fim, deve se expor o preceito constitucional embasador deste fundamento:

Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Desta forma, ocorre aqui reparação, por parte dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, das barbáries realizadas tanto em manifestação do Ministério Público, quanto dos Magistrados envolvidos.

A fim de se preservar o mínimo de garantias para o indivíduo, parte benéfica do sistema processual penal estabeleceu critérios para a prolação de sentenças e despachos, enaltecendo aqui a grande quebra de paradigma realizada pelos Ministros: simplesmente seguir a Constituição e dar a primazia aos Direitos Fundamentais.

⁹³ STRECK, Lenio Luis. Idem. p. 67.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luis. Idem. p. 68. *apud* Voto de Vista Ministro Paulo Gallotti – habeas Corpus nº 76.686. p. 8.

5. O NOVO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL APROVADO PELO SENADO

Aprovado pelo Senado no dia sete de dezembro de 2010, o novo projeto de Código de Processo Penal, o projeto 156 de 2009 de relatoria do Senador Renato Casagrande e produção jurídica encabeçada pelo professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e demais grandes nomes do contexto doutrinário brasileiro, apresenta algumas alterações atinentes ao tema explanado.

Primeiro ponto a ser abordado é a adoção do modelo acusatório como parâmetro para a atuação das partes processuais e para a gestão da prova. De início cabe ressaltar que há, aqui, a assunção de que o sistema vigente não é plenamente acusatório.

Ou seja, sem dúvida há avanço nas entranhas do processo penal, porém não podem ser olvidadas as opiniões daqueles que já desconstruíam o sistema anteriormente.

Como já exposto em momento anterior, o sistema inquisitório está presente em diversas oportunidades no percorrer do processo, não existindo, conforme explica Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, sistema puro em sua totalidade.⁹⁵ Ou seja, mesmo que adotado determinado sistema como efetivo, por vezes serão encontrados resquícios ou inserções de um sistema com base principiológica diferente.

Apesar disso, louvável é a posição dos juristas do Projeto 156 de 2009, os quais, através de novas adaptações, aproximaram a gestão da prova para as partes. Exemplo disso é a instituição do juiz de garantias:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. foi, no ponto, muito além. o juiz das garantias será o

⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord.: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001.p. 16-18

responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais.⁹⁶

Ainda, neste sentido, vislumbra-se o enaltecimento ao modelo acusatório, este, visivelmente, mero encobridor da realidade nacional. Explica o anteprojeto:

A explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do poder público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes.⁹⁷

Exemplificando algumas das alterações no sistema imposto, pode-se colocar o artigo 74 do Projeto definitivo⁹⁸, este que determina o seguinte:

Art. 74. As perguntas relacionadas aos fatos serão formuladas diretamente pelas partes, concedida a palavra primeiro ao Ministério Público, depois à defesa.⁹⁹

Ou seja, evita-se que a palavra final seja da acusação - modelo atual - e passa tal situação para a defesa. Desta forma, garante-se o mínimo do contraditório às partes e reveste-se de constitucionalidade o processo nesta fase da audiência.

No tocante às interceptações telefônicas, percebe-se duas alterações bastante relevantes para os assuntos em tela, qual seja: a) a impossibilidade de utilizar

⁹⁶ Exposição de Motivos - Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. P. 17. Acesso em 26/12/2010. Disponível em: <http://www.juareztares.com/Textos/anteprojeto.pdf>

⁹⁷ Exposição de Motivos. Idem. P. 16

⁹⁸ Em 08/12/2010 foi publicado o Projeto definitivo para o Código de Processo Penal, já devidamente aprovado e emendado pelos componentes do Senado.

⁹⁹ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>

o meio da interceptação telefônica em contravenções penais e aos crimes com pena inferior a 2 anos; e b) a alteração do prazo para a realização das interceptações telefônicas, bem como o esclarecimento a respeito da possibilidade de prorrogação do prazo:

Art. 247. A interceptação de comunicações telefônicas não será admitida na investigação criminal ou instrução processual de crimes de menor potencial ofensivo, assim definidos no art. 288, salvo quando a conduta delituosa for realizada exclusivamente por meio dessa modalidade de comunicação.

Art. 252. O prazo de duração da interceptação não poderá exceder a 60 (sessenta) dias, permitidas prorrogações por igual período, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da diligência, até o máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, salvo quando se tratar de crime permanente, enquanto não cessar a permanência.

§ 1º (...)

§ 2º Para cada prorrogação será necessária nova decisão judicial fundamentada, observado o disposto no caput deste artigo.

Com tais posicionamentos, evitam-se os questionamentos do presente acórdão, eis que inexistente dúvida na interpretação, no que tange ao art. 252 e seu parágrafo 2º.

Ademais, corretamente impede o novo projeto que sejam realizadas interceptações telefônicas em crimes de menor potencial ofensivo, primeiramente pela tendência do Direito Penal que seria a descriminalização destes, e segundo, pelas violações que tal instituto causa em relação aos direitos fundamentais do interceptado.

Apesar da extensão de alterações realizadas pelo Projeto 156 de 2009, boa parte destas de caráter bastante positivo para que seja estabelecido um modelo acusatório brasileiro, ainda há de se esperar a manifestação da Câmara dos Deputados e, logicamente, posteriormente, se inexistirem alterações, para sanção da Casa Presidencial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O Acórdão 76.686, proveniente de Habeas Corpus impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça, representa verdadeira quebra paradigmática no contexto processual penal brasileiro por dois motivos: pela possibilidade de reassegurar ao indivíduo interceptado a sua dignidade íntima e pessoal; e por expor a inquisitorialidade do sistema, bem como a velada interpretação de alguns magistrados, os quais, utilizando conceitos como “interesse público” e “garantia da ordem” acabam por dismantelar um sistema que, a priori, deveria apresentar solidez principiológica.

2. Vislumbra-se, neste contexto, a falsa vigência de um sistema processual penal acusatório, agindo realmente como um sistema inquisitivo em sua principal função, qual seja criminalizar o sujeito estigmatizado pela sociedade.

3. A abordagem a respeito do princípio da verdade real e sua superação busca suprimir a falsa idéia de que uma verdade plena é possível. Há de se reputar lícito aquilo que é possível no âmbito processual, sem permitir que uma verdade histórica seja considerada inquestionável.

4. Encontra-se, nos institutos relacionados a interceptação telefônica, meio eficaz de garantir o direito mínimo aos sujeitos criminalizados, ao impedir que princípios constitucionais, como a garantia da intimidade, sejam violados ao bel prazer pelas pressuposições estabelecidas pelos quadros paranóicos formados nas mentes dos magistrados.

5. Ou seja, esta política criminal, se por um lado apresenta requintes de crueldade e um completo despreparo infra-estrutural do sistema, por outro lado cultiva conceitos de relevância para que o mínimo seja preservado. Conforme deixa claro Zaffaroni, a “*política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já*

eleitos” consistindo, resumidamente na “arte ou a ciência de governo com respeito ao fenômeno criminal”¹⁰⁰

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. P 132

7. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação penal análises e confrontos*. São Paulo: Acadêmica, 1938.

ARANHA, Adalberto José Queiróz Teles de Camargo. *Da prova no processo penal*. 2.ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____.; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos Humanos e Democracia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CONSO, Giovanni. *Procedimento penal ou direito processual penal?*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 74 (595): 1985.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord.: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001

_____. *Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada*. Boletim IBCCRIM ano 13 nº 159 fev/2006.

_____. Entrevista: <http://www.conjur.com.br/2010-jan-10/entrevista-jacinto-coutinho-especialista-processo-penal> Acesso em 29/09/2010.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FILHO, Vicente Greco. *Interceptação telefônica — considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 11. ed, 2.º vol. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica in Legislação Criminal Especial*. Coord Luiz Flávio Gomes. 6. ed. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva. 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____.; SCARANCE, Antônio Fernandes; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. *A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal*, disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf Acesso em 29/09/2010.

_____. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*, 4ª. ed. rev., atual., eampli.. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*, 1. ed. vol. I, São Paulo: Bookseller, 1997.

_____. *Tratado de direito processual penal*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1980.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____. *Garantismo Penal e o Aditamento a Denúncia*, disponível em http://www.juspodivm.com.br/i/a/{385993ED-8FEA-4256-9EA3-25B1B5F394C3}_039.pdf Acesso em 29/09/2010.

STRECK, Lenio Luis. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Curso de Processo Penal*, 9. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO. Fernando Da Costa. *Código De Processo Penal Comentado*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Processo Penal*. 22. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2000. .

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.gov.br e www.stf.jus.br

_____. Recurso Especial nº 85.439.

- _____. Recurso Especial nº 100.094
- _____. Habeas Corpus nº 63.834
- _____. Habeas Corpus nº 69.912
- _____. Habeas Corpus nº 73.351
- _____. Habeas Corpus nº 69.024
- _____. Habeas Corpus nº 74.678
- _____. Mandado de Segurança 590.016.089 - TJ RS

ANEXO 1

HABEAS CORPUS Nº 76.686 - PR (2007/0026405-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Em favor dos uruguaiois Isidoro Rozenblum Trosman e Rolando Rozenblum Elpern, residentes em Curitiba, os advogados Cezar Bitencourt e Andrei Zenkner vêm ao Superior Tribunal com este habeas corpus, a fim de nos pedir decretemos a "nulidade *ab initio* do Processo Penal nº 2006.70.00.019980-5, (...) em tramitação perante o juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, na medida em que instaurado com base em provas ilícitas".

Provém o constrangimento ilegal, segundo os impetrantes, do acórdão – em habeas corpus – da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região de ementa seguinte (24.10.06):

"*Habeas corpus*. Prisão preventiva. Pressupostos. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Inocorrência. Constrangimento ilegal inócurrenre. Garantia da ordem pública. Conveniência da instrução criminal. Aplicação da lei penal. Ordem denegada.

1. Não há ilegalidade da decisão que decretou a interceptação telefônica, bem como nas posteriores renovações da medida pois se encontram fulcradas em relevantes indícios das práticas delituosas.
2. Afastado o sigilo telefônico e persistindo os fundamentos que o originaram, mesmo considerando os argumentos dos impetrantes de que foram infrutíferas as interceptações, este resultado não afasta a necessidade da medida, frente à verificação da intrincada rede de atividades ilícitas perpetradas pela organização criminosa, sendo imprescindíveis tal meio de prova.
3. Inexistência de afronta ao princípio da razoabilidade decorrente das sucessivas renovações das interceptações, porquanto demonstrada a efetiva necessidade das medidas para apuração dos ilícitos.
4. Hipótese em que o procedimento de quebra do sigilo telefônico atendeu aos preceitos legais dispostos nos arts. 2º e 5º da Lei nº 9.296/96.

