

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO
NÍVEL MESTRADO

PAULO BISKUP DE AQUINO

**A FORÇA "INVASIVA" DA CONSTITUIÇÃO: O CASO DAS INTERCEPTAÇÕES
TELEFÔNICAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

São Leopoldo

2012

PAULO BISKUP DE AQUINO

**A FORÇA "INVASIVA" DA CONSTITUIÇÃO: O CASO DAS INTERCEPTAÇÕES
TELEFÔNICAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

São Leopoldo

2012

termo de aprovação

*À Lucia Biskup
In memoriam*

AGRADECIMENTOS

Para a realização deste trabalho, contei com pessoas e a estas, prestarei através de poucas palavras, os mais sinceros agradecimentos:

À minha família, em especial a minha Mãe, Lucia Biskup, por tudo nesta vida.

À minha noiva Claudia Symone Dias Roland, pela paciência, apoio e atenção neste período de estudo.

À professora Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha, orientadora deste trabalho, pelos seus conhecimentos, sua atenção e boa vontade.

Ao professor Dr. Lenio Luiz Streck que, por intermédio de suas aulas e obras, norteou este trabalho.

Ao professor Dr. Darci Guimarães Ribeiro, pelas críticas valiosas quando da apresentação do projeto.

À professora Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola, pelas orientações iniciais.

Aos professores do PPGD da Unisinos, Dr. André Luís Callegari, Dr. José Luis Bolzan de Moraes, Dr. Leonel Severo Rocha, Dr. Vicente de Paulo Barreto e Dr. Maurício Reis, pelo empenho e dedicação em sala de aula.

À secretaria do PPGD da Unisinos, pela dedicação e paciência que tiveram com os alunos do Minter Unisinos/UDC.

À UDC – União Dinâmica das Cataratas pelo convênio firmado com o PPGD da Unisinos, proporcionando este maravilhoso curso de Pós – Graduação Stricto Sensu.

"De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto."

Rui Barbosa

*“A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça
à justiça em todo lugar”.*

Martin Luther King

RESUMO

O Direito contemporâneo no Brasil, inegavelmente, passa por uma crise no campo processual penal, dada à celeridade das mudanças na sociedade oriundas das novas tecnologias e à política reinante de combater qualquer forma de delito, em especial, as organizações criminosas, a corrupção, os delitos endêmicos sob a bandeira do interesse público. Para tão hercúlea tarefa, nas últimas duas décadas, dezenas de leis foram promulgadas para o enfrentamento dos delitos, bem como adequar o aparato estatal e a máquina do Judiciário. Este estudo ousa analisar o resultado de uma das ferramentas utilizadas para este enfrentamento, *v.g.*, a Lei de Interceptação Telefônica – Lei nº 9.296/1996 -, tendo por referência, os julgados nos Tribunais superiores, cujas ações penais tiveram a utilização da citada lei. Diversas operações policiais de grande vulto ocorreram nestes anos com a prisão de milhares de pessoas e a identidade do Direito Penal e Processual Penal sofreram alterações devido a estas novas leis; ou seja, os Profissionais do Direito tiveram que se adequar à nova visão, não de forma gradual, mas sim rapidamente com o impacto causado. Verificou-se, a duras penas, que nem o Estado, nem os profissionais, nem mesmo o Direito Processual Penal estavam preparados para tanto ante a aplicação da lei infraconstitucional e das premissas constitucionais. Problemas de toda ordem surgiram: perdeu-se a fé no garantismo da lei, Direitos Fundamentais foram aviltados em nome do interesse público, golpeando, por vezes, o Devido Processo Legal. *Writs* Constitucionais como o *Habeas Corpus* foram impetrados para fazer valer os Direitos Fundamentais dos envolvidos, resultando em solturas dos presos, anulações de interceptações telefônicas e até de sentenças. *Ad exemplum* operações como a Nicotina em Foz do Iguaçu; Cevada em Foz do Iguaçu e Rio de Janeiro; Pôr do Sol no Rio Grande do Sul; Têmis em São Paulo; e outras como Pacenas em Mato Grosso; Castelo de Areia em São Paulo e Rio de Janeiro; Sathiagara em São Paulo; Toque de Midas em Mato Grosso. Este estudo faz análise do resultado dos julgados nos Tribunais pátrios, referentes às operações: Norte Câmbio, Nicotina, Pôr do Sol, Castelo de Areia e Sathiagara, com o objetivo de demonstrar os problemas apresentados com a utilização da Lei de interceptação telefônica *versus* Devido Processo Legal. Considerações sobre Interesse Público, Direitos e Garantias Constitucionais, Devido Processo Legal embasam o estudo, além da análise da Lei nº 9.296/1996. Julgados em sede de *Habeas Corpus* que versam sobre questões de Direitos Constitucionais em paralelo com a Lei nº 9.296/1996.

Palavras-chave: Devido Processo Legal. Interceptação Telefônica. Julgados.

ABSTRACT

The Contemporary Right in Brazil, undeniably, goes through a crisis in the procedural, given the rapidity of changes in society arising from new technologies and the reigning political of combat any form of crime, especially organized crime, corruption, crime endemic under the banner of public interest. For such a Herculean task, the last two decades, dozens of laws have been enacted to confront the crimes and bring the state apparatus and the machinery of justice. This study dares to analyze the result of one of the tools used for this clash, the Telephone Interception Act - Law No. 9.296/1996 - with reference to the trial in the superior courts, whose criminal actions were the use of said statute. Several high-major police operations occurred in recent years with the arrest of thousands of people and identity of the Criminal Law has changed due to these new laws, that is, operators of the law had to fit the new vision, not gradually, but rather quickly with the impact. It was found, the hard way that neither the state nor the professionals, not even the Criminal Procedure Law were prepared to do so against law enforcement and the infra-constitutional premises. All sorts of problems arose: lost faith in the guarantee of law, fundamental rights have been vilified in the public interest, striking, sometimes the Due Process of Law. Constitutional *Writs* and *Habeas Corpus* have been filed to enforce the fundamental rights of those involved, resulting in releases of prisoners, cancellation of telephone intercepts and even sentences. *Ad exemplum* operations such as nicotine in Foz do Iguacu, Barley in Foz do Iguacu and Rio de Janeiro; *Sundown* in Rio Grande do Sul; Themis in São Paulo; Pacenas in Mato Grosso ; Sand Castle in São Paulo; Sathiagara in São Paulo; Midas Touch in Mato Grosso. This study is based on analysis of the results of operations of the patriots courts: North Exchange, Nicotine, *Sundown*, Sand Castle, Sathiagara in order to demonstrate these problems presented with the use of Law interception versus Due Process of Law. Considerations of Public Interest, Rights and Constitutional Guarantees Due Process of Law, underlying the study, as well as analysis of Law No. 9.296/1996. Tried in place of *Habeas Corpus* that deal with questions of Rights and Constitutional in parallel with the Law No. 9.296/1996.

Keywords: Due Process of Law. Telephone Interception. Judged.

RESUMEN

Lo derecho contemporáneo en el Brasil, innegablemente, pasa por una crisis en el procedimiento, dada la rapidez de los cambios en la sociedad que viene de las nuevas tecnologías y la política predominante para combatir la cualquier forma de delito, em especial, las organizaciones criminales, la corrupción, los Delitos endémico bajo bandera del interés público. por así hercúleo tarea, las últimas dos décadas, decenas de leyes fueron promulgadas para hacer frente a los delitos, y adaptar el aparato estatal y la máquina judicial. Este estudio se atreve a analizar el resultado de una de las herramientas utilizadas para este choque, por ejemplo, la Ley de interceptación telefónica - Ley N° 9.296/1996 -, por referencia, juzgado en los Tribunales superiores, cuyas acciones penales tenía el uso de ese dicha ley. Varias operaciones policiales de envergadura figura ocurrido en estos años con la detención de miles de personas y la identidad de Derecho Penal y Procesal Penal han cambiado debido a las nuevas leyes; en otras palabras, los operadores derecho tenían que ajustarse la nueva visión, no de manera gradual, pero rápidamente el impacto causado. Existía, la dura plumas, que ni el Estado, ni los profesionales, ni siquiera el Derecho Procesal Penal estábamos preparados para tanto antes la aplicación de la ley infra-constitucional y las premisas constitucionales. Problemas de todo tipo surgido: perdido la fe en el garantizado de la ley, los derechos fundamentales han sido vilipendiados em nombre de interés público, atacando a veces, el Debido Proceso Legal. *Writs* constitucionales como el *Habeas Corpus* han presentado para hacer cumplir los derechos fundamentales de las personas involucradas, lo que resulta en la liberación de los presos, la cancelación de las interceptaciones telefónicas y aun sentencias. Ad exemplum operaciones tales como la nicotina en Foz do Iguacu, cebada en Foz de Iguazú y Río de Janeiro, Puesta de sol en Rio Grande do Sul; Themis en San Pablo, y otros como Paceaña, en Mato Grosso, Castillo de arena en San Pablo y Río de Janeiro, Sathiagara en San Pablo ; Midas Touch en Mato Grosso. Este estudio es análisis de los resultados del juzgados en Tribunales patrióticos relativos a las operaciones: del Norte de Exchange, la nicotina, la puesta del sol, el Castillo de arena y Sathiagara, con el fin de demostrar los problemas presentados por el uso de la interceptación telefónica versus la Ley Debido Proceso Legal. Consideraciones sobre Interés Público, Derechos y Garantías Constitucionales, Debido Proceso Legal se basa el estudio, así como el análisis de La Ley N° 9.296/1996. Juzgado con sede em *Habeas Corpus* que trato en materia de Derechos Constitucionales en paralelo con la Ley N° 9.296/1996.

Palabras clave: Debido Proceso Legal. Interceptación Telefónica. Juzgado.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABIN Agência brasileira de informação
C.F Constituição Federal
CC Código Civil
Cf. Conforme
CLT Consolidação das Leis Trabalhistas
CNJ Conselho nacional de Justiça
Corte IDH Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP Código Penal
CPC Código de Processo Civil
CPP Código de Processo Penal
ECA Estatuto da criança e do Adolescente
ERBs Estações rádio-base
F.G.T.S Fundo de garantia por tempo de serviço
FMI Fundo monetário internacional
HC *Habeas Corpus*
JEF Justiça Especial Federal
MPF Ministério Público Federal
PAC Programa de Aceleração do Crescimento
Prev previdenciária
RDD Regime Disciplinar Diferenciado
RHC Recurso em *Habeas Corpus*
SFN sistema Financeiro Nacional
SNI Serviço Nacional de Informação
STF Supremo Tribunal Federal
STJ Superior Tribunal de Justiça
TRF Tribunal Federal Regional
V. ou VS Versus
V.g *Verbi Gratia*
VF Vara Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 PROLEGÔMENOS SOBRE OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	18
1.1 Sociedade, fenômenos sociais e o Direito Contemporâneo	23
1.2 Direitos e Garantias e a atual Constituição Federal	31
1.3 Direito ao Devido Processo Legal como supedâneo de um Estado Democrático de Direitos	35
1.4 O <i>Habeas Corpus</i> como instrumento garantidor do Devido Processo Legal	53
2 UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A LEI Nº 9296/96	58
2.1 Estrutura, excepcionalidade e operacionalização da Lei nº 9.296/96	61
2.1.1 Da legitimidade para a concessão da medida excepcional	61
2.1.2 Interceptação telefônica: Meio lícito e legítimo de prova?	66
2.1.3 Concessão judicial de interceptação telefônica: Limites e possibilidades	73
2.1.4 Condições de admissibilidade da concessão judicial de interceptação telefônica	77
2.1.5 A complexidade do fato criminoso e o exaurimento investigativo, necessidade de demonstração e fundamentação	82
2.1.6 O Procedimento Criminal Diverso e a necessidade do inquérito policial e/ou investigação criminal	91
2.1.7 Inutilização da Interceptação telefônica, quebra do segredo de Justiça e o monitoramento ilegal	95
2.2 A relação da norma constitucional e infraconstitucional: coalizão e colisão, uma questão hermenêutica	97
2.3 O interesse público e a relativização do Princípio da Intimidade e do Princípio da Privacidade	102
3 AS DERIVAS JURISPRUDENCIAIS EM MATÉRIA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: AS REITERADAS VIOLAÇÕES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	110
3.1 A jurisprudência recente dos Tribunais brasileiros: Um breve olhar sobre casos concretos	111
3.1.1 Operação Norte Câmbio	111

3.1.2 Operação Nicotina _____	116
3.1.3 Operação Pôr do Sol _____	119
3.1.4 Operação Castelo de Areia _____	124
3.1.5 Operação Satiagraha _____	128
3.2 Questionamentos de ordem processual em casos concretos _____	131
CONSIDERAÇÕES FINAIS _____	140
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____	148
REFERÊNCIAS DE CASOS _____	162
APÊNDICE A - Tabela com as operações Policiais de grande vulto desencadeadas pela Polícia Federal _____	178
APÊNDICE B – Tabela referente ao Total de presos monitorados nas operações desenvolvidas pela Polícia Federal _____	184
APÊNDICE C – Tabela referente à quantidade de Julgados e Acórdãos envolvendo Interceptação Telefônica _____	185
ANEXO A – Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. _____	186
ANEXO B – Projeto de Lei nº 3272 de 16 de abril de 2008 que regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição e dá outras providências. _____	189
ANEXO C – Projeto de Lei do Senado nº 525, de 2007 _____	197

INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais inseridos no texto constitucional brasileiro são assegurados ao cidadão em caráter individual e coletivo servindo de limitador à discricionariedade estatal. Estes direitos têm sido mitigados, por vezes, em nome do interesse público em procedimentos e/ou processos judiciais na aplicação da lei infraconstitucional de interceptação telefônica.¹

A questão ora objeto desta investigação científica, refere-se à forma em que o direito à privacidade e à intimidade está sendo relativizado em relação ao interesse público e muito embora tal relativização estar regulada por lei infraconstitucional, a interpretação dada à Lei nº 9.296/96 por diversos seguimentos do direito tem afrontado de sobremaneira os Direitos Fundamentais, em especial o Devido Processo Legal. Neste contexto, a Constituição brasileira ao ser elaborada no intuito de garantir ao cidadão estes direitos e protegê-lo da abusividade estatal, disponibilizou instrumentos para a efetivação dos mesmos, quais sejam, as garantias Constitucionais que surgem como instrumentos/ferramentas de salvaguarda ao cidadão que se encontra sob ameaça de sofrer ou estar sofrendo perigo de coação ilegal estatal.

O direito à privacidade e à intimidade foi tratado – mesmo que timidamente - em todas as Constituições² que o Brasil teve desde a sua independência, porém o tema interceptação telefônica só foi tratado na última - 1988. Da regulamentação do inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, surgiu a Lei nº 9.296 de 1996, que versa sobre a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

Desde o ano de 2003, diversas matérias jornalísticas abordaram o combate pelas instituições policiais ao avanço da criminalidade - rotuladas de “organizações criminosas”³ -

¹ BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF, 24 de julho de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cciv/il_03/Leis/L9296.htm. Acesso em: 15 jan. 2010.

² As Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946, trataram apenas da inviolabilidade das correspondências, sendo a de 1967 a primeira a tratar do sigilo das comunicações telefônicas em seu artigo 150, parágrafo 9º: “São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas”.

³ A doutrina e a prática legal ainda travam debates sobre a definição de *associação criminosa* e *organização criminosa* e até *trama delituosa* - Lei nº 9.034/95; Lei 9.080/95, Lei nº 7.492/86; Lei nº 8.137/90; Lei nº 9.613/98 -, porém mesmo com tanta especificidade, há a exigência de descrição típica, calcada no princípio da legalidade. O núcleo da ação típica destas específicas é a associação, diferindo apenas no número de participantes e intenção. Entretanto, os Tribunais pátrios estão adotando o conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, seguindo orientação da Resolução nº 517, de 30 de junho de 2006 do Conselho da Justiça Federal, artigo 1º, parágrafo único em observância a Recomendação nº 03, de 30 de maio de 2006 do mesmo Conselho, a qual possui o seguinte teor em seu item 2: Para os fins desta recomendação, sugere-se: a) a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o "grupo criminoso organizado" aquele

em território nacional onde a ferramenta utilizada foi a interceptação telefônica. Foram veiculadas na mídia, diversas operações policiais de grande vulto no decorrer destes anos – 1996 - 2011⁴ -, levando a sociedade a constatar a magnitude das mesmas, na crença de um enfrentamento eficaz e de resultados. As forças policiais, Ministério Público e a Justiça ficaram em evidência na mídia.

Sob o manto do interesse público, a Lei de interceptação telefônica foi operacionalizada restringindo Direitos Constitucionais aos investigados/acusados. O Direito Penal do Inimigo⁵ tomou espaço em relação ao Garantismo Penal,⁶ tese esta há muito utilizada no ordenamento jurídico pátrio. Para assegurar as garantias aos Direitos Fundamentais de seus clientes investigados e/ou acusados, as defesas utilizaram *writs*, em especial o *Habeas Corpus*, os quais, impetrados em instâncias superiores, obtiveram resultados de grande impacto no meio jurídico. Este magnífico instituto presente nos ordenamentos jurídicos modernos, representação máxima da importância da liberdade do indivíduo e de reconhecimento de abusividade de autoridade pública foi o ramo de esperança para muitos acusados que sofreram as consequências das ditas “midiáticas” operações policiais no Brasil nos últimos anos.

As decisões destes *Habeas Corpus* – reconhecendo direitos aos investigados e/ou acusados - foram divulgadas na mídia, levando a sociedade e diversos profissionais do Direito a questionar a maneira pela qual o poder público considerava os Direitos Fundamentais, em relação às operações policiais que se utilizaram das interceptações telefônicas. *Ad exemplum*, operações como a Nicotina em Foz do Iguaçu; Cevada em Foz do Iguaçu e Rio de Janeiro;

estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. Para André Luís Callegari uma Organização Criminosa é constituída de uma estrutura criminógena que favorece a comissão reiterada de delitos (facilitando sua execução, potencializando seus efeitos e impedindo sua persecução) de maneira permanente (já que a fungibilidade de seus membros permite substituir os seus integrantes). Em consequência, é possível que sua mera existência suponha um perigo para os bens jurídicos protegidos pelas figuras delitivas que serão praticadas pelo grupo e, portanto, constitui um injusto autônomo, um “estado de coisas” antijurídico que ameaça a paz pública. CALLEGARI, André Luís. A expansão do Direito Penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário 2008, n. 5, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 239-252, 2009. p. 251.

⁴ Ver apêndice A., p. 178.

⁵ O Direito Penal do Inimigo traz como argumento à infidelidade do delinquente ao Direito e ao Estado e nesse sentido, trata-o como criminoso de guerra, tratando-o como objeto de coação e não como sujeito de direito. Flexibiliza o princípio da legalidade e exagera na antecipação da tutela penal abusando nas medidas preventivas ou cautelares com a relativização de Direitos e Garantias processuais fundamentais.

⁶ O Garantismo Penal, teoria construída por Ferrajoli, busca fortalecer o direito penal mínimo, através de critérios racionais à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social despota que coloque o interesse público acima dos direitos e das garantias individuais. Tal modelo tem como objetivo limitar o poder punitivo estatal e por consequência, afirmar uma interpretação da lei conforme a Constituição Federal pátria dentro de um Estado Democrático de Direito.

Operação Pôr do Sol ou Operação Occasu no Rio Grande do Sul; Têmis em São Paulo; outras, como Pacenas, Castelo de Areia, Sathigara, Toque de Midas, afetando o prestígio da Polícia Judiciária, Ministério Público e Justiça de 1º e 2º graus. Estas operações foram recorrentes nos noticiários, afetando desde o cidadão comum, passando pelos servidores públicos, políticos e atingindo à diminuta sociedade economicamente privilegiada do país como grandes empresários ou conglomerados empresariais, numa demonstração forçosamente pública de “combate à criminalidade”, em especial à corrupção.

O estudo do tema proposto neste trabalho – em rápida síntese, o Devido Processo Legal ante a aplicação da Lei de interceptação telefônica no Brasil e seus efeitos na instrução inquisitorial e processual -, justifica-se pelo fato da crise em que passa o Processo Penal ante à frágil observância do Devido Processo Legal na aplicação da lei de interceptação telefônica, dado ao pensamento de que o interesse público deve prevalecer em qualquer circunstância.

Surge assim um questionamento, objeto deste estudo: em que medida a interceptação telefônica com autorização judicial fere os Direitos Constitucionais de cidadãos, investigados e/ou acusados e em especial, o Devido Processo Legal, na fase inquisitorial e/ou processual?

A aplicação efetiva de uma lei, *v.g.*, *novatio legis*, sempre é problemática, pelas mais diversas razões, seja em termos de estrutura do Judiciário e da Polícia Judiciária, Ministério Público, dos anseios da sociedade e na sua operacionalização para se atingir o ideal maior que seria a concretização da Justiça. Com a Lei nº 9.296/96⁷ não é diferente, dado que sua aplicação tem gerado conflitos, inclusive atingindo o Devido Processo Legal. Assim, ainda em caráter precário, pretende-se delinear as razões dos problemas que já ocorreram desde a sua aplicação, pois a Lei nº 9.296/96 tem características nunca vistas até sua promulgação, como a autorização para relativizar Direitos Fundamentais garantidos na Carta Magna – intimidade e privacidade do indivíduo – a fim de auxiliar na investigação e na instrução processual, cujo elemento justificador era – e é – o interesse público.

O interesse público é um dos temas mais debatidos na atualidade, porém estabelecer o que é “interesse público” depende da necessidade e da orientação do governo da ocasião. Saúde, educação, acessibilidade, empregabilidade, segurança são indiscutivelmente assuntos de interesse público em qualquer período da história da humanidade e de qualquer governo socialdemocrata. O combate à criminalidade, por ser “de” interesse público é priorizado e operacionalizado pelos instrumentos também de ocasião, desenvolvidos especialmente para

⁷ Promulgada em 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.296/96 regulamentou o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, passando-se 15 anos desde sua promulgação, a sua utilização ficou evidenciada a partir do ano de 2003, com as operações policiais de grande vulto midiático.

este atendimento ao interesse público. A interceptação telefônica é um destes instrumentos e como já afirmado, utilizado à quase exaustão pelas autoridades públicas engajadas na hercúlea tarefa de combater à criminalidade.

Importa ressaltar que o estudo sobre a aplicação da Lei nº 9.296/96 à luz dos Direitos Constitucionais,⁸ faz-se necessária com o fito de corroborar com a atual discussão e tal tema está perfeitamente adequado à linha de pesquisa – Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos – do Programa de Pós-Graduação em Direito *Strictu sensu* - Unisinos. A hermenêutica é fundamental neste estudo, uma vez que dá suporte à compreensão destes atuais fenômenos sociais e jurídicos.

O estudo é dividido em três dimensões, *v.g.*: a primeira apresenta uma reflexão sobre Direitos e Garantias Constitucionais, conceitos e o alcance de sua eficácia numa sociedade livre, dissociada de interesses escusos, políticos e/ou unilaterais traçando um panorama sobre a sociedade, fenômenos sociais e apresentando uma intersecção entre as ciências - a Sociologia e o Direito. Prossegue sobre o Direito Contemporâneo frente à globalização, a macrocriminalidade, Direitos e Garantias e a atual Constituição Federal e ainda a importância do Judiciário na sua proteção. Versa também sobre o direito ao Devido Processo Legal como supedâneo de um Estado Democrático de Direitos, abordando o Direito Penal, a função punitiva do Estado e a proteção dos bens jurídicos, as transformações sofridas pela criminalidade, a política criminal e a tendência atual da aplicação de um Direito Penal preventivo. Nesta dimensão, há considerações sobre o Direito Penal do Inimigo e o Garantismo Penal, a aplicação de leis extravagantes relacionadas ao Direito Processual Penal em relação à colheita de provas, o Judiciário e a uniformização de entendimentos a atingir as metas e estratégias, estruturando-se, organizando-se e publicizando-se, em relação aos atos e decisões judiciais pela mídia, priorizando a quantificação no processo brasileiro para atingir metas, o *Habeas Corpus* como instrumento garantidor do Devido Processo Legal.