Superior Tribunal de Justiça

5. As provas da materialidade e indícios de autoria apontados no decreto de prisão preventiva são suficientes para indicar que os pacientes são os responsáveis pelos ilícitos perpetrados.
6. Necessidade de garantia da ordem pública frente à continuidade das atividades desenvolvidas pela organização criminosa constituída pelos pacientes, justificando-se a decretação da prisão preventiva como forma de desestruturar e interromper as atividades ilícitas, impedindo a reiteração delitiva e propiciando a desarticulação da quadrilha.
7. A conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal também justificam o *periculum libertatis* na hipótese dos autos.
8. O fato de estarem os pacientes segregados por força de prisão cautelar em nada impede a expedição de nova ordem em processo penal diverso. Isto porque o exame procedido pelo julgador decorre de suporte diferenciado, de modo que o *fumus comissi delicti* impõe o exame dos indícios de autoria e prova da materialidade para as espécies delitivas apuradas em cada um dos processos. O *periculum libertatis*, independentemente de serem os fundamentos similares (por questões óbvias de que o *modus operandi* é o mesmo), também decorre de suporte diferenciado, de cuja análise não há que se descurar o julgador, mormente em se tratando de organização criminosa de grandes proporções.
9. Ordem denegada."

São estas as atuais alegações dos impetrantes: (I) ilegalidade da interceptação telefônica renovada sucessivamente no PCD nº 2004.70.00.019229-2 (ofensa aos arts. 2º e 5º da Lei nº 9.296/96, bem como aos arts. 5º, XII, e 93, IX, da Constituição); (II) nulidade, por derivação, não só do recebimento da denúncia, mas também dos demais atos da Ação nº 2006.70.00.019980-5.

A propósito do item (I) – ilegalidade da interceptação –, os impetrantes apontam ofensa ao art. 2º, I e II, da Lei nº 9.296/96 (falta de fundamentação), também apontam ofensa ao art. 5º (dies a quo do prazo para o cumprimento da diligência); alegam, ainda, tratar-se de prorrogação desarrazoada e desproporcional, invocando, no pormenor, violação do apontado art. 5º, igualmente do art. 5º, XII, da Constituição.

Prestou-me informações a Relatora de origem – Freitas

Superior Tribunal de Justiça

Labarrère –, conclusivamente:

"A autoridade impetrada prestou informações (fls. 58/84).

O agente ministerial exarou parecer pela denegação da ordem.

A autoridade impetrada prestou informações complementares dando conta de que a instrução do processo está na fase do artigo 499 do CPP. E consigna que 'só não houve mais celeridade em virtude da demora no cumprimento de precatórios para a oitiva de testemunhas de defesa, especialmente pela indicação, em alguns casos, de endereços, ou nomes errados por parte das defesas'.

A Sétima Turma, na sessão de 24 de outubro de 2006, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos de acórdão assim ementado:

.....
O referido acórdão transitou em julgado em 06 de fevereiro 2007, tendo os autos sido remetidos à Secretaria de Documentação (Divisão de Arquivo Geral) para fins de arquivamento.

Sendo estas as informações a respeito do processo, permaneço a disposição de Vossa Excelência para outras que se fizerem necessárias."

Também informações do Juiz do processo vieram a mim, em

suma:

"Relativamente ao *habeas corpus* acima citado vimos informar o que segue.

Uma das ações penais nas quais foram utilizadas, dentre outras provas, as interceptações telefônicas, a de nº 2006.7000019980-5, especificamente, envolvendo crimes de corrupção e evasão de divisas, já foi julgada.

Na oportunidade, assim me manifestei sobre a preliminar de nulidade de tal prova:

.....
Embora não há que se falar em legitimação apenas pelo resultado, o fato é que o próprio conteúdo dos diálogos interceptados, e que envolvem a prática de variados crimes, indica o acerto e a correção da manutenção da interceptação pelo prazo que foi mantida. A esse respeito e a título ilustrativo, toma-se a liberdade de remeter aos diálogos transcritos nos itens 37-73 da sentença. Dentre eles, diálogos em que os condenados e os auditores utilizavam nomes fictícios e palavras cifradas, combinando a entrega de ripas ou lajotas. Por oportuno, transcrevem-se apenas os diálogos dos itens 37 e 46:

.....
Em anexo, por malote, remetemos, por oportuno, cópia da sentença

Superior Tribunal de Justiça

condenatória prolatada na ação penal 2006.7000019980-5. Deixamos de remeter as peças citadas nos trechos transcritos acima, pois a ação penal, com seus apensos, já se encontra no TRF4 para julgamento dos apelos. Se V. Exa. entender pertinente, poderá, no entanto, requisitar as cópias naquele tribunal, o que este Juízo não pode fazer."

É da Subprocuradora-Geral Maria das Mercês o parecer do Ministério Público Federal, nestes termos:

"Sem dúvida, é a tutela jurídica da intimidade uma das mais significativas expressões dos direitos da personalidade, tratando-se de valor constitucionalmente garantido, cuja proteção normativa busca assegurar, em favor do indivíduo, uma esfera de autonomia a salvo do arbítrio do Estado. Todavia, tal direito à inviolabilidade não se reveste de caráter absoluto, cedendo espaço, excepcionalmente, às exigências impostas pela preponderância do interesse público, quando existem fundados elementos de suspeita, apoiados em indícios idôneos e reveladores de prática delituosa.

Assim, apesar da relevância do direito ao sigilo de dados constitucionalmente assegurado, reconheceu o Supremo Tribunal Federal, de há muito, ao apreciar Questão de Ordem na Petição 577 ('Caso Magri', Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 23.04.93), a compatibilidade jurídica de sua quebra, permitida pelo § 1º, do art. 38, da Lei nº 4.595/64, com as normas inscritas nos citados incisos X e XII, do art. 5º, da CF, quando presentes fundadas razões para a *disclosure* de informações reservadas.

No caso concreto, verifica-se que, anteriormente à instauração da aludida Ação Penal nº 2006.70.00.0019980-7, já tramitavam perante a Segunda Vara Federal Criminal de Curitiba - Seção Judiciária do Paraná – diversos inquéritos que investigavam empresas do Grupo Sundown, pelo cometimento do crime de evasão de divisas, consubstanciado na realização de depósitos em contas de terceiros, que alimentavam contas CC5 mantidas em Foz do Iguaçu.

Em razão de tais diligências apuratórias e à conta de comunicações do COAF sobre as operações de lavagem de dinheiro praticadas por aquele grupo empresarial, o Ministério Público Federal requereu a quebra de sigilo bancário, para o completo esclarecimento daquelas operações e, com base nos fatos e dados revelados, buscou, judicialmente, fosse a Receita Federal incumbida de realizar diligências e ações fiscais voltadas às atividades do mencionado grupo, com o fito de apurar eventual cometimento de crime tributário.

Dentre as pessoas físicas e jurídicas inspecionadas pela Receita Federal, encontravam-se as empresas OZYX – Indústria e Comércio de Artigos Esportivos Ltda., BSD Comercial, Importadora e Exportadora

Superior Tribunal de Justiça

Ltda., bem como Rolando Rozenblum Elpern, ora paciente, sendo que o auditor fiscal José Luiz Altheia recebera a incumbência de fiscalizar as duas empresas referidas, enquanto Adriana Gianello Costa de Oliveira ficara encarregada da auditoria do contribuinte Rolando Rozenblum Elpern.

Somente a partir da suspeita do envolvimento de tais auditores fiscais no processo de fiscalização realizado pela Receita Federal, é que foi deferida, judicialmente, a quebra do sigilo telefônico, assinalada, aqui, como ilícita pelos impetrantes, restando evidenciado, dessa forma, que tal diligência foi, de fato, precedida de diversos outros atos investigatórios.

Como bem esclarece a sentença condenatória proferida em desfavor dos ora pacientes, a decisão judicial que autorizou as interceptações telefônicas se reportou aos fundamentos expendidos pelo Ministério Público Federal, ao relatório que instruiu a petição inicial e, principalmente, aos diversos inquéritos anteriormente instaurados para apuração de crime de evasão de divisas, bem como ao procedimento investigatório relativo às operações suspeitas. Como havia comunhão de elementos, a sinalizar, de forma contundente, as práticas delituosas que deflagraram o feito criminal questionado, foram autorizadas, motivadamente, a quebra do sigilo telefônico e a interceptação telefônica.

A Defesa aduz que as sucessivas prorrogações das mencionadas escutas, ao longo de mais de 2 (dois) anos, afrontaram o direito individual dos ora pacientes, afigurando-se como medidas violadoras do princípio da razoabilidade. Sustenta, assim, hipótese de clara afronta ao art. 5º, da Lei nº 9.296/96, que estabelece o prazo máximo de 15 dias, renovável por igual período, para aquela espécie de interceptação.

O art. 5º da Lei nº 9.296/96 tem o seguinte teor:

'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.'

De fato, existe um limite temporal para a interceptação telefônica. Todavia, a orientação prevalente é a de que o prazo legal de 15 (quinze) dias pode ser renovado por igual período, sem restrição quanto à quantidade de prorrogações que podem se efetivar, desde que comprovada a necessidade de tais diligências para as investigações. Isto porque o mencionado dispositivo de lei se manteve silente quanto ao número de renovações, sobressaindo, apenas, a exigência da prolação de nova decisão judicial limitadora do direito à intimidade, a cada novo pedido de quebra do sigilo.

Nesse sentido, vale trazer à baila a doutrina de Vicente Greco Filho, externada em sua obra 'interceptação telefônica', discorrendo o autor, no seguinte trecho, sobre as possíveis prorrogações da quebra do sigilo telefônico:

Superior Tribunal de Justiça

'A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas forem necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo.'

O doutrinador também dilucida que 'a leitura rápida do art. 5º poderia levar à idéia de que a prorrogação somente poderia ser autorizada uma vez. Não é assim; 'uma vez', no texto da lei, não é adjunto adverbial, é preposição. É óbvio que se existisse uma vírgula após a palavra 'tempo', o entendimento seria mais fácil'.

O caso em apreço, como já demonstrado, abrange sérias e complexas investigações levadas a cabo pelo Ministério Público Federal, em parceria com a Autoridade Policial, no intuito de desmontar o nocivo e estruturado Grupo Sundown, responsável por lesões de elevada magnitude ao erário público. Suas atividades, eivadas de corrupção e ilegalidade, como apontado pelo Juízo da Segunda Vara Federal Criminal da Seção Judiciária Federal do Paraná, ao proferir sentença condenatória nos autos da citada Ação Penal nº 2006.70.00.019980-5, chegaram a trazer auditores, como forma de interferir, diretamente, nas atividades de fiscalização da Receita Federal.

Na prolação daquele édito condenatório, o julgador monocrático esclareceu que, 'no decorrer da interceptação, foram captados diálogos que sugeriam a prática de diversos crimes, como contrabando e descaminho, cooptação de servidor do Bacen, possível tráfico de influencia junto ao BNDES, operações do mercado negro de câmbio, etc (...), o que justifica a duração da diligência.' (v. fl. 2.695 – volume 11).

Em casos desse jaez, de elevada complexidade, a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário ao completo esclarecimento dos fatos, devendo seu prazo de duração ser avaliado pelo Juiz da causa, levando em conta os relatórios apresentados como resultado das atividades de investigatórias.

Sobre o tema, vale trazer à baila *decisum* proferido por essa colenda Corte Superior, em hipótese análoga à presente:

'*Habeas corpus*. Penal. Processual Penal. Prova emprestada. Princípio do contraditório. Matéria não tratada no acórdão. Supressão de instância. *Writ* não conhecido nessa parte. Escuta telefônica. Prorrogações. Comprovada necessidade. Possibilidade. Ordem conhecida em parte e nessa parte denegada. 1. A proclamação de nulidade do processo, por prova emprestada, depende da inexistência de outras provas capazes de confirmar a autoria e a materialidade delitiva, caso contrário, deve ser mantido o decreto também fundado em outras provas. 2. Nos termos em que manifestado o inconformismo, o ato impugnado não é mesmo o acórdão do Tribunal, mas a sentença condenatória de primeiro grau, o que impossibilita a análise da irresignação, sob pena de indevida supressão de instância, eis que, o tema não foi objeto de debate e análise por parte da Corte de segundo grau, o mesmo ocorrendo no pertinente às impugnadas apreensões de bens, matéria que depende de análise do

Superior Tribunal de Justiça

conjunto fático probatório, inviável no âmbito restrito do *habeas corpus*, isso levando a que, nesta parte, não se conheça do *writ*. 3. Não sendo o ato impugnado o acórdão do tribunal, mas a sentença condenatória de primeiro grau, impossível a análise da irresignação, sob pena de indevida supressão de instância. 4. As prorrogações da interceptação telefônica, autorizadas pelo Juízo, de fato não podem exceder 15 dias; porém, podem ser renovadas por igual período, não havendo qualquer restrição legal ao número de vezes, em que possa ocorrer a renovação, desde que comprovada a necessidade. 5. Ordem conhecida em parte e, na parte conhecida, denegada.' (STJ - HC 34.701/SP - Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa – Sexta Turma - DJ de 19.12.2005 - p. 473).

Asseveram os Impetrantes, a respeito do termo inicial do prazo estipulado para o rompimento do sigilo telefônico, que tal direito dos réus ficou indefinidamente afrontado, já que a ordem judicial de monitoramento fora lançada no dia 17 de maio de 2004, em desarmonia com a data em que veio o grampo a se efetivar, no dia 21 de junho daquele ano.

Ora, o termo *a quo* deve ser compreendido como a data em que, de fato, se deu a execução da diligência e, não, efetivamente, como a data da decisão judicial proferida pelo julgador.

Assim, diferentemente do quanto alegado pela defesa, a garantia dos acusados ao sigilo não ficou indefinidamente violada, já que eventual ilegalidade somente se concretizaria no momento em que se iniciasse a escuta telefônica propriamente dita, marco este a ser tomado para a contagem, inclusive, do prazo de 15 (quinze) dias a que alude o art. 5º, da Lei nº 9.296/96.

Tal entendimento revela-se compatível com os percalços enfrentados para a realização da diligência determinada pela autoridade judicial, valendo salientar que, sem dúvida alguma, dificilmente se obtém a quebra do sigilo telefônico no momento em que autorizada pelo magistrado, porquanto tal providência depende da implantação de terminal, pela companhia telefônica.

Afirma a defesa, por outro lado, que o juízo monocrático deixou de fundamentar, como seria necessário, a indispensabilidade do meio de prova adotado, renovando a quebra de sigilo por meio de decisões abstratas e desprovidas de conteúdo válido.

Como aqui já ficou patenteado, no entanto, a quebra do sigilo ora impugnada encontra-se alicerçada nos diversos inquéritos anteriormente instaurados para apuração de crimes de evasão de divisas, no curso do procedimento investigatório relativo às operações suspeitas, assim como na motivação expendida pelo Ministério Público Federal e no relatório que instruiu a petição inicial.

De salientar-se que a indispensabilidade da medida, apontada pela defesa como desprovida de fundamentos, não pode ser apreciada na via sumária do *habeas corpus*, justamente por demandar o reexame do acervo probatório dos autos. Nesse sentido, inclusive, já decidiu essa Colenda Corte Superior, conforme se colhe da ementa adiante transcrita:

Superior Tribunal de Justiça

'Penal. *Habeas corpus*. Cabimento. Multa. Perdimento de bens. Interceptação telefônica. Lei nº 9.296/96. Pena. Fixação. Quantidade de droga crime de associação. Artigo 14 da Lei nº 6.368/76. Progressão de regime. I – Não se mostra compatível com a via do *habeas corpus* a análise de alegação concernente à pena de multa prevista na parte especial do CP – não mais convertível em detenção - e ao perdimento de bens, pois eventuais vícios nesses títulos do *decisum* não acarretam qualquer ameaça ao direito de locomoção do paciente. II – Interceptações telefônicas que foram autorizadas judicialmente, nos moldes da Lei nº 9.296/96, não havendo, pois, que se falar em prova ilícita. A tese de que poderia a prova ser produzida por outros meios, o que seria óbice à referida autorização, não pode ser apreciada nesta sede, uma vez que demandaria o exame minucioso do material cognitivo constante nos autos. Por outro lado, não há, no referido diploma legal, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida a perícia. III – A elevada quantidade e a qualidade da droga apreendida devem ser consideradas na fixação da resposta penal. Nos limites do *writ*, em princípio, é inviável desconstituir a pena fundamentadamente estabelecida. IV – A regra impeditiva da progressão de regime prevista na Lei dos Crimes Hediondos refere-se ao crime de tráfico de entorpecentes e não se aplica ao delito autônomo da associação, capitulado no artigo 14 da Lei de Tóxicos (Precedentes do STF e STJ). V – Quanto ao art. 12 da Lei de Drogas, o regime integralmente fechado, sendo rejeitado o argumento de que a Lei nº 9.455/97 teria revogado o art. 2º § 1º da Lei nº 8.072/90 (Precedentes). Ordem parcialmente conhecida, e, aí, parcialmente concedida.' (STJ - HC 15.820/DF - Relator Ministro Felix Fischer - DJ de 04.02.2002).

Vê-se, destarte, que a interceptação telefônica deferida, motivadamente, pela autoridade judicial, não se acha maculada pela ilegalidade sustentada, a qual, se existente, tampouco teria o condão de contaminar as demais provas produzidas ao longo do feito criminal ou de atingir o decreto condenatório proferido em desfavor dos ora pacientes.

A título de argumentação, ressalte-se que Isidoro Rozenblum Trosman e Rolando Rozenblum Elpern respondem a diversas ações penais, sendo que, na Ação Penal nº 2006.70.00.019980-5, ora sob exame, já foram condenados em primeira instância. Contra os acusados, também, há vários inquéritos penais e investigações em andamento, que, provavelmente, resultarão no oferecimento de diferentes denúncias e, conseqüentemente, na deflagração de outras ações penais.

Tudo isso resulta da profissionalidade e da habitualidade delitiva dos agentes, mescladas às suas atividades empresariais, funcionando, como bem ressaltou o Juiz singular, como elementos igualmente hábeis a atestar a culpabilidade dos réus.

As escutas telefônicas realizadas legalmente foram essenciais para a identificação de diferentes atos de corrupção, bem como dos crimes de contrabando, descaminho e evasão de divisas, achando-se os ora pacientes, como já mencionado, a responderem a diversas outras ações penais. Os interceptados diálogos do ora paciente Rolando Rozenblum

Superior Tribunal de Justiça

Elpern com seu consultor financeiro sugerem que as práticas do delito de evasão de divisas se estendem, desde 1996, até períodos recentes.

Ante a relevância dos dados probatórios obtidos com as escutas, sem razão, impugnadas, não há como afastar a necessidade da adoção da questionada providência, que, como já mencionado, encontra respaldo nas normas regentes.

Em face do exposto, demonstrada que se encontra a inexistência de constrangimento ilegal a atingir a liberdade de ir e vir de Isidoro Rozenblum Trosman e Rolando Rozenblum Elpern, opina o Ministério Público Federal pela denegação da presente ordem de *habeas corpus*."

A sentença é de 23.11.06, acolhendo em parte o pedido acusatório, da seguinte forma:

"148. Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a pretensão punitiva.

149. Absolvo todos os acusados do crime de quadrilha e do crime do artigo 347 do CP, no primeiro caso, por não se vislumbrar quadrilha para prática de crimes de corrupção, e, no segundo caso, por falta de adequação típica entre os fatos provados e o tipo penal.

150. Absolvo Karina Rozenblum Elpern e Paulo Oscar Goldenstein dos crimes de corrupção por não existir prova suficiente para condenação (artigo 386, VI, do CPP).

151. Condeno Adriana Gianello Costa de Oliveira, por uma vez, às penas do artigo 3º, II, da Lei nº 8.137/90 e, por uma vez, às penas do artigo 22, parágrafo único, parte final, da Lei nº 7.492/86.

152. Condeno José Luiz Altheia, por duas vezes, às penas do artigo 3º, II, da Lei nº 8.137/90.

153. Condeno Rolando Rozenblum Elpern, Isidoro Rozenblum Trosman e Sergio Voltolini, por três vezes, às penas do artigo 333, parágrafo único, do CP."

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 76.686 - PR (2007/0026405-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR):

Ultimamente, tive oportunidade de trazer ao conhecimento da Turma algumas de minhas dúvidas, também preocupações, entre elas, porque sensível e emblemática, a referente ao conflito, diria eu, aparente, entre normas de diversas inspirações ideológicas, fi-lo no HC-44.165, de 2006, e nos HCs 95.838 e 96.521, de 2008. Observem a correlação dos modos e tempos das respectivas ementas, vai aqui um tópico de cada uma: (I) "havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade. Afinal, somente se considera alguém culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (HC-44.165); (II) "havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade, porque a liberdade anda à frente dos outros bens da vida, salvo à frente da própria vida" (HC-95.838); (III) "impõe-se, isto sim, se extraiam conseqüências de um bom, se não excelente, princípio/norma, que cumpre ser preservado para o bem do Estado democrático de direito" (HC-96.521).

Há semelhança entre as questões, porquanto a que ora nos é trazida também se assenta em princípios de inspirações diferentes: se se lê, no capítulo destinado aos direitos e deveres fundamentais, que o sigilo das comunicações é inviolável, vê-se, no mesmo inciso, que há ressalva, ei-la: "por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"

Superior Tribunal de Justiça

(Constituição, art. 5º, XII). Alegam, então, os impetrantes que, havendo conflito entre princípios, tal "não se trava no plano da validade, mas sim no da ponderação, no da razoabilidade, da proporcionalidade", daí, a teor da doutrina por eles colacionada, "há de ser conferida primazia relativa ao direito individual".