Na segunda dimensão, faz-se uma análise estrutural da Lei nº 9.296/96 em termos de operacionalização, legitimidade, meio de prova, prova e seu empréstimo, limitações, requisitos de admissibilidade para a concessão, interesse público e Princípio da Intimidade e Princípio da Privacidade, monitoramento, grampo ou escuta ilegal, monitoramento telefônico, exaurimento investigativo, Procedimento Criminal Diverso, sigilo.

Por última dimensão, apresenta-se análise de julgados recentes nos Tribunais pátrios – em sede de *Habeas Corpus* - que têm ou tiveram por escopo a referida Lei de interceptação

⁸ Os Direitos Constitucionais neste estudo refere-se ao Princípio do Devido Processo Legal.

telefônica e a observância ao Devido Processo Legal, exemplos de Operações, o atual entendimento dos Tribunais, casos e ainda, um elenco dos principais problemas de ordem processual: impossibilidade de interceptação telefônica e denúncia anônima, parca fundamentação nas decisões concessivas de interceptação telefônica, excesso de prazo, renovação automática de prazo de interceptação telefônica, indeferimento de transcrição dos diálogos e perícias das conversas interceptadas, ausência de autos circunstanciados/relatórios da autoridade policial acerca da necessidade do monitoramento – ou continuidade - dos mesmos, conforme o disposto no diploma legal específico.

Os problemas supracitados geram vício na origem, na colheita de elementos para embasar a denúncia - vício tanto nos procedimentos na fase de inquérito policial, onde não há contraditório, como na não-observância dos princípios constitucionais – e, por óbvio, atingem o Devido Processo Legal, cuja nulidade dos atos processuais e até mesmo da ação penal passaram a ser pleiteados em sede de *Habeas Corpus* para garantir a liberdade ou “o direito de ir e vir” dos investigados e o próprio Devido Processo Legal. A debatida teoria dos frutos da árvore envenenada - *Fruit of the poisonous tree* – onde não são admitidas provas ilícitas em processos coroa esta questão.

Claro o objetivo, oportuna a advertência de que há limites neste estudo, dado que a fonte maior de pesquisa são os julgados sobre a matéria, que em sua maioria estão sob o sigilo judicial pela sua peculiaridade. Assim, o material que deu sustentáculo a este estudo foi o disponível nos portais dos Tribunais Estaduais e Federais, bem como nos Tribunais Superiores e notícias veiculadas na mídia.

Em suma, este estudo versa sobre a hierarquia da Constituição Federal ante a qualquer outra norma, a necessária interpretação hermenêutica da lei em análise, os pontos controversos com a Carta Magna quando da observância dos Direitos Fundamentais na concessão de medida extrema de escuta telefônica, cujo produto final é o meio de prova ou prova para possível formação de convicção judicial em sede de sentença em ação penal.

1 PROLEGÔMENOS SOBRE OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Primordialmente, Direitos e Garantias Fundamentais são as normas, geralmente constitucionais, que estabelecem, declaram e garantem direitos essenciais ao exercício da Democracia; a garantia está relacionada à exigência que o cidadão comum faz às autoridades para ver assegurados seus direitos.

Rui Barbosa⁹ elucidou que os Direitos Fundamentais são "os enunciados constitucionais de cunho declaratório de uma prerrogativa fundamental do cidadão" e as Garantias Fundamentais são os "enunciados de conteúdo assecuratório ao fornecer mecanismos ou instrumentos para a proteção, reparação ou reingresso ao Direito Fundamental aviltado". Assim, Direitos seriam a livre expressão, a intimidade e honra, a propriedade e a defesa do consumidor; e Garantias, o direito de resposta, o Mandado de Injunção, o *Habeas Corpus* e o *Habeas Data*, todos expressos no artigo 5º, incisos da Constituição Federal.

Os direitos e garantias fundamentais para José Afonso da Silva, "*são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive*".¹⁰ Paulo Bonavides, afirma que as Garantias Fundamentais podem ser entendidas como garantias da própria Constituição - aceção lata -, como serem *garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Carta Magna, portanto, remédios jurisdicionais eficazes para a salvaguarda desses direitos - aceção estrita*.¹¹

As garantias constitucionais, conhecidas modernamente como os *writs* constitucionais, consistem em fornecer mecanismos ao cidadão para que este exerça um Direito Fundamental violado ou não observado, tendo por principal característica a celeridade. No caso específico de *Habeas Corpus*, *Habeas Data* e Mandado de Segurança, o impetrante deve demonstrar de pronto o direito aviltado, não comportando, como sabido, dilação probatória, fato este que corrobora para a celeridade. Não obstante o fator positivo da celeridade há que ressaltar se tal garantia, materializada pelas citadas ações/remédios constitucionais possuem, de pronto, a eficácia esperada pelo impetrante.

Tanto os Direitos como as Garantias são os pilares e o reconhecimento de uma sociedade livre e só alcançarão a eficácia almejada se exercidos numa sociedade dissociada de

⁹ Cf. BARBOSA, Rui. **República: teoria e prática**. Petrópolis: Vozes, 1978. p. 124.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 182.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 532.

interesses escusos, políticos e/ou unilaterais; caso contrário será letra morta, fachada democrática para alguém ver, porém, impraticável. O nível de eficácia exsurge quando o cidadão impetrante vê seu direito ser reconhecido por um juízo competente, imparcial e não influenciado por ingerências da política em questão.

A imperatividade das normas constitucionais traduz-se em sua aplicação imediata¹² e tais normas impõem um dever, havendo consequências punitivas pela sua não-observância, podendo ser invocadas pelos cidadãos. A Constituição Federal de 1988 por ser escrita e codificada é um documento solene e apresenta a essência da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em seu artigo 5º.

A importância das garantias se resume no resguardo dos Direitos Fundamentais frente a um Estado de Direito, pois sem garantias constitucionais os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia e fruição completa das liberdades humanas.¹³ A garantia existe sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar, sendo que a expressão, fora de seu significado técnico, na esfera política e jurídica, toma uma dimensão conceitual de cunho axiológico, por prender-se aos valores da liberdade e da personalidade como instrumento de sua proteção.¹⁴

Historicamente, o Código de Hamurabi¹⁵ já contemplava o direito à vida, à propriedade, à dignidade e estabelecia as leis acima da vontade de governantes. No transcorrer do processo civilizatório, a humanidade tem exigido a construção e desdobramento de direitos universais e tais espelham o respeito a uma determinada sociedade num determinado período.

¹² Neste sentido, ver Constituição Federal brasileira, artigo 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - 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. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. [...].

¹³ Paulo Bonavides afirma ainda que "Em razão precisamente desse relacionamento tão íntimo com os direitos fundamentais do indivíduo ou com a liberdade de feição e teor individualista, é que as garantias constitucionais se tornaram uma espécie de escudo da personalidade contra os desvios do poder do Estado ou se converteram historicamente no símbolo mais positivo e prestigioso de caracterização jurídica do Estado liberal. Tornou-se a concretização de tais garantias num certo sentido mais importante ou tão importante quanto os próprios direitos contidos na Constituição ou por estes enunciados. [...] De nada valeriam os direitos ou declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos. A garantia constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias do ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege". Ibid., p. 532.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 526.

¹⁵ Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/codigo-de-hamurabi.html>. Acesso em: 3 nov. 2011.

É relegada à França em 1770 a denominação “Direitos Fundamentais” e na evolução dos direitos e garantias constitucionais, alguns doutrinadores aludem ao termo “gerações” e outros a “dimensões” sendo os de primeira geração, àqueles que remontam o século XVII, como o da proteção das liberdades públicas, ou seja, o direito à liberdade, à vida, à propriedade, à manifestação do pensamento, à expressão e ao voto. Os de segunda geração ou direitos sociais, econômicos e culturais, alusivos ao direito à saúde, ao trabalho, à educação e o direito de greve, adquiriram contornos mais definidos no denominado Estado Social na primeira metade do século passado, compelindo o Estado a prestações para com o indivíduo e com a sociedade. Os direitos de terceira geração referem-se à coletividade em temas como o meio ambiente e a conservação do patrimônio histórico e cultural.

Alexandre de Moraes aborda os Direitos Fundamentais de primeira geração da seguinte forma:

Essas idéias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.¹⁶

A moderna doutrina ainda refere-se aos direitos de quarta geração, àqueles que se apresentam em caráter geral como o direito à Democracia, à informação; e ainda aos direitos da quinta geração resultantes dos fenômenos da tecnologia da informática e dos avanços na saúde e genética.

Oportuna à leitura sobre o tema expresso por André Copetti:

Esses direitos fundamentais não são, senão, a norma jurídica positiva que os direitos naturais assumiram com sua garantia enquanto direitos subjetivos constantes nas Constituições modernas. Sob o aspecto da legitimação, o fundamento político ou externo do Estado Democrático de Direito baseia-se na sua função de garantia dos direitos fundamentais mediante a sanção da anulabilidade dos atos inválidos: das leis por violação das normas constitucionais; de outros atos administrativos e decisões judiciais, por violação das leis constitucionalmente válidas.¹⁷

Os textos constitucionais contemporâneos, nesta fase de constitucionalização de direitos, consagram como citado, os direitos sociais, as garantias e liberdades individuais, a Democracia, a livre concorrência, a iniciativa privada, o meio ambiente saudável, a necessária interferência estatal na economia, oferecendo mecanismos/ferramentas para tal. Deve-se

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Ed. Atlas, 3. ed. São Paulo, 2000. p. 19.

¹⁷ COPETTI, André. **Direito penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 57.

lançar um olhar menos crédulo para a operacionalização destes direitos, pois, não é porque o governo da ocasião não operacionalizou porque não soube ou não tinha interesse, que tais não estão/são consagrados.

Artur Carpes expõe neste sentido que:

Existe uma íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado constitucional. Podem-se considerar os direitos fundamentais como *base e fundamento da idéia de um Estado que, no exercício do seu poder, está condicionado aos limites fixados na Constituição*. Mas não apenas isso: para além de sua função limitativa de poder, os direitos fundamentais constituem *critérios e legitimação do poder estatal* e, em decorrência da própria ordem constitucional. Assim, os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o Estado constitucional.¹⁸

Os Direitos Fundamentais devem prevalecer em todas as horas da vida do cidadão brasileiro e conforme dispõe o artigo 60, § 4º, inciso IV, os Direitos e Garantias Fundamentais, por estarem assim expressos no texto constitucional, são cláusulas pétreas, portanto, impossível à modificação por emendas constitucionais. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, esclarece que:

[...] tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade, pois a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade, evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria constituição [...]¹⁹

Gilmar Mendes ressalta ainda que a Carta da República consagrou os Direitos Fundamentais com a “cláusula de imutabilidade” e a “garantia de eternidade”.²⁰ A Constituição Federal pátria não é imutável, porém há dificultadores no processo de reforma, sabido é que os preceitos constitucionais fundamentais só devem ser reformulados somente através de nova Carta Política, a qual representará os anseios de uma sociedade num determinado momento histórico. Para tais revisões e reformulações, devem ser observados os aspectos técnicos e políticos, lembrando que não é toda matéria que pode ser reformulada.

¹⁸ CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 41 – 42.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos. 1998. p. 92.

²⁰ *Ibid.*, p. 32.

Todas as Constituições dos países considerados “democráticos” elencam já em primeiro plano, os direitos e garantias dos cidadãos. *Ad exemplum*, tal assertiva é facilmente observada na análise rápida da *Lex Matter* pátria vigente, onde os Direitos Fundamentais encontram-se elencados já no artigo 5º. O aviltamento ou a não-observância destes direitos ensejariam - à prerrogativa do cidadão - o uso dos mecanismos e instrumentos citados para garantia que o direito fosse observado.