Tanto o Ministério Público Federal, quando requeria, em 13.5.04, a interceptação ao ver da Lei nº 9.296/96, quanto a autoridade judiciária, quando a deferia em 17.5.04, reconheciam o aparente conflito – o sigilo não é absoluto, disseram ambas as autoridades, e sim relativo, o que me levou, aqui e agora, a recordar a teoria da relatividade de Einstein, que definiu, de modo diverso de Newton, o tempo e o espaço –; vão aqui, respectivamente, dois tópicos (das duas autoridades deste caso, é claro):

– "A jurisprudência é pacífica quanto à relatividade do direito ao sigilo telefônico, que em nenhum momento impôs de forma absoluta na CRFB, não podendo servir para impedir a persecução criminal, na preservação dos interesses penalmente tutelados, principalmente quando fundamentado o afastamento na Lei 9.296/96. Neste particular, traz-se à colação:"

– "Considerando ainda que o direito de privacidade não é absoluto, decreto a quebra de sigilo de dados sobre os terminais instalados ou cadastrados no referido endereço. Restrinjo, porém, a quebra de dados, por economia processual, ao período posterior a 01/01/2002, sem prejuízo de nova apreciação no futuro."

Um diante do outro, em situações opostas (princípios/normas, normas/princípios de opostas inspirações ideológicas), defrontando-se – o absoluto e o relativo –, e então indagamos a respeito de quando é a vez de um e de quando é a vez do outro, e há limites – ou não há? –, reparem que, no caso, segundo a sentença,

Superior Tribunal de Justiça

"32. No decorrer do feito, foram prolatadas diversas decisões de interceptação telefônica e de prorrogação das diligências. A interceptação, de fato, teve duração considerável. Não há que se falar, porém, em falta de fundamentação das decisões de afastamento do sigilo telefônico e prorrogação das interceptações. Como se infere exemplificadamente das decisões deste julgador de fls. 30-31, 159-160, 291, 337, 569, 740, 798, 881, 1.210, 1.239, 1.316, 1.334, 1.353-1.354, 1.433-1.434 e 1.508 do apenso XVI, todas elas foram fundamentadas. Evidentemente, em uma decisão de prorrogação, não se faz necessário renovar todos os fundamentos que haviam motivado a investigação, sendo possível remeter aos fundamentos anteriores desde que justificada a necessidade da renovação. As decisões, outrossim, podem ser sucintas, como é próprio da dinâmica de um processo de investigação. Registre-se que no decorrer da interceptação, foram captados diálogos que sugeriam a prática de diversos crimes, como contrabando e descaminho, cooptação de servidor do Bacen, possível tráfico de influência junto ao BNDES, operações do mercado negro de câmbio, etc. (v.g. fl. 740, 881, 889 e 1.316, 1.334, 1.508 do apenso XVI), o que justifica a duração da diligência. Cumpre ainda observar que as decisões mais relevantes para a formação de prova no presente processo, e que implicavam na interceptação dos terminais utilizados pelos auditores fiscais, foram cumpridamente fundamentadas, cf. fls. 1.353-1.354 do apenso XVI em relação a José Luiz Altheia, originando até mesmo procedimento em separado no caso de Adriana, cf. fls. 27-30 do processo 2005.7000027065-9 consistente no apenso XXI, vol. I. Evidentemente, em um processo de interceptação telefônica de duração considerável, é sempre possível selecionar decisões mais e outras menos fundamentadas. Entretanto, o que é relevante é indagar se a interceptação e sua prorrogação foram arbitrárias. No caso, diante das circunstâncias e complexidade dos crimes investigados, bem como a quantidade de indícios de crimes captados nos diálogos interceptados, é forçoso concluir que a medida foi plenamente justificada. Aliás, o próprio resultado da diligência, com a captação dos diálogos revelando a prática de crimes de corrupção e outros, é indicativo de seu acerto. Diante da reclamação da defesa de Altheia de que se fez interceptação de 'prospecção', cumpre registrar que, como se infere nas decisões citadas, que a diligência tinha por propósito colher provas sobre crimes pretéritos, logrando-se porém no decorrer, não só isso, mas também provas sobre crimes em andamento, não havendo qualquer invalidade na utilização de interceptação também com esse propósito.

33. Registre-se que, para investigação de crimes complexos, como os assim denominados crimes de colarinho branco, faz-se necessária a utilização de métodos especiais de investigação, com a conseqüente afetação à esfera de privacidade do investigados. É o preço a se pagar caso se pretenda efetividade na investigação desta espécie de

Superior Tribunal de Justiça

criminalidade, tão danosa, senão por vezes mais, quanto os assim denominados crimes de rua. A complexidade ainda deste tipo de crime leva, excepcionalmente, à extensão por tempo considerável da diligência de interceptação telefônica. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que 'a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos'."

Reparem, ainda, que, no caso, segundo o acórdão – em habeas corpus – da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "3. Inexistência de afronta ao princípio da razoabilidade decorrente das sucessivas renovações das interceptações, porquanto demonstrada a efetiva necessidade das medidas para apuração dos ilícitos. 4. Hipótese em que o procedimento de quebra do sigilo telefônico atendeu aos preceitos legais dispostos nos arts. 2º e 5º da Lei nº 9.296/96."

2. Que o sigilo das comunicações não é de todo absoluto, vimos, di-lo o próprio texto constitucional, e foi aí que se fez, no ano de 1996, destinada a regulamentar o relativo, isto é, a parte final do inciso constitucional, a Lei nº 9.296/96, conforme a qual, em seus arts. 2º e 5º:

"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.

.....
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

Superior Tribunal de Justiça

indispensabilidade do meio de prova."

A Lei nº 9.296/96 é explícita, e bem explícita, em dois pontos, e tal sucede, primeiro, quanto ao prazo de quinze dias, segundo, quanto à renovação; relativamente ao segundo ponto, observem: "... renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova." Enfim, renovável por outros quinze dias. Confirmam, entre as lições à cata das quais andei, a de Ada Grinover (in "Revista de Direito Administrativo", vol. 207, pág. 30):

"11 - A necessidade de motivação da autorização, sob pena de nulidade – em observância, aliás, ao disposto no art. 93, IX, CF – e o prazo de duração das operações – quinze dias prorrogáveis por igual prazo, desde que comprovada sua indispensabilidade - vêm dispostos no art. 5º.

A lei não esclarece se, após a primeira prorrogação, outra será possível. O Projeto Miro Teixeira era expresso, prevendo tantas prorrogações quantas necessárias, desde que continuassem presentes os pressupostos de admissibilidade da ordem de interceptação. O bom senso deverá conduzir o juiz nesse sentido."

De igual sorte, confirmam estoutra, do magistrado Geraldo Prado ("Limites às interceptações telefônicas...", Lumen, 2005, págs. 38 e 45/46):

"33. Disso é possível extrair os elementos a serem empregados no procedimento de interpretação, integração e aplicação da Lei nº 9.296/96. A referida lei não pode – e seus intérpretes não devem – admitir compressão ao sigilo das comunicações telefônicas em grau de restrição superior ao do estado de defesa (artigo 136, § 1º, I, c e § 2º, da Constituição da República).

.....
41. O resultado da aplicação da tese deste trabalho ao acórdão citado no início consiste em concluir que a solução encontrada pelo tribunal, admitindo sucessivas prorrogações de interceptações telefônicas, no lugar de definir o prazo máximo de trinta dias (quinze dias, prorrogável

Superior Tribunal de Justiça

uma vez por mais quinze), como única interpretação do artigo 5º da Lei nº 9.296/96, conforme a Constituição, equipara a restrição (provisória) do direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas à suspensão (temporária) do sigilo das mencionadas comunicações, tratando mais gravemente situação jurídica que por expressa previsão constitucional não é equiparável em gravidade àquelas que estão sujeitas ao estado de defesa (art. 136 da Constituição da República). Fere-se o princípio da razoabilidade e se afasta da interpretação sistemática da Constituição, concedendo primazia à função de segurança pública em detrimento do papel assinalado ao juiz pela Carta de 1988, tal seja, o de garantidor dos direitos fundamentais."

3. Conquanto, no caso de que estamos cuidando, várias tenham sido as interceptações de comunicações telefônicas, prorrogando-se, segundo informações dos impetrantes, por mais de dois anos, a lei ordinária, contudo, refere-se a uma renovação; observemos, a propósito, as lições de linhas atrás nestes tópicos: (I) "a lei não esclarece se, após a primeira prorrogação, outra será possível"; e (II) "fere-se o princípio da razoabilidade e se afasta da interpretação sistemática da Constituição". Aliás, recém comissão criada pela Câmara dos Deputados ensejou editorial do "Jornal do Brasil" (de 29.3.08) de tópicos seguintes:

"A chamada CPI do grampo já terá lavrado um tento se vier mesmo a merecer tramitação urgente o anteprojeto de lei que o ministro da Justiça, Tarso Genro, prometeu enviar ao Congresso, a fim de tornar mais rígida e excepcional, em termos de aplicação, a Lei 9.296/96, que regulamenta a interceptação de comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

Não se está aqui a falar dos 'grampos' clandestinos – questão também seríssima, a exigir da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e das operadoras um monitoramento compatível com a cláusula pétrea constitucional que declara inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, 'nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer'. O que se constata, a partir dos depoimentos prestados na CPI nesta semana pelo ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence e pelo presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), José Carlos Cosenzo, é que a

Superior Tribunal de Justiça

quebra legal dos sigilos telefônicos em investigações policiais passou a ser mais regra do que exceção."

A propósito do indicado depoimento de Sepúlveda Pertence à Comissão: "Existem dois pontos dramáticos. De um lado há certa banalização da própria autorização judicial, que tem se tornado cada vez mais início de investigação e não como o último recurso de uma investigação. De outro lado está o vazamento dessas informações, que a lei tenta proteger, mas que se tornou o dia-a-dia da imprensa, em publicar trechos, passagens e interpretações desta ou daquela interceptação." Há mais. O Senador José Sarney, em artigo publicado nas edições do dia 25.4.08 da Folha de S. Paulo e do Jornal do Brasil, escreveu: "Foi uma sedutora e intrigante controvérsia nos temas tratados a subjacente questão de até onde e quando os direitos individuais foram atingidos pelas novas conquistas tecnológicas da informação, o que tem como exemplo os 400 mil telefones gravados por ordem judicial e a invasão da privacidade que decorre de abusos a que nem os advogados escapam." Há mais. Da entrevista do Ministro Gilmar Mendes publicada na edição do dia 23.4.08 da revista "Veja", eis este tópico:

"Veja – A CPI dos Grampos descobriu que existem atualmente quase 500.000 escutas telefônicas autorizadas pela Justiça no país. Não está havendo uma banalização dessa ferramenta de investigação?

Mendes – Os juízes devem ter mais cuidado em relação a isso. A lei prevê que o prazo para uma interceptação telefônica é de quinze dias. Mas o entendimento dos juízes é que esses quinze dias podem ser renovados de maneira ilimitada. O resultado é que hoje existem escutas instaladas há dois ou três anos em um mesmo telefone. Esses procedimentos precisam ser revistos. Outra questão delicada é a divulgação desse conteúdo por agentes policiais antes mesmo de o juiz ser informado sobre ele. Não temos hoje mecanismos para coibir isso. É notória a participação dos agentes policiais na divulgação, às vezes até em consórcio com órgãos de imprensa. Acostumamo-nos a isso de

Superior Tribunal de Justiça

maneira equivocada. O Judiciário, que autoriza as escutas, tem responsabilidade por isso."

4. Permitam-me, respeitosamente, crer que andam por aí escrevendo e andam também falando exatamente acerca de normas de opostas inspirações ideológicas, também de princípios, aos quais, a uns e a outros, me reportei no início deste voto, sinalizando, lá nos precedentes, pois que lá se me afigurava e, da mesma forma, aqui se me afigura estarmos em presença de conflito (aparente), sinalizando, disse, solução a favor da liberdade (idêntica a razão, se não até maior, tratando-se, como aqui se trata, da intimidade): reparemos que a inviolabilidade é que é a regra, porquanto inviolável é o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada, etc. Escreveu Bobbio, versando sobre as chamadas antinomias impróprias – especificamente, antinomia de princípio – ("Teoria do ordenamento jurídico", pág. 90):

"Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em conseqüência, um ordenamento inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de antinomias de princípio. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de o ordenamento estar minado por antinomias de princípio."

Se o ordenamento descansa sobre princípios antinômicos, impõe-se como solução a já apontada. Vejam o seguinte: visto estarmos já habituados a nos encontrar diante de questões relativas a regra e

Superior Tribunal de Justiça

exceção, por exemplo, nos casos de prisão e de liberdade provisória, ou também nos casos de prisão por mais tempo do que determina a lei, o procedimento que, nesses casos, creio eu, temos adotado é o de examinar a exceção com olho de lince, tanto que, se a prisão não estiver fortemente fundamentada, não a temos admitido (da mesma forma, temos desfeito prisões provisórias de excessiva duração). Em suma, se os nossos acórdãos privilegiam a regra (a liberdade) e apertam a exceção (a prisão), haverei eu, por conseguinte, de, neste caso, ter por estrita a interpretação da exceção – "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" –; aliás, escreveu o inextinguível Maximiliano: "Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana..." ("Hermenêutica...", 9ª ed., pág. 322). Ou seja: haverei eu de privilegiar a intimidade; afinal, inviolável é a intimidade, inviolável é o sigilo...

5. Vimos, em linhas atrás, a preocupação, também sensível e emblemática, com o excesso – a excessiva utilização do poder/competência conferido à autoridade judiciária, o abuso, a dosagem além das normais recomendações, enfim e até, sua banalização (a vulgarização da medida) –, mas vimos igualmente, e é o que mais nos interessa no momento atual, que não se duvida, até porque aqui se trata de letras da própria lei, de que o prazo de lei é o de quinze dias, renovável por igual tempo. Há, é verdade, de permeio, apelo ao bom senso do juiz, há, também é verdade, apelo ao princípio da razoabilidade, há ainda a lembrança do tempo de duração do estado de defesa – trinta dias, prorrogáveis por outros trinta –, porquanto, no estado de defesa,

Superior Tribunal de Justiça

também se restringe o direito de sigilo de comunicações telegráfica e telefônica (Constituição, art. 136, § 1º, I, c).

Entre nós aqui no Superior Tribunal, temos admitido, é verdade, tantas prorrogações quantas necessárias, e, vejam, foi assim que ementei eu mesmo o HC-50.193, de 2006, adotando, é claro, a orientação assentada na 6ª Turma, exemplificativamente, RHC-15.121, de 2004, e HC-40.637, de 2005. Mas estou, ao que me parece, retornando sobre os meus próprios passos (dizem que são de Voltaire as seguintes palavras: "quem não muda de camisas, nem de idéias, é porque não tem umas nem outras"), à procura aqui de solução que melhor me ajuste a reflexões que tenho apanhado ali e acolá, quando diante de conflitos entre normas de opostas inspirações ideológicas – no presente caso, então, entre o absoluto e o relativo, a saber, entre o que é inviolável e o que pode ser quebrado. Afinal, repetindo Maximiliano, interpretam-se estritamente as normas que restringem a liberdade humana.

6. Segundo os impetrantes, a autoridade judiciária, neste caso, descumpriu as exigências dos referidos arts. 2º e 5º, pois que

"(a) não justificou validamente a existência de indícios razoáveis da autoria e a indispensabilidade da medida,

(b) não houve fundamentação juridicamente válida apontando os dados concretos que evidenciavam a indispensabilidade da renovação do monitoramento e

(c) o monitoramento telefônico, mantido ao longo de mais de 2 anos (!), extrapola o limite da razoabilidade."

Dou-lhes razão, entendendo eu que a interceptação de que estamos cuidando, deferida, vimos, a 17.5.04, renovada e renovada e

Superior Tribunal de Justiça

renovada, tantas vezes renovada, e o foi por mais de dois anos, de exceção, revestiu-se de regra, de medida excepcional, tornou-se medida normal, tornando-se, dessa forma, a interceptação de que estamos cuidando, repito, em medida que, primeiro, ultrapassou o prazo e o tempo do art. 5º da Lei nº 9.296, segundo, o do art. 136, § 2º, da Constituição, ultrapassou também o limite da razoabilidade – vejam, Srs. Ministros, que recente projeto enviado ao Congresso prevê o seguinte: "O prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações não poderá exceder a sessenta dias, permitida sua prorrogação por iguais e sucessivos períodos, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida, até o máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos, salvo quando se tratar de crime permanente, enquanto não cessar a permanência" (art. 5º, § 1º). Observem a exposição de motivos nestas passagens:

"... controles sobre a autorização judicial e a forma de seu encaminhamento, controles mais rigorosos sobre os prazos e, mais ainda, controles sobre as operações técnicas, hoje deixadas exclusivamente a critério da autoridade policial, sem qualquer parâmetro fixado.

.....
Sempre sob segredo de justiça, o incidente processual será autorizado pelo juiz no prazo máximo de vinte e quatro horas, devendo o mandado judicial indicar, na forma dos incisos do art. 5º, os elementos da quebra. Importante avanço, contudo, é a norma do § 1º ao determinar que o prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações não poderá exceder a sessenta dias, prorrogável por períodos iguais, até o máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos, salvo quando se tratar de crime permanente."

7. O ordenamento jurídico não é apenas um conjunto de normas, precisamente, de normas com eficácia reforçada, diriam, entre outros, Ihering e Kelsen (teoria geral de orientação positivista), é,

Superior Tribunal de Justiça

também, um conjunto de princípios, diriam, entre outros, Thomasius e Kant (teoria geral de orientação jusnaturalista), e ambos, normas e princípios (vejam o § 2º do art. 5º da Constituição: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"), às vezes se confundem, às vezes não; quando não, haveremos, creio eu, respeitosamente, de privilegiar, já disse, o bom princípio, aquele, por exemplo, que diz respeito à liberdade, à intimidade, à vida privada, mas aqui, sabemos todos, existe norma, razão maior para, então, assegurarmos a sua eficácia, o que, aliás, seria de bom proveito a todos nós, porque, com isso, estamos, quero crer, respeitosamente, repito, fazendo opção entre dois tipos de Estado – ou eminentemente de direito, ou de orientação policialesca. Relembremos: (I) "a quebra legal dos sigilos telefônicos em investigações policiais passou a ser mais regra do que exceção"; (II) "há certa banalização da própria autorização judicial"; (III) "a lei prevê que o prazo para uma interceptação telefônica é de quinze dias".

8. Vão aqui algumas palavras sobre exegese puramente gramatical, pois a parecerista nos recorda doutrina a tal propósito. Digo o seguinte. Aqui em cima, quando somos, porque falamos por último, finais, tenho dificuldades, e sérias, de distinguir, digamos, onde a lei não distingue (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). E, quando a lei não distingue, quero crer, mui respeitosamente, haveremos de achar a perfeita correspondência entre as palavras e o pensamento da lei, entre o seu texto e as intenções do legislador, tudo, é claro, a fim de corrigir-lhe, se existentes, as imperfeições. Afinal, somos ou não somos

Superior Tribunal de Justiça

nós que à lei damos espírito? Sou daqueles, e todos já sabem, que defendem, com unhas e dentes, a independência do julgador, independência, porém, que não consigo dissociar de interpretação equilibrada, sem paixão, arrojada, se for o caso, mas sempre respeitadora dos direitos individuais.

Permitam-me, com isso, retornar ao texto do art. 5º, porque dias fiquei comigo mesmo pensando qual teria sido ali a intenção do legislador ao escrever “não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. Pelo menos três coisas me saltam aos olhos: (I) o prazo estabelecido tem limite (“não poderá exceder”, “quinze dias”); (II) o prazo pode ser renovado por igual período (isto é, por mais quinze dias); e (III) tal prorrogação só será possível se indispensável o meio de prova (aí, vejam, existe uma condição clara: “uma vez comprovada”, ou seja, desde que comprovada, se comprovada...). É isso, e só, o que diz a lei. Não é razoável, pois, ir além. Ora, se intenção tivesse o legislador de que tal prazo fosse passível de renovações sucessivas, ele se teria utilizado de outros termos, quem sabe, por exemplo, “renovável por iguais períodos” ou de algo que se assemelhasse à redação do projeto que está no Congresso. Lá o texto, quando se refere às prorrogações, é preciso: o prazo não poderá exceder a sessenta dias, permitida a prorrogação por iguais e sucessivos períodos (...), até o máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos.

Há quem diga que, no caso da Lei nº 9.296, o legislador, embora não tenha sido claro na hipótese de ilimitadas prorrogações, deixou latente tal possibilidade, cabendo ao juiz interpretá-la. A mim não me ocorre, dada a natureza da norma de que estamos tratando – porquanto

Superior Tribunal de Justiça

alude à restrição da liberdade –, possa o legislador haver dito menos quando queria dizer mais. Mal ou bem, bem ou mal, o que está ali disposto, e isso é inquestionável, é uma exceção à regra. Se o texto, para alguns, está indeterminado, dúbio, seja lá o que for, o que a mim não me parece, cabe a nós, porque somos finais, repito, dar à norma, limitadora que é do direito à intimidade, interpretação estrita, atendendo, assim, cuido eu, ao verdadeiro espírito da lei.

9. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 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 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 privada, etc.? Concluindo, Srs. Ministros, o meu entendimento, ao contrário do 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 art. 5º da Lei nº 9.296/96, há, sim, violação do princípio da razoabilidade (entre normas/princípios ou princípios/normas de opostas inspirações ideológicas, a solução do conflito, repito, há de 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

Superior Tribunal de Justiça

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 nº 2006.70.00.019980-5; que os autos, então, retornem às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

10. Nem menos nem mais fiz no curso deste voto do que escrever sobre lei ordinária, a saber, determinar o sentido e o alcance de normas infraconstitucionais.

ANEXO 2

HABEAS CORPUS Nº 76.686 - PR (2007/0026405-6)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO PAULO GALLOTTI: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Isidoro Rozenblum Trosman e Rolando Rozenblum Elpern, em que se pretende ver reconhecida a nulidade do monitoramento telefônico objeto dos PCDs nºs 2004.70.00.019229-2 e 2005.70.00.027065-9, decorrentes das chamadas "Operação Occasu" e "Operação Oavesso", com a conseqüente anulação **ab initio** do Processo nº 2006.70.00.019980-5, da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba.

O Ministro Nilson Naves, relator, concede 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 nº 2006.70.00.019980-5".

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

De notar, inicialmente, que a impetração volta-se contra o acórdão proferido em sede de **habeas corpus**, juntando-se aos autos, após a prolação do voto do relator, o acórdão prolatado pelo Tribunal de origem no julgamento da apelação, que também aborda a matéria.

A Constituição Federal, no art. 5º, XII, estabelece:

"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;"

A parte final desse dispositivo constitucional foi regulamentada pela Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que dispõe, no que nos interessa:

*"Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I - não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;"*

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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."

Da leitura desses dispositivos, fica evidente a preocupação do legislador em acentuar a excepcionalidade da interceptação telefônica, autorizada a sua adoção exclusivamente nas hipóteses em que não existam outros meios que conduzam à comprovação do delito cuja prática se pretende demonstrar, circunstância que deve estar expressamente evidenciada.

Isso porque, embora relativo o direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas, a sua supressão depende da verificação de um interesse público maior, que prevaleça no balanceamento entre a vontade coletiva e a particular, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade, cabendo ao Estado, como órgão detentor do direito de punição, se aparelhar para a persecução penal.

Alexandre de Moraes, na "Constituição do Brasil Interpretada", Editora Atlas, 2002, pp. 169/170, observa:

"Os direitos humanos fundamentais não podem 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 (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.

Superior Tribunal de Justiça

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié 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.

Dessa forma, a regra, no Estado de Direito, é o pleno respeito às inviolabilidades constitucionais, permitindo-se, porém, excepcionalmente, a violação desses direitos e garantias.

Em algumas poucas hipóteses, o próprio texto constitucional prevê expressamente as exceções às inviolabilidades (por exemplo: art. 5º, XI e XII); em outras, existe a autorização genérica e, repitamos, excepcional, para que o legislador ou mesmo o Poder Judiciário, mediante o caso concreto, afaste a inviolabilidade. Ressaltemos, porém, que a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdade individuais. É mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam adequadas e justificadas pelo interesse público e atendam ao critério da razoabilidade. Em outros termos, tendo em vista a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cabe analisar não só a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a necessidade de sua utilização, bem como a razoabilidade, isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos."

Na hipótese, a impetração sustenta faltar fundamentação às decisões que decretaram e prorrogaram as interceptações telefônicas, bem como haver violação do princípio da razoabilidade pelo prazo excessivo de sua duração.

Com relação ao provimento que decretou a interceptação telefônica, afirma a exordial:

"Da leitura da decisão de fls. 30/31 (anexo 2), deduz-se que a autoridade judicial não se preocupou, sequer em termos abstratos, em justificar a indispensabilidade do meio de prova. Ao contrário, limitou-se a fundamentar - de maneira insuficiente, frise-se - a existência de indícios de delitos, sem, entretanto, tecer uma linha quanto à possibilidade de a investigação ser feita por outros meios." (fl. 21)

"Com base nisso, pode-se concluir que a primeira decisão que autorizou o monitoramento telefônico era, em sua origem, nula, tendo em vista a ausência de fundamentação juridicamente válida - ofensa ao art. 93, inc. IX, da CF/88 - acerca das exigências formalmente estabelecidas no art. 5º, inc. XII, da CF/88, com a regulamentação dada pela Lei nº 9.296/96, art. 2º, inc. I e II." (fl. 22)

Superior Tribunal de Justiça

Impõe-se transcrever, agora, o teor da mencionada decisão de fls. 30/31 dos autos originais:

"Relata o MPF que já há algum tempo investiga as atividades do Grupo Trosmann, mais conhecido como Grupo Sundown Bicletas, e que ele se utilizaria habitualmente de empresas de fachada.

Várias delas, como Replecta Participações Ltda., Kamy Adm. e Ozyz Indústrias e Comércio utilizariam o mesmo domicílio fiscal na Av. Marechal Floriano Peixoto, nº 228, conjunto 1403, Edifício Banrisul.

Pede que sejam identificados todos os terminais instalados no referido local, com a identificação dos atualmente em operação e o envio dos extratos relativamente aos últimos quatro anos.

Ora, cf. visto no processo 2004.7000018358-8, o MPF recebeu comunicados do COAF relatando transações financeiras de responsabilidade do grupo e que envolveriam saques em espécie de até 13 milhões de reais, o que constitui indício de crime de lavagem de dinheiro.

Outrossim, o grupo já é investigado em outros inquéritos e ações penais, havendo registro por exemplo de depósitos de R\$ 3.764.703,04 pela Sundown do Brasil Bicletas Ltda. em contas titularizadas por laranjas e que alimentariam contas CC5, o que é indício de evasão ilegal de divisas.

Além disso, o extenso relatório anexado ao pedido do MPF dá exata notícia da extensão das possíveis fraudes perpetradas pelo grupo, bem como das intrincadas relações entre as diversas empresas que o compõem.

Considerando ainda que o direito de privacidade não é absoluto, decreto a quebra do sigilo de dados sobre os terminais instalados ou cadastrados no referido endereço. Restrinjo, porém, a quebra de dados, por economia processual, ao período posterior a 01/01/2002, sem prejuízo de nova apreciação no futuro.

Oficie-se a todas as operadoras de telefonia fixa desta cidade solicitando informações sobre a existência de terminais de telefone instalados no endereço da Av. Marechal Floriano Peixoto, nº 228, conjunto 1403, Edifício Banrisul, e, se positivo, a identificação dos números respectivos e o seu titular.

Oficie-se a todas as operadoras de telefonia móvel desta cidade solicitando informações sobre a existência de terminais de telefone que tenham como endereço cadastrado o endereço Av. Marechal Floriano Peixoto, nº 228, conjunto 1403, Edifício Banrisul, e, se positivo, a identificação dos números respectivos e o seu titular.

Prazo de 10 dias.

Solicite-se ainda em relação aos terminais identificados o envio dos dados relativos a ligações efetuadas e recebidas, com data,

Superior Tribunal de Justiça

hora e duração, de 01/01/2002 a 17/05/2004, em meio físico e em arquivo eletrônico (formato 'txt' ou 'xls'). Prazo de 30 dias.

Expedidos os ofícios, vista ao MPF deste despacho.

Decreto por ora sigilo absoluto em relação a este feito, restringindo o acesso apenas ao MPF e a este Juízo." (fls. 1898/1899)

Como visto, o referido provimento limitou-se a decretar a quebra de sigilo de dados relativos a comunicações telefônicas, não incidindo na espécie o disposto na Lei nº 9.296/1996, como já decidiu este Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

"PROCESSUAL CIVIL - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535 DO CPC - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS - EFEITOS INFRINGENTES - CONCESSÃO - EXCEPCIONALIDADE - NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO - INOCORRÊNCIA - SESSÃO DE JULGAMENTO DO **MANDAMUS** - COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR - OBSERVÂNCIA DO QUORUM MÍNIMO - CONVOCAÇÃO DE JUÍZES DE DIREITO - LEGALIDADE - PRELIMINAR REJEITADA - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - APURAÇÃO DE FALTAS ATRIBUÍDAS A MAGISTRADO - IRREGULARIDADES - INEXISTÊNCIA - JULGAMENTO PRELIMINAR ADIADO - RENOVAÇÃO DA INTIMAÇÃO - DESNECESSIDADE - SESSÃO QUE INSTAUROU A AÇÃO DISCIPLINAR - DELIBERAÇÃO POSITIVA DO TRIBUNAL PLENO - ACÓRDÃO - DISPENSABILIDADE NOS TERMOS LEGAIS - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO CONFIGURADO - PROVAS REQUERIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMADAS PELO INTERESSE PÚBLICO E GRAVIDADE DOS FATOS - QUEBRA DO SIGILO DOS DADOS TELEFÔNICOS - PROCEDIMENTO QUE NÃO SE SUBMETE À DISCIPLINA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - EMBARGOS REJEITADOS.

I - (...)

VIII - A quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e o números das linha chamadas e recebidas não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela Lei 9.296/96 (que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal) e ressalvadas constitucionalmente tão-somente na investigação criminal ou instrução processual penal.

IX - (...)

XII - Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no RMS nº 17.732/MT, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJU de 19/9/2005)

Superior Tribunal de Justiça

Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, in "Interceptação telefônica", Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 104, anotam:

"Em suma: os dados telefônicos (registros pertinentes a chamadas pretéritas) não contam com sigilo absoluto. Por ordem judicial pode ser quebrado esse sigilo, mas sempre que houver autorização judicial, distinta da Lei nº 9.296/96."

Na verdade, a decisão que decretou a interceptação telefônica, nos termos da Lei nº 9.296/1996, foi proferida em 5/7/2004, assim vazada:

"1. R.h., às 13h.

2. Trata-se de procedimento instaurado com o especial fito de interceptar ligações telefônicas necessárias para apurar crimes supostamente praticados por organização criminosa, consoante razões expendidas no despacho de fls. 30/31.

*Pretende o **parquet**, com fulcro no art. 1º e p. único da Lei 9296/96, a interceptação de comunicações telefônicas de terminais elencados na promoção de fls. 48/54, pertencentes a investigados no feito, bem como a requisição de dados cadastrais junto às concessionárias telefônicas.*

É o sucinto relatório.

Passo a decidir, na forma e no prazo da lei (art. 4º, § 2º, Lei 9296/96).