Os Direitos Fundamentais são “proclamados”, ou seja, já existem mesmo antes da lei constitucional expressá-los em seu texto. Na perspectiva do plano jurídico-objetivo, são normas para os poderes públicos, afastando as ingerências destes na esfera jurídico-individual; na perspectiva do plano jurídico-subjetivo, destaca-se o exercício dos Direitos Fundamentais.

As normas que trazem em seu bojo os Direitos Fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata, dado que a Constituição Federal – em sua essência – já é uma norma-síntese. Uma Constituição não é atemporal, pelo contrário, é a revelação de um contexto histórico-temporal e cultural de uma nação. Diante de tal afirmação, dependendo de uma necessidade social num dado período histórico – como afirmado -, Direitos Fundamentais podem ser relativizados – como o direito expresso no inciso XII do art. 5º, relativizado pela Lei nº 9.296 de 1996: *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*; e outros podem ser acrescentados ao texto constitucional – *ad exemplum*, o inciso LXXVIII, incluído pela emenda constitucional nº 45 de 2004: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*.

Jânia Maria Lopes Saldanha aponta para a necessidade de que os juristas percebam a importância e dimensão dos Direitos Fundamentais, não só para proporcionar ao homem individual a garantia de uma vida “em paz”, mas para que toda a sociedade, num sentido de comunidade, possa ser a real destinatária do bem comum. Continua observando que o intérprete deve ultrapassar os lugares comuns e abandonar a ilusão sustentada pelo racionalismo de que o raciocínio jurídico pode alcançar a transparência e univocidade do pensamento científico. Enquanto o formalismo e o racionalismo permanecerem como a tônica

da postura e do modo de trabalhar do jurista, não terá esse a “angústia do estranhamento” a respeito de qual seja o seu verdadeiro papel na sociedade humana²¹.

Lenio Luiz Streck considera que a noção de Estado Democrático de Direito está ligado à realização dos Direitos Fundamentais elencados na Constituição, a sua democratização social, fruto das políticas do *welfare state*, ou melhor, Estado-providência, que tem como objetivo a organização político-econômico que coloca o Estado – nação - como agente da promoção social, com um viés protetor e defensor, e organizador da economia.

Neste sentido, Laurence Tribe e Michael Dorf esclarecem que:

Ainda que tenhamos descrito a empreitada de designar os direitos fundamentais como uma questão de definição do nível de abstração que se deve usar ao retratar direitos, não queremos dizer que existe uma dimensão única por meio da qual seja possível medir a abstração. O mesmo direito pode ser amplo, em uma dimensão e ao mesmo tempo estreito, em outra.²²

Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com a nação em questão, cabendo ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população.²³ Tais políticas do *welfare state* surgiram durante a Grande Depressão em 1929 e do resultado II Guerra Mundial, se desenvolveram ainda mais com a ampliação do conceito de cidadania, com o fim dos governos totalitários da Europa Ocidental como o nazismo e o fascismo, com a hegemonia dos governos socialdemocratas e, secundariamente, das correntes eurocomunistas, com base na concepção de que há direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão.²⁴

1.1 Sociedade, fenômenos sociais e o Direito Contemporâneo

A intersecção entre as ciências - a Sociologia e o Direito - fornece uma forma de conceber o Direito em paralelo com os grupos sociais, sua aplicação e o que é – ou possa ser – juridicamente “reprovável” nesta ou naquela sociedade. Afastando-se da concepção de que o

²¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **O Poder Judiciário olhando diferente para os direitos fundamentais do homem através da hermenêutica**. In: I Seminário Nacional de Filosofia e Educação - Confluências, 2004, Santa Maria, RS. Anais, 2004. p. 7. Disponível em: <http://www.ufsm.br/gpforma/1senafe/bibliocon/opoderdo.rtf>. Acesso em: 3 jun. 2011.

²² DORF, Michael C. Tribe, Laurence H. **Hermenêutica Constitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.99.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37.

²⁴ *Ibid.*, p. 37.

“Direito está a serviço da classe dominante”, tem-se hoje no Brasil uma ideia de democratização ou popularização da Justiça, sendo esta uma concretização dos anseios da sociedade quase “igualitária” em termos de Direito. Ideologias de diversas matizes apoiam esta ideia de “acesso para todos”, dado que a Justiça e o desenvolvimento social são indissociáveis; sem credibilidade na Justiça, não há desenvolvimento social, tampouco segurança.

A especialização da Sociologia, em Sociologia Jurídica, é fundamental para a compreensão dos fenômenos sociais relacionados a crimes, como estes fenômenos deixam sequelas na sociedade²⁵ e ainda qual a repercussão no sistema judiciário. A previsão “assegurar a aplicação da lei penal” é fator suficiente para encarcerar um indivíduo preventivamente, ou seja, tecnicamente, ainda inocente; e ainda há a previsão que “não será concedida fiança” em casos de clamor público.

Numa análise primária da repercussão no Judiciário, seria averiguar em qual(is) segmento(s) ocorreu o levante do clamor social e se estes segmento(s) te(ê)m representatividade²⁶ considerável na sociedade, pois a concepção única de clamor social²⁷ do magistrado que não concedeu a fiança não deve ser considerada, uma vez que seu papel fundamental é promover a justiça social fundamentada na Constituição, orientado pela compreensão, coerência e integridade do direito e não orientado por paixão.²⁸

²⁵ O gênio da Literatura mundial, Fiódor Dostoiévski, no conto “O Crocodilo” busca através do absurdo, do surreal, expor a sociedade russa da época, na qual um casal e um amigo vão ver um crocodilo numa exposição e o marido - Ivan Matvêitch - é “engolido” pelo crocodilo e decide morar dentro dele. O absurdo centra-se na posição deste homem em aceitar a situação e ainda tentar tirar dela alguma vantagem, como reconhecimento e salário, uma vez que era funcionário público. Então, importa questionar quais eram os valores na sociedade retratada pelo autor? A resposta aponta para a importância de ter um emprego, seguir as regras e se destacar na multidão, mesmo que por um acontecimento inglório. E qual juízo de valor aquela sociedade emitiria sobre a posição de Ivan Matvêitch? Todos os segmentos o apoiariam? Ou o rechaçariam? Ou ainda o invejariam?

²⁶ É comum na militância dos defensores nas cortes a juntada aos autos de declarações abonatórias da comunidade em que o réu está inserido e até mesmo em abaixo-assinados atestando a moral e/ou conduta do suplicante.

²⁷ O entendimento esposado pelo Sr. Ministro Celso de Mello, em relação ao clamor público, no julgamento do Habeas Corpus nº 80379-SP/STF em 18 de dezembro de 2000. “O CLAMOR PÚBLICO NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma), **Habeas Corpus nº 80379-SP**. Impetrante: Sergei Cobra Arbex. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Pablo Russel Rocha. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 18 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1841391>. Acesso em: 12 out. 2011.

²⁸ Neste sentido o *Habeas Corpus* nº 15.1773/AL – STJ retratou de forma clara a fronteira tênue entre a razão e paixão nas decisões judiciais, cujo acórdão ementado concedeu ordem, asseverando que a prisão preventiva deve ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a

É possível observar nas sociedades uma heterogeneidade de juízos de valor quanto ao juízo ético ou moral, principalmente. Tais juízos têm direta correlação com a maneira que estas sociedades mantêm como ideal de justiça. Porém, a heterogeneidade desaparece quando todos os segmentos são atingidos num só grau ou proporção e é neste momento que se pode observar a importância do Direito como *la pièce de résistance* nesta aliança de classes e interesses. Se imprescindível uma ilustração, toma-se como exemplo quando ocorre um crime bárbaro – e a mídia em sua função precípua de informar, torna o acontecimento acessível a toda à sociedade – e tal crime atinge de sobremaneira os valores comuns da sociedade - que em seu microcosmo desenvolve juízos de valor diferenciados, seja pelo grau de interesse econômico, político, estético, ou seja, pela segurança. Percebe-se uma aliança destes segmentos da sociedade, como se todos não se diferenciasssem de nenhuma forma e em uníssona voz, exigissem justiça.

Em oposição, matança de índios nos rincões do Brasil parece interessar tão-somente à classe mais intelectualizada da sociedade, pois esta questão não carrega o *status* de grande difusão social; o caso Daslu²⁹ certamente passou despercebido por aquele segmento da sociedade representado pelos menos favorecidos economicamente, porém não passaria

instrução criminal ou a aplicação da lei penal. O clamor público, inerente ao repúdio que a sociedade confere à prática criminosa, não é bastante para fazer presente o *periculum libertatis* e justificar a prisão provisória. Esta ementa/acórdão teve como base para concessão, o decreto construtivo na Ação Penal nº 001.09.501158-8 - Maceió/17º Vara Criminal da Capital/AL, cujo Magistrado baseou-se na gravidade genérica dos delitos e na possibilidade dos acusados influenciarem na instrução criminal, sem delinear qualquer argumento concreto expressando extrema paixão no caso *sob iudice*. Para tanto, *Ipsis litteris*: [...] *E que não seja dito que "no ordenamento jurídico brasileiro a regra é a liberdade", sendo a prisão uma "exceção". Exceção maior é o crime, e quanto há fortes indícios de seu cometimento, bem como de sua gravidade, revelando-se elementos que apontam que a liberdade dos agentes que cometeram tais gerará sentimento de impunidade, injustiça e ausência do Estado-Juiz, a prisão deve se tornar a regra. Até porque virou regra, neste Estado, os agentes infratores utilizarem-se do famigerado e superficial aforismo de que a liberdade é a regra e a prisão é a exceção.*" [...] A argumentação abstrata, sem vinculação com os elementos dos autos, revolta de paixão, não é técnica adequada para se fundamentar medida constritiva de liberdade. Grifos nossos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma), **Habeas Corpus nº 151.773 - AL (2009/0210233-7)**. Impetrante: Carlos Augusto de Andrade Jenier e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Paciente: Antônio Rodrigues Filho, Carlos Alberto Rocha e Silva e Jorge Luiz Lemos Palmeira. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Distrito Federal, 14 de junho de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15558742&sReg=200902102337&sData=20110628&sTipo=5&formato=HTML. Acesso em: 13 set. 2011.

²⁹ A operação policial de grande vulto midiático desencadeada em 14 de julho pela Polícia Federal, Receita Federal e o Ministério Público Federal, denominada operação Narciso, teve por objetivo impedir a continuidade do crime de sonegação fiscal da loja Daslu, localizada em São Paulo. Segundo as investigações, iniciadas na Receita Federal, os produtos vendidos na loja eram adquiridos de empresas importadoras que subfaturavam as mercadorias estrangeiras para diminuir a incidência de Imposto de Importação, além do IPI, levando prejuízo na operação de revenda à Daslu. Os crimes verificados são: formação de quadrilha, falsidade material e ideológica, crimes contra a ordem tributária. Foram cumpridos 33 mandados de busca e apreensão e 4 mandados de prisão temporária em São Paulo, Santa Catarina, Espírito Santo e Paraná. Três pessoas foram presas. Fonte: Departamento de Polícia Federal. Disponível em: http://www7.dpf.gov.br/DCS/Resumo_OP_2005.htm#Narciso. Acesso em: 13 out. 2010.

despercebido na semana em que os fatos Daslu se desenrolaram, o aumento da tarifa do ônibus ou do preço do leite para este segmento social.

Outro fator relevante nas sociedades é a questão da “aceitação” ou resignação diante da falta de Justiça, não se tratando aqui do conceito de injustiça, mas sim a ausência total e absurda de Justiça. Toma-se, por exemplo, os feminicídios³⁰ que ocorrem há quase duas décadas em *Ciudad Juarez*, no México, onde centenas de mulheres social e economicamente desprivilegiadas são/foram torturadas e assassinadas e as autoridades mexicanas pouco fazem/fizeram para solucionar este fenômeno social.