*3. Em relação ao pleito de interceptação telefônica, nota-se que a pretensão tem amparo legal (Lei 9.296/96), eis que: a) os informes já acostados aos autos nº 2004.70.00.018358-8, somados aos reportes (**sic**) trazidos pelo presente pedido, dão conta de fortes indícios de autoria e da existência dos delitos que se procura apurar; b) o complemento da prova material até então carreada não poderia ser obtido por outros meios disponíveis, visto que, como se pode denotar, revela o próprio **modus operandi** da suposta quadrilha formada; c) finalmente, todos os fatos objeto de investigação (crimes contra o sistema financeiro, contra administração pública e de lavagem e ocultação de bens e valores) constituem, em tese, infrações penais punidas com pena de reclusão.*

O pleito, do mesmo modo, encontra amparo no ordenamento constitucional vigente, porquanto, diante do princípio da proporcionalidade, a inviolabilidade do sigilo telefônico cede espaço para um interesse maior da sociedade, qual seja, a obtenção dos elementos que viabilizem a apuração dos graves fatos ora tidos como delituosos. A medida pretendida, por outro lado, revela-se absolutamente necessária para as investigações. Finalmente, não é excessivo ressaltar que a postulação deixa de macular ao direito à intimidade, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, na medida em que não trata este de direito

Superior Tribunal de Justiça

absoluto, e - pacífico perante a doutrina e jurisprudência de nossos Tribunais, a aplicação do método hermenêutico lógico-sistemático há de sempre preponderar quando se trate de interpretar, incluso, normas e valores constitucionais. A tanto, pois, importante ter em mente o especificamente disposto pelo art. 5º, inc. XII, da mesma Carta Republicana, **in verbis**: 'XII - é inviolável o sigilo das correspondências 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'.

Diante de tais fundamentos, decreto a imediata interceptação e gravação das comunicações telefônicas e telemáticas (via fax), pelo prazo de 15 (quinze) dias, efetuadas para e a partir dos terminais (41) 222-1249 e 233-2447, da operadora Brasil Telecom, pertencentes a Valmor Felipetto (CPF 142.074.519-00); (41) 243-0303 e 243-8536 (ao contrário do disposto na fl. 52, dado que em claro erro material, mas de acordo com o documento de fl. 74), da operadora Brasil Telecom, pertencentes a Rolando Rozenblum (CPF 874.005.619-87); e (41) 243-8586, da operadora Brasil Telecom, pertencente a Intercommerce Importação e Exportação Ltda. (CNPJ 03.437.866/0001-52) e Intermundi Assessoria em Comércio Exterior (CNPJ 01.788.045/0001-35)." (fls. 1967/1968)

A meu ver, o aludido provimento revela-se razoavelmente fundamentado, atendendo às exigências legais, notadamente porque demonstra a impossibilidade de a prova ser obtida por outro meio, aponta a imprescindibilidade da medida e sopesa os interesses em conflito, justificando a prevalência do público sobre o particular, não havendo que falar em violação do art. 5º do referido diploma legal, tampouco do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Ademais, como visto, o magistrado de primeiro grau apontou indícios suficientes de autoria, não se mostrando possível, penso, reconhecer a alegada nulidade decorrente de o pedido ministerial ter sido instruído com documento sem identificação, seja porque a matéria não foi examinada pelo Tribunal de origem, vedada a supressão de instância, seja porque a decisão baseou-se também em outros elementos de prova.

Sobre o tema, Lenio Luiz Streck, **in** "As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais", 2ª edição, 2001, p. 84, pondera:

"Não há dúvida de que a (necessidade da) fundamentação, além

Superior Tribunal de Justiça

de estar prevista na Constituição na parte relativa ao Poder Judiciário, é, também, um direito fundamental do cidadão. É a garantia que o cidadão tem de que não sofrerá restrição de direitos sem a devida justificação / fundamentação. Disso decorre que o Juiz, na apreciação do pedido de interceptação de comunicação telefônica, deverá, de forma (bem) fundamentada, considerar o princípio da proporcionalidade, e, mais precisamente, realizar o sopesamento entre o interesse público, por um lado, e a esfera da intimidade protegida pelos direitos fundamentais do outro. Ao Juiz é que caberá dizer, pois, no caso concreto, o que é razoável, confrontando direito à intimidade - garantido pela Constituição - com o interesse público."

É da nossa jurisprudência:

A - "HABEAS CORPUS - FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO - RUFIANISMO - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - NULIDADE - PROCEDIMENTO QUE OBSERVOU A LEI 9.296/96 - INTERCEPTAÇÃO EFETUADA PELA POLÍCIA MILITAR - POSSIBILIDADE - POSSÍVEL ENVOLVIMENTO DE POLICIAIS LOCAIS - ORDEM DENEGADA.

1- Não se verifica qualquer nulidade na interceptação telefônica devidamente requerida pelo representante do Ministério Público, e concedida através de decisão fundamentada na necessidade do ato.

2- A realização da interceptação telefônica pela Polícia Militar se justifica pelo possível envolvimento de policiais nos fatos, conforme informação prestada pelo Juiz de Primeiro Grau.

3- Ordem denegada."

(HC nº 88.575/MG, Relatora a Desembargadora convocada **JANE SILVA**, DJe de 10/3/2008)

B - "CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. LEGALIDADE DA PROVA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. BUSCA E APREENSÃO. MANDADO. EXISTÊNCIA. EXISTÊNCIA DE OUTROS DELITOS DE CARÁTER PERMANENTE. FLAGRANTE. ORDEM DENEGADA.

I. A interceptação telefônica para fins de investigação criminal pode se efetivar antes mesmo da instauração do inquérito policial, pois nada impede que as investigações precedam esse procedimento. 'A providência pode ser determinada para a investigação criminal (até antes, portanto, de formalmente instaurado o inquérito) e para a instrução criminal, depois de instaurada a ação penal.'

II. Não carece de fundamentação a decisão que, embora

Superior Tribunal de Justiça

sucintamente, autorizou a interceptação telefônica em conformidade com o disposto no art. 5º da Lei 9.296/96, na medida em que demonstrada a sua indispensabilidade como meio de prova com a indicação da forma de execução da diligência, não superior a quinze dias.

III. Não se anula o procedimento por ausência de intimação do Ministério Público para acompanhar as diligências, ante a ausência de comprovação de prejuízo à parte.

IV. Tendo sido respeitado o sigilo das diligências, o fato da interceptação não ter operado em autos apartados não induz à nulidade do procedimento se a impetração não logrou êxito em demonstrar a ocorrência de qualquer prejuízo ao paciente advindo dessa irregularidade.

V. Tratando-se de nulidade no Processo Penal, é imprescindível, para o seu reconhecimento, que se faça a indicação do prejuízo causado ao réu, o qual não restou evidenciado no presente caso.

VI. Se a sentença se fundou em outros elementos do conjunto probatório, independentes e lícitos, não se reconhece a apontada imprestabilidade da interceptação telefônica para embasar a condenação, em especial quando tal prova não se mostra ilícita.

VII. A busca domiciliar não pode vir desamparada de mandado judicial, do qual só se prescinde quando a diligência for realizada pessoalmente pela autoridade judicial.

VIII. Hipótese em que o mandado judicial foi expedido, tendo sido constatado que as investigações não se limitavam ao crime de extorsão mediante seqüestro, mas a outros delitos de caráter permanente – dentre os quais o de formação de quadrilha –, cujos produtos de crime foram apreendidos na mesma oportunidade, ocasião em que o paciente acabou sendo preso em flagrante.

IX. Ordem denegada."

(HC nº 43.234/SP, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJU de 21/11/2005)

De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal firmaram compreensão no sentido de ser possível a renovação, por quinze dias, de interceptação telefônica, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.296/1996, quantas vezes forem necessárias, desde que se demonstre, em decisão suficientemente fundamentada, a imprescindibilidade da medida.

É da nossa jurisprudência:

A - "HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO ANACONDA. DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL APOSENTADO. CONDENAÇÃO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARGÜIDA ILEGALIDADE DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. MATERIAL QUE NÃO SERVIU PARA

Superior Tribunal de Justiça

SUBSIDIAR AS INVESTIGAÇÕES, TAMPOUCO O ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

1. O prazo previsto para a realização de interceptação telefônica é de 15 dias, nos termos do art. 5º da Lei n.º 9.296/96.

2. A jurisprudência assente e remansosa aponta, contudo, para a possibilidade de esse prazo ser renovado, quantas vezes for necessário, até que se ulitem as investigações, desde que comprovada a necessidade.

3. Na hipótese em tela, conforme esclareceu a Corte Regional, 'as informações obtidas a partir do procedimento de interceptação não geraram resultado algum à investigação à época em curso, tendo, inclusive, sido encerrado o monitoramento após o escoamento do prazo, [...] em nada servindo, portanto, como meio de prova na Ação Penal nº 128/SP, nem sequer à obtenção de outras que pudessem influenciar na condenação do paciente'. Inexistente, portanto, a argüida ilegalidade no acórdão condenatório.

4. Ordem denegada."

(HC nº 43.958/SP, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJU de 12/6/2006)

B - "HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PROVA EMPRESTADA. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. MATÉRIA NÃO TRATADA NO ACÓRDÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT QUE NÃO CONHECIDO NESSA PARTE. ESCUTA TELEFÔNICA TELEFÔNICA. PRORROGAÇÕES. COMPROVADA NECESSIDADE. POSSIBILIDADE. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E NESSA PARTE DENEGADA.

1. A proclamação de nulidade do processo, por prova emprestada, depende da inexistência de outras provas capazes de confirmar a autoria e a materialidade delitiva, caso contrário, deve ser mantido o decreto também fundado em outras provas.

2. Nos termos em que manifestado o inconformismo, o ato impugnado não é mesmo o acórdão do Tribunal, mas a sentença condenatória de primeiro grau, o que impossibilita a análise da irresignação, sob pena de indevida supressão de instância, eis que, o tema não foi objeto de debate e análise por parte da Corte de segundo grau, o mesmo ocorrendo no pertinente às impugnadas apreensões de bens, matéria que depende de análise do conjunto fático probatório, inviável no âmbito restrito do habeas corpus, isso levando a que, nesta parte, não se conheça do writ.

3. Não sendo o ato impugnado o acórdão do tribunal, mas a sentença condenatória de primeiro grau, impossível a análise da irresignação, sob pena de indevida supressão de instância.

4. As prorrogações da interceptação telefônica, autorizadas pelo Juízo, de fato não podem exceder 15 dias; porém, podem ser renovadas por igual período, não havendo qualquer restrição legal ao número de vezes, em que possa ocorrer a renovação,

Superior Tribunal de Justiça

desde que comprovada a necessidade.