O triunfo global do capitalismo³¹ é inegável neste início de milênio em que as classes dominantes desenvolveram um novo império, onde há poucas colônias empresariais e muitas colônias consumidoras. A este fenômeno deram o nome de “globalização”. Portanto, é necessário oferecer parâmetros e condições mínimas para estas colônias consumidoras manterem-se e tais condições se resumem na operacionalização dos direitos sociais. Países “emergentes” são constantemente monitorados em todas as áreas: educação, saúde, segurança, justiça - devendo apresentar bons resultados/avanços estaticamente; caso contrário, não terão a benevolência econômica dos países dominantes.

Estes resultados/avanços apresentados estatisticamente pelos Estados emergentes são baseados nos documentos técnicos e relatórios das agências multilaterais como o Banco Mundial, FMI e a Organização Mundial do Comércio, que ao expor as deficiências em vários setores como a educação, saúde, segurança, justiça, orientam e direcionam os governos aos interesses particulares destas agências de fomento financeiro. *Ad exemplum*, o Poder Judiciário, onde o Banco Mundial busca padronizar concepções de Judiciário e de Justiça,

³⁰ O número elevadíssimo – e absurdo! – de feminicídio em Ciudad Juarez no México desde o início dos anos 90 – não se sabe precisamente, mas presume-se que 464 mulheres/meninas foram assassinadas e 600 estão desaparecidas – ilustra bem a inter-relação da Sociologia com o Direito no que tange à impunidade. Como as autoridades não puniram a maioria dos casos, sequer encontraram culpados pois não se dedicaram à investigação aprofundada, tampouco foram desenvolvidas projetos de prevenção e amparo à violência contra a mulher, os crimes continuaram ocorrendo, levando o México à Corte Interamericana de Direitos Humanos, especificamente quanto a apenas um caso conhecido como “Campo Algodoeiro” em que três mulheres foram assassinadas. MARTINEZ, Fabiola. **Los feminicidios en Juárez, de tipo "sexual sistémico", señalan expertos**. La Jornada, México, ano 2006, 11 out. 2009. Disponível em: <http://www.jornada.unam.mx/2006/11/16/index.php?section=sociedad&article=053n1soc>>. Acesso em: 11 out. 2009.

³¹ O triunfo global do capitalismo é em grande medida atribuível ao desenvolvimento das tecnociências e das ciências da complexidade. Ambas permitiram às classes dominantes uma nova forma de Império Mundial e de colônias regionais e empresariais conhecidos como “neoliberalismo”, como “globalização” e como “neocolonialismo” ou pós-colonialismo. CASANOVA, Pablo Gonzáles. **As novas ciências e as humanidades: da academia à política**. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 201.

utilizando como instrumento publicações e documentos a respeito do Judiciário,³² provocando mudanças, como se vê nas reformas trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

O Estado desenvolve políticas públicas compensatórias desde que não interfira nos fundamentos de suporte do núcleo econômico do liberalismo – o capitalismo. Há uma convivência – nem sempre - pacífica e passiva do projeto de Estado Social com os fundamentos basilares da economia liberal e do capitalismo. De um lado, há o projeto de Estado Social em que o pensamento conservador contrapõe-se ao pensamento crítico e renovador, uma vez que este último busca mudanças nesta sociedade em crise e nunca na história da humanidade se vislumbrou uma real possibilidade de transformação, e as minorias bradam por direitos iguais nesta sociedade ainda desigual. De outro, sob o comando dos “complexos dominantes”,³³ há o capitalismo, reforçando suas teses de poder, capital e propriedade.

As políticas públicas focam a saúde, educação e segurança; de igual forma, nota-se a preocupação no crescimento econômico, na propriedade, no lucro a qualquer custo, desimportando se este custo é o humano. Uma grande parte fica “de fora” deste Estado Social, pois as políticas públicas para garantia de direitos sociais não chegam ou contemplam a todos. Ou seja, vive-se sobre a dualidade: política de inclusão vs. economia de exclusão ou, no limite, de semi-inclusão.³⁴

Historicamente, o Brasil sempre esteve à mercê de forças econômicas dominantes internas e externas hasteando a bandeira socialdemocrata a priorizar direitos sociais, porém age aos moldes do Estado regulador. Com o auxílio da sociedade, alardeia o combate à exclusão social, porém falha nas funções mais basilares do Estado: assegurar o direito à saúde e à educação de qualidade e para todos. A apoteose da eficácia de qualquer Estado, seja de economias estáveis ou ainda “emergentes”, seria conciliar as estruturas de produção capitalista com uma distribuição socialista, efetivando uma real repartição de renda com o foco em minimizar a abissal diferença entre as classes sociais.

Inegável nesta sociedade moderna – ou já contemporânea – a perda de referenciais, abalos nas estruturas do Estado e da sociedade, questionamento de formas e fórmulas. O

³² A subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais como o banco Mundial, FMI e a Organização Mundial do Comércio consiste numa das três importantes inovações institucionais que a receita neoliberal provoca. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário 2010, n. 6, Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 84, 2010.

³³ CASANOVA, Pablo Gonzáles. **As novas ciências e as humanidades: da academia à política**. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 10.

³⁴ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Estado Constitucional, Direitos Fundamentais: limites e possibilidades**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5). p. 26.

Estado Social,³⁵ pós-absolutista, pós-capitalista de produção, busca a valoração do indivíduo, a solidariedade, o tratamento adequado às graves questões sociais, ao garantismo dos direitos e liberdades individuais, como demonstração de um desenvolvimento civilizatório. Atualmente, temas universais como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana são objetos de diversos estudos e reflexões.

John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo apontam para um novo constitucionalismo em países com tradição na *Civil Law*, os quais procuram de forma incisiva garantir e expandir os direitos individuais: direito ao Devido Processo Legal civil e criminal; à igualdade; à liberdade de associação, movimento, expressão e credo; direito à educação, trabalho, assistência à saúde e segurança econômica, como é o caso do Brasil.³⁶

A sociedade exerce um papel fundamental, uma vez que é ela que deve questionar as posições totalitárias, valores impostos e não coadunar com qualquer forma de injustiça social. Os diferentes grupos que formam esta sociedade extremamente complexa devem ter direitos iguais, desprezando características, virtudes ou posições para eleger privilegiados e todos são responsáveis para resolver e/ou minimizar os problemas latentes da modernidade, decorrentes do capitalismo financeiro tardio.

Pablo Gonzáles Casanova afirmou que é preciso redefinir a dialética com as tecnociências e com as ciências da complexidade desde que isso fortaleça o pensar-fazer das relações contraditórias,³⁷ e segue explicando que a combinação da cultura com as tecnociências e com as ciências da complexibilidade dos sistemas auto-regulados, adaptativos e criadores foi a base das megatransformações que se realizaram, com a manipulação de pessoas, grupos, informações e tendências, para a redefinição de relações, estruturas, sistemas e contextos humanos e ecológicos que melhoraram as posições de força, repressão e negociação das classes dos países dominantes e debilitaram a dos dominados e domináveis.³⁸ Esclarece ainda que a política por um mundo alternativo realmente democrático e realmente socialista obriga a repensar o mundo e a história depois dos fracassos colossais da social democracia, do comunismo e da libertação, que se fizeram notórios em fins do século XX e princípios do XXI.

³⁵ Este modelo de Estado surgiu como solução política para as contradições sociais a partir da Segunda Guerra Mundial, servindo como fórmula pacificadora de democracias capitalistas desenvolvidas.

³⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da “civil law”: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 207.

³⁷ CASANOVA, Pablo Gonzáles. **As novas ciências e as humanidades: da academia à política**. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 307.

³⁸ *Ibid.*, p. 305 – 306.

Nota-se que a prioridade das políticas públicas centra-se em saúde, educação e segurança ficando em somenos importância ações relacionadas ao exercício pleno da cidadania, ao respeito como cidadão, aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana. Diversos doutrinadores chamam a atenção para a adequação da norma constitucional com a realidade e necessidade social, sob pena de tornar-se apenas uma carta de boas intenções – ou “carta-compromisso”.

Para tanto, há mecanismos para esta adequação, muito embora a Constituição Federal pátria seja do tipo rígida quanto aos processos de mudanças, encontram na Emenda Constitucional e no processo de revisão, os quais funcionam como mecanismo de atualização da norma. O texto constitucional deve acompanhar o dinamismo social, proveniente de tecnologias a cunhar novos conceitos, mudar paradigmas, pensamentos novos que ganham terreno ante aos conservadores, enfim, redirecionar a interpretação da norma, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade.³⁹

Se necessário fosse listar as lacunas da constituição relacionadas à saúde pública, citam-se o aborto legalizado – evitando mortes e impedindo os procedimentos clandestinos -, a responsabilidade declarada do Estado quanto às doenças decorrentes do tabagismo, uma vez que é o Estado/União que mais usufrui deste comércio no país, através da tributação excessiva e das indústrias de tabaco; do comércio de órgãos humanos,⁴⁰ mesmo *inter vivos* e oriundos de falecimentos.

³⁹ O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas idéias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf. Acesso em: 24 set. 2011. p. 33.

⁴⁰ BARBOSA, Claudia Maria; FREITAS, Cinthia Obladem de Almendra. Comércio de órgãos humanos via internet: proposta para um estudo de casos. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Anais do XVI Congresso Nacional - Belo Horizonte: data: 15, 16, 17 de novembro de 2007 ISBN: 978-85-7840-007-1. p. 1027- 1039. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/cinthia_obladem_de_almeida_freitas.pdf. Acesso em 05 nov. 2011.

Decorrente direta ou indiretamente destes fenômenos, surge um novo tipo de violência, a macrocriminalidade⁴¹ – aqui entendida não de forma transnacional, mas sim no próprio sentido do adjetivo “grande”, “enorme”, seja pelo volume de dinheiro que movimenta, seja pelo número de adeptos/operários, seja pelas vítimas que deixa em seu rastro. As pessoas que gravitam ou dependem desta criminalidade para sobreviver, configuram o verdadeiro Estado “paralelo”, a não reconhecer – ou desconhecer – as instituições e as estruturas hierárquicas ou ostensivas de poder.

O Direito, a lei e o cárcere parecem ser a resposta do poder público para os questionamentos sobre a criminalidade, não como medida profilática, mas como solução imediata para os problemas pelos quais o Estado moderno - no projeto de ser social - precisa. Em sentido contrário, o Direito pode ser a resposta no sentido de auxiliar esta sociedade conflituosa e delinear as estratégias a serem empregadas pelo Estado social. O Direito nesta sociedade é fundamental, uma vez que suas normas regulamentam concretamente as relações entre os indivíduos, impondo condutas obrigatórias que caso não observadas, comportam sanções previamente estabelecidas, cujo fito é a garantia da paz social.

Talvez a resposta esteja no respeito à dignidade do indivíduo que tenta legitimar este Estado social na incessante busca de referência, identidades e valores. Como o Direito protege esta dignidade é assunto premente na atualidade, vez que faz parte da disciplina dos Direitos e Garantias Fundamentais. Quais valores são inerentes a esta dignidade que não podem ser aviltados? Qual é o núcleo desta dignidade? Como o Direito deve não apenas proteger, como também promover a dignidade humana? Quem melhor define esta expressão “dignidade da pessoa humana”: o Direito, a Filosofia ou ainda a Jusfilosofia?

Ainda em termos de reflexão, a sociedade é moldada ao ideal de sociedade almejado pelo poder político-econômico, cuja preocupação primaz centra-se na proteção aos bens jurídicos fundamentais para sustentar e legitimar o poder. As normas penais são imprescindíveis neste processo, uma vez que são elas que vão agir em caráter preventivo e retributivo para manter a esperada ordem social.

⁴¹ “E, é neste contexto que se constitui esta *violência nova*, marcada seja pela insuficiência dos valores hierárquicos e identitários seja pela emergência de *novas formas*, como aquelas desenvolvidas pela macrocriminalidade, aqui entendida como aquela criminalidade que ultrapassa a ação individual, bem como se desvincula de ambientes demarcáveis geograficamente, tornando-se, ela também, global, constituindo-se como uma economia que se dilui no próprio contexto das práticas financeiras globais e, com isso, forjando-se como um elemento significativo da própria sustentabilidade da atividade econômica.” BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Estado, função social e (os obstáculos da) violência. Ou: do mal estar na civilização à síndrome do medo na barbárie. **Política Criminal, Estado e Democracia: Homenagem aos 40 anos do curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v., p. 69-80.

Sedimentar um Estado de direitos com plenitude democrática e participação cidadã é o ideal desta sociedade, o que só se alcançará com reconhecimento e efetivação de direitos, com o fortalecimento das estruturas políticas e administrativas e com o alinhamento do poder público com o Direito, especialmente o Constitucional; aliás, o fomento de recursos financeiros para efetivar direitos é função do poder público, o qual não pode ancorar-se unicamente no aumento da tributação.

1.2 Direitos e Garantias e a atual Constituição Federal

Os Direitos Fundamentais no Brasil encontram-se elencados no Título II, artigo 5º e incisos da Carta Magna pátria, *ad exemplum*, os direitos constitucionais individuais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, garantindo-se a inviolabilidade destes e ainda princípios como do controle pelo Judiciário a legalidade; no campo processual cível e penal e administrativo, acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita art. 5º, incisos XXXV e LXXIV; intimidade e privacidade art. 5º, inciso X, juiz natural art. 5º, XXXVII – além dos direitos sociais que, como lei maior que é, deve traçar parâmetros para que o legislador infraconstitucional não saia da linha definida pela Carta Magna.

Em relação a princípios, adverte Lenio Luiz Streck no sentido de que os princípios gerais do Direito nunca tiveram conceito definido. Doutrinadores afirmam que os princípios correspondem a normas de Direito Natural, verdades jurídicas universais e imutáveis, inspiradas no sentido de equidade. Lenio Luiz Streck entende que com o advento do constitucionalismo principiológico, não há mais que falar em princípios gerais do Direito, pela simples razão de que foram introduzidos no Direito como um “critério positivista de fechamento do sistema” visando assim preservar a pureza e a integridade do mundo de regras.⁴² O princípio é a enunciação do que está enunciado. A diferença entre regra e princípio é que a primeira está contida na segunda.⁴³

Em resumo, listam-se os Direitos Fundamentais dispostos na Constituição Brasileira tangentes aos direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, *v.g.*: liberdade, garantias, livre expressão do pensamento, defesa, proteção contra abuso de poder,

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109.

⁴³ *Ibid.*, p. 114.

saúde, educação, lazer, moradia, direito de greve, associação sindical, nacionalidade, idioma, partidos políticos, soberania, ou seja, em sua essência consagram o respeito e à proteção a uma dignidade que não deve ser uma mera presunção, mas sim, efetiva.

Tais diretos guardam ainda características próprias e essenciais como a historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, universalidade, concorrência, efetividade, interdependência, complementaridade e em específicos casos, a relatividade, uma vez que não se pode afirmar que tais são absolutos, pois como sabido, em nome do “interesse público”, ocorre a relativização. Ilustrando, o direito à propriedade é relativizado em nome da função social; o direito à privacidade e intimidade é relativizado em decorrência de investigação criminal.

Lenio Luiz Streck afirma que:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais - sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade. Por isso, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-compromissário-valorativo-princípioológico.⁴⁴

Estes Direitos Fundamentais descritos na Constituição Federal do Brasil encontram óbices à operacionalização em todas as vertentes em que o Estado detém o monopólio e a prerrogativa de concretizá-los. Um destes óbices é a burocratização dos procedimentos, pois a lógica simplista de que se o cidadão faz a sua parte contribuindo, por óbvio deveria receber contraprestação; porém isto não acontece, sob a escusa de que há mais carentes/necessitados do que contribuintes; então, a diferença abissal entre as classes econômicas⁴⁵ evidencia-se a

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais - Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - nº 2 -**, maio/ago. 2003. p. 261. Disponível em: www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280. Acesso em: 04 mai. 2011.

⁴⁵ Paulo Bonavides faz a seguinte observação: “Não passa, por conseguinte, o exame das instituições políticas de uma sociedade subdesenvolvida ou em desenvolvimento ou que apresenta interiormente distintos graus de desenvolvimento em sua composição sem uma referência essencial à complexidade do problema político com os problemas econômicos, ambos conduzidos por agentes ou fatores que nem sempre consentem estabelecer com clareza e transparência aquela linha de separação em que se veja com nitidez a autonomia dos primeiros em face dos segundos e vice-versa.” BONAVIDES, Paulo. **O Poder Judiciário e o parágrafo 1º**

cada vez que alguma política pública tenta ser implementada. Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho tece as seguintes considerações:

“*Law is politics*”, “*Law is economics*”... Poder-ser-ia dizer também que os direitos fundamentais – pelo menos na categoria dos direitos económicos, sociais e culturais – não são verdadeiros direitos, mas apenas, política ou economia. A consagração acoplada de *direitos sociais* e de *políticas públicas sociais* – como acontece na Constituição portuguesa e na Constituição brasileira – pode originar sérias dificuldades no plano normativo-concretizador.⁴⁶

Neste pantanoso tema de efetividade de Direitos Fundamentais,⁴⁷ quando tais direitos são aviltados, há “remédios” – *writs* – Garantias Constitucionais para restabelecer/declarar de pronto o direito aviltado: o magnífico *Habeas Corpus*, o Mandado de Segurança e de Injunção e o *Habeas Data*. Assim, óbice à liberdade de ir e vir, proteção a direito líquido e certo, ao direito concreto de norma reguladora e direito à informação são impetrados em caráter excepcional e em sua grande maioria, de forma individual quando perpetrados por autoridades públicas.

Muito embora seja incontestado a premissa constitucional da separação dos três poderes, porém esta não afasta, tampouco retira do Poder Judiciário o controle jurisdicional sobre as questões administrativas e até mesmo a reapreciação de seus atos. Este controle deve limitar-se a questões de legalidade, a questões de erros causadores de prejuízos, devendo tal controle preservar direitos individuais, subjetivos e próprios, daquele que pede a correção judicial.

da Constituição do Brasil. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 1, n. 2, p. 196, 1998. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25710>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim G. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 130.

⁴⁷ *Ad exemplum*, a princípio, os direitos e garantias dispostos na Constituição Argentina em nada diferem da Constituição Brasileira – salvo no tocante ao apoio à religião católica; as bases democráticas são visíveis e volta-se o olhar para a operacionalização destes direitos. Recentemente, a Corte Suprema Argentina declarou a inconstitucionalidade da “ley espía” – Ley nº 25.873 - de 2003 que obrigava, em caráter geral, as empresas a captarem as comunicações telefônicas e de internet e ainda a guardá-las por dez anos(!) para possível requisição. Naquele caráter geral, qualquer comunicação telefônica estaria disponível para acesso nos dez anos sob o controle absoluto do governo de ocasião! Após a declaração de inconstitucionalidade, as interceptações telefônicas passaram a ser autorizadas somente com autorização judicial e para fins penais, aos moldes de como dispõe a lei brasileira de interceptação – Lei nº.9.296/96 Observa-se, neste exemplo, que embora em seu nascedouro a lei pudesse ser muito bem intencionada, estava atingindo de sobremaneira a intimidade e a privacidade dos cidadãos, que ficavam à mercê de um possível interesse escuso na requisição. Mais recentemente, ainda com as feridas abertas decorrente dos regimes militares – 1976 a 1983 - pela qual o país passou, e sob o manto de apoio às entidades de Direitos Humanos, a justiça determinou que duas pessoas fornecessem material genético para a realização de exame de DNA com o objetivo de determinar ou não a filiação de desaparecidos políticos –ressalta-se que estas pessoas são filhos adotivos da dona de um dos maiores jornais do país e igualmente, um dos maiores críticos ao governo atual. Especificamente a este caso, foi aprovado um projeto de lei do governo da presidente Cristina Kirchner, que versa sobre a Justiça determinar a recuperação de amostras biológicas para fins de identificação de filhos de desaparecidos políticos. A questão neste caso reside em que o direito individual de dois cidadãos foi suplantado por uma decisão judicial ao determinar o fornecimento de material genético.

Citam-se, também, como mecanismos protetores de Direitos Fundamentais, a ação popular e ação civil pública.

Nesta linha de argumentação, vislumbra-se a importância do Judiciário, dado que será este que dará a palavra final sobre questões que não lhe são próprias, originalmente, como administrativas e políticas. Enfim, é o Judiciário que garantirá os princípios da Democracia? Não olvidar que, no sistema brasileiro, um juiz – numa mescla de exercício constitucional de sua competência e forma de interpretação jurídica, bem como conceitos da dogmática jurídica - pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei, racionalizando sua apreciação.

Neste sentido, John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo asseveram que:

É claro que o novo constitucionalismo envolve uma grande transferência de poder e prestígio para os juízes. Não estamos nos referindo aqui aos juízes da justiça ordinária (embora os juízes ordinários também tenham recebido parte deste poder), mas esta distinção refinada perdeu boa parte de sua importância. Para o cidadão comum, e para um crescente número de cidadãos comuns, as decisões das cortes constitucionais são o resultado do trabalho de juízes que têm o poder de declarar a legislação nula. Há apenas uma nostalgia limitada e cada vez mais decrescente em favor da supremacia do legislativo, pela separação dos poderes, e por um papel restritivo quanto ao papel dos juízes no processo legal. As decisões constitucionais com frequência são glamorosas, atraindo a atenção do público e da mídia, de uma forma que as decisões da justiça ordinária raramente provocam. De fato, a tradição em relação aos juízes da justiça ordinária é a de evitar exposição, e de agir como funcionários anônimos que aplicam a vontade legislativa de forma obediente.⁴⁸

No ideal democrático, onde as minorias têm vez, os *writs* impetrados ou qualquer outra ação que leve à apreciação do Judiciário um caso em particular de direito aviltado, não - observado ou ainda um pedido de reconhecimento de direito,⁴⁹ ganha força e parece ser mais um mecanismo democrático excepcional do que – o que deveria ser – um exercício genuíno da Democracia.

As garantias, segundo Paulo Bonavides, são concebidas para manter a eficácia e permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes sendo em geral a reforma da Constituição, um poderoso mecanismo de segurança e conservação do Estado de Direito, como também o estado de sítio e de outros remédios excepcionais, os quais se prestam, em ocasiões de crise e instabilidade, para manter de pé as bases do regime e o sistema das instituições. Ademais, trata de estabelecer uma proteção direta e imediata aos

⁴⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da “civil law”: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina.** Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 208.

⁴⁹ Caso de pleito ao Judiciário que determine que o Sistema Único de Saúde proceda à cirurgia de mudança de sexo; ou que garanta a disponibilidade de determinado medicamento caro a um específico paciente.

Direitos Fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem Constitucional e ainda, nesta última, em geral é entendida, como garantia prática do direito subjetivo, que “circunda toda vez que a uma cláusula declaratória do direito corresponde à respectiva cláusula assecuratória”, como também com o próprio instrumento - remédio processual - que faz a eficácia, a segurança e a proteção do direito violado”.⁵⁰

1.3 Direito ao Devido Processo Legal como supedâneo de um Estado Democrático de Direitos

O Direito Penal ao normatizar condutas incompatíveis com o bem-estar da sociedade, por si só já exerce uma função. Em alegação mais elementar, uma conduta dita “incompatível” só se torna antijurídica após uma reflexão da sociedade quanto ao nível de reprovabilidade de tal; assim, o Direito Penal exercendo sua função precípua, normatiza, impõe sanções em consonância com a aludida reprovabilidade desta sociedade.

Sabido é que a finalidade do Direito Penal é a proteção em caráter preventivo dos bens jurídicos, bens estes determinados por uma determinada sociedade, além de outros objetos, como retribuir a conduta lesiva, reorganizar a sociedade, restabelecer a confiança nas instituições e organizações do que propriamente nas normas. Não se vislumbra uma sociedade sem um ordenamento jurídico no mínimo tácito, pactuado por todos os indivíduos.

Jakobs ora refere se à “prevenção geral em sentido não intimidatório”,⁵¹ ora esta mesma prevenção geral é no sentido “de preservação ou manutenção da confiança na correção de uma norma”.