5. Ordem conhecida em parte e, na parte conhecida, denegada."
(HC nº 34.701/SP, Relator o Ministro **HÉLIO QUAGLIA BARBOSA**, DJU de 19/12/2005)

E do Supremo Tribunal Federal:

A - "Recurso Ordinário em **Habeas Corpus**. 1. Crimes previstos nos arts. 12, caput, c/c o 18, II, da Lei nº 6.368/1976. 2. Alegações: a) ilegalidade no deferimento da autorização da interceptação por 30 dias consecutivos; e b) nulidade das provas, contaminadas pela escuta deferida por 30 dias consecutivos. 3. No caso concreto, a interceptação telefônica foi autorizada pela autoridade judiciária, com observância das exigências de fundamentação previstas no artigo 5º da Lei nº 9.296/1996. Ocorre, porém, que o prazo determinado pela autoridade judicial foi superior ao estabelecido nesse dispositivo, a saber: 15 (quinze) dias. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações. Precedentes: HC nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ de 04.03.2005; e HC nº 84.301/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unanimidade, DJ de 24.03.2006. 5. Ainda que fosse reconhecida a ilicitude das provas, os elementos colhidos nas primeiras interceptações telefônicas realizadas foram válidos e, em conjunto com os demais dados colhidos dos autos, foram suficientes para lastrear a persecução penal. Na origem, apontaram-se outros elementos que não somente a interceptação telefônica havida no período indicado que respaldaram a denúncia, a saber: a materialidade delitativa foi associada ao fato da apreensão da substância entorpecente; e a apreensão das substâncias e a prisão em flagrante dos acusados foram devidamente acompanhadas por testemunhas. 6. Recurso desprovido."

(RHC nº 88.371/SP, Relator o Min. **GILMAR MENDES**, DJU de 2/2/2007)

B - "RECURSO EM **HABEAS CORPUS**. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento."

(RHC nº 85.575/SP, Relator o Min. **JOAQUIM BARBOSA**, DJU de 16/3/2007)

C - "HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO.

1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96.

2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados.

3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96).

4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. **Habeas corpus** indeferido."

(HC nº 83.515/RS, Relator o Min. **NELSON JOBIM**, DJU de 4/3/2005)

No caso, impõe-se analisar as primeiras decisões que prorrogaram a diligência:

Superior Tribunal de Justiça

"Em vista da exigüidade de tempo e considerando a aparente pertinência dos diálogos até o momento interceptados, defiro a prorrogação da interceptação por mais 15 dias dos terminais 41 222-1249, 41 233-2447, 41 243-0303, 41 243-8586 e 41 243-8536." (fl. 2024 - 6/8/2004)

"Considerando as razões já expostas nas fls. 30/31 e 99/101, bem como a reunião havida ontem com o MPF e com representantes da Polícia Federal acerca das possibilidades operacionais da diligência ora requerida, decreto a interceptação, com gravação, das comunicações telefônicas efetuadas para e a partir dos telefones (...), terminais estes titularizados pelos investigados Rolando Rozenblum Elpern e Valmor Felipetto. Prazo de 15 dias." (fl. 2027 - 9/8/2004)

"Diante do exposto, esclareço que o prazo da diligência inicia-se apenas quando da efetivação da captação.

Considerando os problemas técnicos havidos com o sistema de captação do áudio e que dificultou a diligência, é o caso de prorrogá-la por mais 15 dias. Por outro lado, impõe-se a ampliação da escuta, a fim de permitir a captação do áudio do terminal 41 243-8586. Isso tudo com base nos motivos já expostos nas fls. 30/31 e 99/101

Assim, por ora, determino a prorrogação da interceptação por mais 15 dias em relação aos terminais declinados na fl. (...). Decreto ainda a interceptação, por quinze dias, com gravação, dos terminais (...)." (fl. 2044 - 25/8/2004)

"Aparentemente há um problema na diligência consistente no excessivo número de terminais e os poucos agentes designados para ela (fl. 186).

Entende este Juízo que a solução passa por uma definição de terminais que possam se mostrar relevantes.

De todo modo, como os diálogos sugerem a prática de operações que constituem o objeto da investigação e que de todo modo ... Análise está dificultada pelo problema acima, defiro os requerimentos da autoridade policial quanto à prorrogação por mais 15 dias da interceptação quanto aos terminais declinados nas fls. 183 e 185, bem como quanto à interrupção da diligência quanto aos terminais (41) 242-7493 e 41 243-0303." (fl. 2063 - 3/9/2004)

"Em vista dos indícios de ilícito relatados nas fls. 30/31 e 99/101, e das razões das autoridades policiais quanto aos pedidos de prorrogação, sendo de se observar que os diálogos captados são pertinentes ao objeto da investigação e que outros podem sugerir a prática de ilícitos, defiro, na esteira do já determinado nas fls. 176 e 195, a prorrogação da interceptação em relação aos terminais de nº. 41 243-8836, 41 243-8586, 41 243-8178, 41 243-2019 (fl. 218) e do terminal 41 9911-1500 (fl. 221)." (fl. 285 -

Superior Tribunal de Justiça

15/9/2004)

"Em vista das decisões anteriores quanto à interceptação e considerando que os áudios captados sugerem a prática de ilícitos ou pelo menos recomendam a continuidade das interceptações (fls. 229-239), defiro o requerido, determinando a prorrogação da interceptação telefônica do terminal 41 9911-1500 e dos terminais 41 233-2447, 41 222-1249, 41 243-8536, 232-9473, 41 357-5794, 41 323-5665 e 41 323-2024, a serem contados a partir da presente data." (fl. 321 - 4/10/2004)

Por provimentos semelhantes, foram sendo prorrogadas as interceptações telefônicas, que perduraram pelo período de 5/7/2004 a 30/6/2006.

Remarcando o caráter excepcional da medida, cuja banalização é inadmissível e deve ser reprimida com rigor, tenho que a violação do sigilo telefônico dos pacientes, por quase dois anos, por decisões que não explicitaram de maneira suficiente a sua imprescindibilidade - o que se exige também para as renovações -, ultrapassou os limites da razoabilidade.

Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, na obra já citada, p. 218/219, acentuam:

*"Caso haja necessidade de renovação da interceptação, deve ser feita antes do limite máximo fixado pelo Juiz na decisão. Do contrário, irá acontecer 'solução de continuidade'. E no período não autorizado não é possível a interceptação. Se realizada, é nula. O artigo 5º diz que a interceptação é 'renovável por igual tempo'. Isso significa que na renovação o Juiz pode fixar no máximo quinze dias. Mas para tanto se exige 'comprovação da indispensabilidade do meio de prova'. Urge, como se percebe, novo pedido, onde se demonstre a indispensabilidade da prova, é dizer, a sua necessidade, a inexistência de outros meios disponíveis (art. 2º, II). E o Juiz, na decisão, deve fundamentar essa indispensabilidade tendo por base os fatos e o direito. O cuidado que se deve tomar é o de evitar 'autorizações impressas', com expressões genéricas, vagas. Em cada momento, em cada renovação, impõe-se a demonstração da indispensabilidade da prova, que faz parte da proporcionalidade (v. Supra n. 29). O Juiz não pode, no nosso modo de ver, nem autorizar nem renovar a interceptação 'de ofício' (v. supra n. 36). Não se admite a quebra do **ne procedat iudex ex officio**.*

Quantas vezes pode ser renovada a autorização judicial? Paulo Napoleão Quezado e Clarisier Cavalcante, assim como Altamiro Lima Filho, entendem que a renovação só pode ocorrer uma vez.

Superior Tribunal de Justiça

Em nenhuma hipótese seria possível a interceptação por mais de trinta dias. Damásio E. De Jesus, Vicente Greco Filho e Antonio Scarance Fernandes adotam posicionamento diferente e afirmam que não há limite: quantas vezes forem necessárias. A razão está, no nosso modo de ver, com os últimos doutrinadores. A interceptação telefônica é medida excepcional e tem por fundamento a sua necessidade para a obtenção de uma prova. O fundamental, assim, não é tanto a duração da medida, senão a demonstração inequívoca da sua indisponibilidade. Enquanto indispensável, enquanto necessária, pode ser autorizada. A lei não limitou o número de vezes, apenas exige a evidenciação da indispensabilidade. É o prudente arbítrio do Juiz que está em jogo. Mas tecnicamente falando: é a proporcionalidade. No instante em que se perceber que a interceptação já não tem sentido, desaparece a proporcionalidade. Logo, já não pode ser renovada. E se o for, é nula."

Reconheço, portanto, a nulidade da prova resultante das interceptações telefônicas aqui tratadas, ressalvando, contudo, a validade dos demais elementos de convicção produzidos judicialmente.

Assim, devem os autos retornar ao Juízo de origem para que tome as providências cabíveis, com o desentranhamento das provas ilícitas e a prolação de nova sentença, devendo ser avaliada a necessidade de alteração da peça acusatória, que transcreve trechos de conversas obtidas nas escutas tidas por ilegais.

Diante do exposto, acompanhando o relator, concedo o **habeas corpus**.

É como voto.

ANEXO 3



Supremo Tribunal Federal

90

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA

DJ 05.06.87

18.12.86

EMENTÁRIO Nº 1464-1

SEGUNDA TURMA

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 63.834 - 1

SÃO PAULO

RECORRENTE : JOÃO RAMUNNO
RECORRIDO : TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

EMENTA: - HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROVA ILÍCITA. CONSTITUCIONAL. GARANTIAS DOS §§ 9º E 15 DO ART. 153 DA LEI MAIOR. (INOBSERVÂNCIA). TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL.

1 - Os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal.

2 - As provas produzidas no inquérito ora em exame — gravações clandestinas — além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações (§ 9º, art. 153, CF) , cerceiam a defesa e inibem o contraditório, em ofensa, igualmente, à garantia do § 15, art. 153, da Lei Magna.

3 - Inexistência, nos autos, de outros elementos que , por si, justifiquem a continuidade da investigação criminal.

4 - Trancamento do inquérito, o qual poderá ser renovado, fundando-se em novos indícios, na linha de previsão do estatuto processual penal.

5 - Voto vencido que concedia a ordem em menor extensão.

RHC provido para determinar o trancamento do inquérito policial.

01464010
04190630
08341000
00000170

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos ,
acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas.



ANEXO 4

16/12/93

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 69912-0 RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE: LOURIVAL MUCILO TRAJANO
IMPETRANTE: ALUÍSIO MARTINS
COATOR: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

01738010
03570690
09121000
00000190

E M E N T A: 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 impedido (MS 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.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido de habeas corpus, para anular o processo a partir da prisão em flagrante, inclusive.

Brasília, 16 de dezembro de 1993.

OCTAVIO GALLOTTI - PRESIDENTE


SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR



ANEXO 5

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 15.08.97
EMENTÁRIO Nº 1 8 7 8 - 0 2

10/06/97

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 74678-1 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES
PACIENTE: LUIZ MARCOS KLEIN
IMPETRANTE: MIGUEL REALE JÚNIOR E OUTROS
COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: "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 da 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 conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).

"Habeas corpus" indeferido.

A C Ó R D ã O

878020
490740
781000
000100

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de habeas corpus.

Brasília, 10 de junho de 1997.


MOREIRA ALVES - PRESIDENTE E RELATOR