Darci Guimarães Ribeiro assevera que quando um Estado hierarquiza os interesses das pessoas em sociedade através de normas jurídicas, ele espera sinceramente que esta hierarquia seja por todos respeitada e para garantir este respeito às normas, a técnica utilizada para este controle social é a sanção. Dentro desta perspectiva, a mesma pode ser entendida como mecanismo criado pelo ordenamento jurídico para assegurar eficácia prática a um preceito normativo, repressivo ou premial,⁵² que no caso deste estudo, o preceito normativo repressivo

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 533.

⁵¹ CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. **Um Novo Sistema do Direito Penal – Considerações Sobre a Teoria de Jakobs**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 2.

⁵² RIBEIRO, Darci Guimarães. Contribuição ao estudo das sanções desde a perspectiva do Estado Democrático de Direito. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário 2004, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: São Leopoldo, p. 187-200, 2005. p. 191.

é que será palco de debate. As sanções repressivas, segundo o autor, também chamadas de negativas, punitivas, entre outras denominações, são os meios objetivos empregados pelo ordenamento jurídico para inferir subjetivamente na vontade das pessoas desencorajando-as a praticarem atos antijurídicos.⁵³

Qualquer indivíduo na sociedade com um mínimo de conhecimento ou informação está ciente de que se praticar uma conduta reprovável e antijurídica estará sujeito a penalidades disciplinadas anteriormente na norma. Neste raciocínio simplista, isto é a prevenção geral positiva tangente à “preservação ou manutenção da confiança na correção de uma norma”. A prevenção geral “em sentido não intimidatório, mas como exercício na fidelidade do Direito” não encontra espaço ou vez na premissa de que toda norma é intimidatória. Difere do conselho e do alerta – “não pegue chuva, pois vai ficar resfriado”; “cuidado, não pise na grama” - , dado que embora estes tenham a conotação de prevenção, não se pode afirmar que haja confiança em tais, ao contrário, repousam em tão-somente em sua função, enquanto que a norma é revestida de confiabilidade.

Para Jakobs, a pena visa assegurar aos membros da sociedade que haverá retribuição em caso de uma norma ser infringida. Quanto à aplicação da pena em caso da violação da norma – nos ditames da moderna concepção desta, de que não é vingança ou sanção, mas sim, retribuição a uma conduta juridicamente reprovável -, a aplicação da pena funciona como segurança à sociedade de que a norma será sempre respeitada incondicionalmente. As críticas a Jakobs leciona que a função do Direito Penal é apenas “a confirmação da confiança nas normas”⁵⁴ e que a pena não busca a intimidação. Porém, se assim fosse, estaríamos no campo da expectativa, de uma frágil presunção de que o indivíduo não infringirá a norma, pois ele tem confiança na mesma.

Sancinetti ao fazer um estudo mais aprofundado sobre Jakobs⁵⁵ demonstra uma “orientação geral”⁵⁶ na posição de um finalismo e a compreensão subjetivista da teoria das normas. Para Sancinetti, há oculta uma veia finalista e subjetivista antepondo-se ao funcional e objetivista de Jakobs. Manuel Cancio meliá, Enrique Peñaranda Ramos e Carlos Suárez

⁵³ Ibid., p.195.

⁵⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. **Um Novo Sistema do Direito Penal – Considerações Sobre a Teoria de Jakobs**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 3.

⁵⁵ Os autores da obra Um Novo Sistema do Direito Penal – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs trazem à discussão as ideias de outro doutrinador - Sancinetti – o qual consideram ser o “estudo monográfico mais amplo dedicado à obra de Jakobs. Ibid., p. 53.

⁵⁶ Ibid., p. 54.

González afirmam que a teoria de Sancinetti é duvidosa e reafirmam que a construção dogmática de Jakobs contém elementos claramente objetivos.⁵⁷

Concluem tais autores que Jakobs desiste da tentativa justamente porque afasta-se da noção do imprevisível e fortuito na teoria da imputação objetiva dos delitos e do mérito. Referem-se às ideias de culpabilidade e prevenção de Jakobs, onde o núcleo da culpabilidade é determinado pelo fim, com responsabilidades divididas entre sistemas e subsistemas. A essência da teoria de Jakobs é a “necessidade de estabilização da confiança na norma, possibilidade de processamento do conflito”,⁵⁸ ocorre que o entendimento de culpabilidade supera esta essência quando se agrega ao debate as excludentes de ilicitude e também a relativa compreensão da conduta delitiva pelo indivíduo. Afinal, o que é um delito excusável?⁵⁹ Àquele que infringe a lei penal, desprezando as condições anormais está sujeito ao reconhecimento de sua culpabilidade e imposição de pena.

Imagina-se uma sociedade em que suas normas penais trouxessem em para cada delito formalmente tipificado, um rol exemplificativo e inesgotável de excludentes?⁶⁰ O sentido/finalidade destas normas pereceria. A culpabilidade é o limite da pena dentro da teoria geral da culpabilidade, onde o indivíduo poderia agir de outra forma e não cometer um delito; aí estaria a demonstração que o indivíduo correspondeu à expectativa da norma não violando-a.

Lembram os autores que Jakobs relaciona o princípio da culpabilidade com o da igualdade, haja vista que a noção de culpabilidade está diretamente atada com a não-afetação das normas vigentes. Assim, em situação de desigualdade por condição psíquica ou por outras

⁵⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. **Um Novo Sistema do Direito Penal – Considerações Sobre a Teoria de Jakobs**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 57 - 59.

⁵⁸ Ibid., p. 65.

⁵⁹ É excusável – em seu âmago – o delito praticado pelo informante infiltrado – Lei nº 9.034/1995? É excusável o delito de homicídio praticado por um ex-integrante da FARC (Forças Armadas Revolucionárias Colombiana) que assassinou seu comandante, decepou-lhe a cabeça para exibir como prova, com o objetivo de receber a recompensa pela captura oferecida pelo Estado?

⁶⁰ *Ad exemplum*, o delito de homicídio em sua descrição típica, trouxesse especificamente por excludente, que estaria isento e culpa – e pena, por consequência – àquele que o tivesse praticado sob o domínio de substâncias legais prescritas por médico habilitado para o tratamento de diversas patologias psiquiátricas como a síndrome do pânico ou de abstinência, ou sob um surto relacionado à esquizofrenia, ou mulheres com depressão pós-parto ou TPM, ou sob violenta emoção por óbito de parente próximo, ou transtorno de dupla personalidade, ou por atraso/deficiência na maturidade cognitiva, ou por relevante motivo social ou segurança – como o caso do ex-guerrilheiro -, ou por justiça de mão própria na alegada “olho por olho, dente por dente”, ou por ser um indivíduo que contribuiu com nobres serviços à sociedade ou à humanidade – ter descoberto, por exemplo, a cura definitiva para o lúpus ou a AIDS -, ou ainda pelos seus raríssimos genes que auxiliariam em pesquisas e tratamentos de doenças.

condições especiais que a norma formalmente reconhece não se exigiria do indivíduo a observância da norma.⁶¹

A preocupação centra-se na perda da eficácia do Direito Penal: uma vez minimizado o princípio punitivo que este traz em seu bojo, relativizaria a atividade estatal de retribuição àquela ação descrita na norma. A conduta típica, sendo contrária à norma, violenta à sociedade, pois como sabido, não é esta conduta que a sociedade espera, ou seja, a expectativa desta sociedade é desprezada. A imputação relaciona-se num primeiro momento, com a conduta típica descrita no ordenamento jurídico-penal e o resultado⁶² desta conduta depende de variáveis alheias ao desejado pelo autor.

Não se deve considerar que a conduta ou a especial situação da vítima contribua para a tipicidade, isto é resultado,⁶³ não tipicidade, pois esta relaciona-se tão-somente à ação do agente que produziu uma conduta descrita como típica. Não há que se falar em “teoria da participação da vítima na imputação objetiva”.⁶⁴

A discussão acalora-se quando traz à baila a questão da tentativa, uma vez que esta relaciona-se, inegavelmente, ao resultado. Em que pese opiniões contrárias, este ora autor concebe que a tentativa deveria ser o fenômeno possível e pretendido pelo agente descrito no fato típico. Se esta tentativa não produziu o resultado esperado, o intento já deveria configurar a ação típica.⁶⁵ O resultado desta ação, como já afirmado nesta reflexão, depende de variáveis

⁶¹ CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. **Um Novo Sistema do Direito Penal – Considerações Sobre a Teoria de Jakobs**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 61 – 63.

⁶² Ilustrando, o caso de dois sujeitos em que após uma violenta discussão, um deles desferiu uma facada no outro, especificamente no lado esquerdo do tórax, onde esperava-se alojar-se o coração; porém por má formação congênita, o sujeito ferido tinha o coração localizado mais para o lado direito do tórax; escapou, portanto, da morte certa para um ferimento tratável e obviamente, não letal. Mas, qual era a intenção do agente não sabedouro da especial situação de seu opositor? Matar, obviamente!

⁶³ Lembramos o roteiro do filme – Acusados – de 1988 com Judie Foster: na história há a discussão se o comportamento da personagem levou os autores ao cometimento do delito de estupro. Ora, a norma rechaça tal conduta e não deveria ocorrer no mundo dos fatos, se os autores praticaram a conduta típica, violaram a norma, desprezaram a expectativa da sociedade. Na concepção de Jakobs, como afirmam os autores, tratam-se de condições ideais, “casos em que o sujeito deve-se adaptar-se ao contexto concreto para evitar que seu comportamento seja típico (esse é o caso do risco permitido e do princípio da confiança) [...]” Acusados. Título original: *The Accused*; lançamento: 14 de outubro de 1988 (EUA e Canadá); direção: Jonathan Kaplan; atores: Jodie Foster, Kelly McGillis, Bernie Coulson, Leo Rossi. Disponível em: <http://www.adorocinema.com/filmes/acusados/>. Acesso em: 10 set. 2010.

⁶⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. **Um Novo Sistema do Direito Penal – Considerações Sobre a Teoria de Jakobs**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Editora Manole, 2003. p. 85-94.

⁶⁵ Toma-se, por exemplo, o delito tipificado no ordenamento penal pátrio: art. 121, *caput*. “Matar alguém:” [...], claro está o finalismo no verbo “matar”, qual seja, o evento morte, em não ocorrendo, há somente a tentativa, segundo o entendimento. Porém, considerando exclusivamente a essência da teoria da imputação objetiva, na intenção em matar, já estaria configurado o delito; assim, o texto legal seria: “Promover ou não ação que possa levar ao evento morte, independente do resultado”.

alheias à vontade do agente. A concretização do injusto é *la pièce de résistance* da culpabilidade e o injusto é a declaração que uma determinada sociedade assim considera.

Na concepção de que a pena não é reparadora – pois uma vez assassinado, morto está e permanecerá -, mas uma retribuição da sociedade ao indivíduo que a lesou, a pena adquire outra roupagem se evidenciada a concepção do restabelecimento dessa lesão. Assim, uma vez não aplicada - por qualquer razão – a pena, fica o ressentimento nesta sociedade de que a ordem jurídica foi abalada, daí decorre a noção da impunidade, chaga hemorrágica da sociedade moderna. Percebe-se que a pena aplicada eficazmente ou não, traduz-se em paz social, em uma aparente reorganização e restabelecimento da sociedade embasada não na aplicação da pena em si, mas “na confiança nas instituições sociais”.⁶⁶

Quando uma norma é infringida, toda a sociedade é atingida e a pena pode exercer uma função “reparadora”⁶⁷ se condicionada à função de “restabelecedora”⁶⁸ da ordem social. Parece que a pena concebida como retributiva ou reparadora ou ainda intimidatória e mesmo reunindo estas três concepções, não se configura, todavia, um conceito acabado: a essência da pena, desprezando sua função, continua incompleta! Sabido é que a aplicação da pena importa em complexas variáveis a serem analisadas pelo magistrado; nessa linha de argumentação, a teoria pura da aplicação da pena, em paralelo com a “teoria da prevenção geral positiva”⁶⁹, dado ao formalismo e ao positivismo, revelam-se abstratas demais para a aplicação nos casos concretos.⁷⁰

A função punitiva do Estado é inafastável e indelegável em qualquer sociedade moderna, uma vez que ela atende a repercussão do dano que a conduta reprovável normatizada ou o delito causou na sociedade e espera-se que o Estado exerça sua função. Concebe-se que o dano decorrente do delito atinge primeiramente a sociedade e após, aquele que conceitualmente é a vítima. Se os indivíduos de uma sociedade pactuam e assinam

⁶⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. **Um Novo Sistema do Direito Penal – Considerações Sobre a Teoria de Jakobs**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Editora Manole, 2003. p. 16.

⁶⁷ Ibid., p. 17.

⁶⁸ Ibid., p. 17.

⁶⁹ Ibid., p. 19.

⁷⁰ A título ilustrativo, comenta-se sobre o divulgado caso do brasileiro preso por tráfico de entorpecentes na Indonésia, onde aguarda a aplicação da pena, qual seja, a pena capital. É certo, pois, que tanto o Brasil como aquele país repudiam a conduta delitativa do tráfico, em ambos tipificados. Na pena prevista é que reside a abissal diferença. Considerando a teoria pura da pena e a “teoria da prevenção geral positiva”, estas revelam-se inócuas: a primeira porque sua aplicação não pode estar dissociada das variáveis que devem ser consideradas no cômputo da pena; a segunda porque como preventiva falhou absurdamente. Teorias puras ou absolutas sobre pena permanecem num nível de abstração excessivo se independente do contexto social, pois uma determinada sociedade dará maior ou menor valor à conduta reprovável normatizada. Se assim fosse, teríamos que considerar a noção de justiça absoluta. Oportuna a leitura: Brasil deve pedir substituição de pena para brasileiros condenados por tráfico na Indonésia. Folha Online – Cotidiano. 19 abr. 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u722866.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2010.

tacitamente um contrato social, um contrato jurídico-social (!), todos sujeitam-se igualmente as mesmas normas.

Cada delito constante no Código Penal traz em seu bojo elementos subjetivos e objetivos e ainda valoração do dano através do *quantum* abstrato da pena. Há que se distinguir entre as normas que visam à proteção e manutenção da paz social e àquelas em que visam proteger bens jurídicos aqui denominados “individuais”. Urge repensar o que são bens jurídicos, “individuais” ou “coletivos”. Tal dicotomia não merece prosperar, haja vista que como afirmado, o dano decorrente do delito atinge primeiramente a sociedade e após, aquele que conceitualmente é denominado “vítima”.

Na premissa de que a finalidade do Direito Penal é a proteção em caráter preventivo dos bens jurídicos, finalidade esta anterior em nível hierárquico com relação a outros possíveis objetivos, como retribuir a conduta lesiva, reorganizar a sociedade, restabelecer a confiança. A Teoria do Direito importa à demonstração da ordem sistêmica das normas e princípios jurídicos, inclusive aplicação da pena, envolvendo todas as variáveis, sendo imprescindível a análise da reprovabilidade da conduta delitiva para uma determinada sociedade.

Neste sentido, há uma crise da positividade do Direito Penal que cada vez mais afasta o modelo estatal do *standart* do Estado Democrático de Direito, levando em direção a um Estado arbitrário.⁷¹

O poder público utiliza o argumento do interesse público para justificar medidas que beiram ao abuso. Esta estratégia não é nova, sempre foi utilizada na história da humanidade, haja vista a justificção do Estado Nazista com sua barbárie e recentemente Guantánamo – justifica-se? Por amor à argumentação complementa-se: em nome da “segurança nacional”, a sociedade do país da liberdade e das garantias individuais máxime – Estados Unidos - anuiu relativizar seus Direitos Fundamentais, *vide Act Patriot*.⁷² No manifesto velado do Estado lançado à sociedade há a presumível caracterização de segurança e combate à corrupção.⁷³

⁷¹ COPETTI, André. **Direito penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 71.

⁷² *Usa Patriot Act* ou *Act Patriot*: norma que dispunha de várias medidas para intensificar a segurança da população nos EUA após o 11 de setembro de 2001, aprovado pelo presidente à época, George W. Bush. Lei promulgada em 26 de outubro de 2001. *Financial Network Crimes Enforcement*. Disponível em: [http://www.fincen.gov/statutes_re gs/patriot/index.html](http://www.fincen.gov/statutes_regs/patriot/index.html). Acesso em 04 nov. 2011.

⁷³ Dia 09 de dezembro de 2009, foi apresentado um projeto de lei que pretende classificar o delito de corrupção ativa e passiva em crime hediondo. Oportuna a leitura: Pena maior à corrupção. Projeto prevê até 16 anos de prisão para dirigentes condenados por esse tipo de crime. Flávia Foreque. O governo federal encaminhou projeto de lei ao Congresso Nacional que aumenta a punição para agentes públicos condenados por crime de corrupção. O presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou ontem, Dia Internacional de Combate à Corrupção, proposta que tipifica a prática, quando realizada por integrantes do primeiro escalão, como hedionda, assim como hoje são

As rápidas mudanças e transformações sociais,⁷⁴ segundo André Luís Callegari, decorrentes de uma sociedade que busca cada vez mais a tecnologia e as facilidades que dela decorrem, também deixaram um vazio no que diz respeito aos limites de determinadas condutas. O surgimento de novos delitos e condutas a partir de novas tecnologias, por exemplo, a informática, fez modificar o conceito de sociedade de risco,⁷⁵ em face do desenvolvimento tecnológico.

As transformações sofridas pela criminalidade fez também transformar a política criminal e a sua tendência atual é a aplicação de um Direito Penal preventivo, em resposta à crise vivenciada na utilização da pena, assevera André Luís Callegari, criticando a falta de aplicação de outros mecanismos de controle social válidos, ou ao menos igualmente eficazes, pois segue-se com a antiga política ultrapassada de criminalizar cada vez mais condutas, aumentar as penas das já existentes. A pena de prisão surge como solução aos problemas sociais, porém ineficaz na teoria e na prática.⁷⁶

A atual tendência preventiva na aplicação do Direito Penal levou a flexibilização dos pressupostos clássicos de imputação objetivos e subjetivos, assim como de princípios

qualificados os crimes de estupro e de extorsão mediante sequestro. “Se nós não aumentarmos a punição para essa gente, vamos continuar enchendo as cadeias de pobres e vamos continuar vendo a corrupção correr solta”, afirmou Lula. “Às vezes, o corrupto é o cara que tem a cara de anjo, é aquele cara que mais fala contra a corrupção, é aquele cara que mais denuncia, porque acha que não vai ser pego”, completou. O projeto abrange crimes de corrupção passiva e ativa, concussão (quando o agente público se aproveita de posição para obter vantagens) e peculato. Quando praticados por agente público comum, a pena prevista pela nova proposta é de quatro a 12 anos de prisão. Hoje, a pena mínima para crimes contra a administração pública é de dois anos. Para autoridades com poder de decisão, a punição se torna ainda maior. Caso condenados por corrupção, parlamentares, governadores, prefeitos, magistrados e o próprio presidente podem pegar de oito a 16 anos de reclusão. “Pode ser que não resolva, mas se o Congresso aprovar, pelo menos a gente começa a passar para a sociedade que não existe impunidade”, disse Lula. “Isso está muito forte na cabeça das pessoas”, concluiu. Se condenadas por corrupção, autoridades do primeiro escalão não terão direito a fiança. A prisão temporária passa a ser de 30 dias, renovável por mais um mês. Hoje, o período varia de 5 a 10 dias. Por ser qualificado no projeto como crime hediondo, o condenado por corrupção pode ter direito à liberdade condicional após cumprir 2/3 da pena em regime fechado — em casos de crime comum, a exigência é de 1/3 da pena total. FOREQUE, FLÁVIA. Pena maior à corrupção. *Resenha on-line*, 10 dez. 2009. Disponível em <http://www.exercito.gov.br/resenha/>. Acesso em: 10 dez. 2009.

⁷⁴ A transformação social advinda do desenvolvimento tecnológico transformou também a criminalidade, porém não transformou, ou melhor, não atualizou as ferramentas penais, as quais se mostraram incapazes de fazer frente aos novos delitos decorrentes destas transformações. CALLEGARI, André Luís. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário 2007, n. 4, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 203-222, 2008. p. 204.

⁷⁵ Para André Luis Callegari é fácil perceber a Sociedade de Risco – expressão criada por Beck – como aquela em que os constantes avanços tecnológicos, científicos e econômicos propiciam um crescimento do conforto e do bem-estar individual da vida humana, porém trazem aspectos negativos, como o incremento dos riscos a que estamos submetidos, o que acarreta uma demanda por segurança. CALLEGARI, André Luís. Sociedade de Risco e Direito Penal. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário 2010, n. 7, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 25-46, 2010. p. 27.

⁷⁶ CALLEGARI, André Luís. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário 2007, n. 4, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 203-222, 2008. p. 205.

garantistas próprios do Estado Democrático de Direitos. Esta nova tendência próxima ao discurso de lei e ordem, encontrou como solução o recrudescimento da criminalização no sistema penal, com a criação de novas Leis penais⁷⁷ sob a influência de uma legislação de exceção, muito identificada com o Direito Penal do inimigo, para determinados casos.⁷⁸

O recrudescimento da criminalização adverte André Luís Callegari, fez com que a política criminal validasse tipos penais abertos, como é o caso do conceito de “organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” delineado no artigo 1º da Lei nº 9.034/95, esta opção por definições abertas, com traços próximos ao do crime habitual ou da formação de quadrilha, impondo na doutrina e na legislação um modelo de transferência da responsabilidade de um coletivo a cada um dos membros da organização, afastando-se dos critérios dogmáticos de imputação individual de responsabilidade que vigem normalmente para o Direito Penal.⁷⁹

Esta legislação de exceção, adotada pela política criminal, muito identificada com o Direito Penal do Inimigo, transforma meros indícios em elementos definidores da figura delitiva, assemelhando-se aos delitos de suspeita, tendência atualmente identificada nas investigações referentes a crimes financeiros, lavagem de dinheiro, onde cada vez mais se utiliza fatores indiciários para incriminar sujeitos,⁸⁰ principalmente para a decretação de medidas cautelares em busca de provas, como é o caso da interceptação telefônica e a lei do crime organizado.

A aplicação de um Direito Penal simbólico, sancionador e preventivo, utilizando-se o punitivismo como resposta ao aumento da insegurança e corrupção, proporcionada pela criminalidade crescente, fez surgir uma legislação voltada para o Direito Penal de autor, em oposição à legislação vigente voltada ao Direito Penal do fato. A primeira, punindo o sujeito pelo que ele é observando sua periculosidade; a segunda, punindo o sujeito pelo que ele fez,

⁷⁷ Para André Copetti essa maximização operacional do sistema penal se revela, num primeiro momento, no aumento da edição de normas penais, fato que tem algumas consequências imediatas. A grande quantidade de leis penais não tem passado por um filtro constitucional, havendo, a partir disto, uma violação dos conteúdos principiológicos existentes em nossa Constituição, afrontando-se, com isso, os direitos fundamentais de primeira geração, seja por seus conteúdos processuais inquisitivos, seja por criminalizar uma série infindável de condutas, gerando uma situação de incerteza para os cidadãos e invertendo a função originariamente cunhada para tipos penais, que ao invés de servirem como garantia aos membros da sociedade civil contra a atuação arbitrária do Estado, possibilitam, contrariamente, uma atuação estatal penal desmensurada e não raras vezes ilegal. COPETTI, André. **Direito penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 73.

⁷⁸ CALLEGARI, André Luís. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário 2007, n. 4, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 203-222, 2008. p. 206.

⁷⁹ CALLEGARI, André Luís. A expansão do Direito Penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário 2008, n. 5, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 239-252, 2009. p. 246.

⁸⁰ Ibid., p. 247.

vislumbrando a sua culpabilidade. Ilustrando, a inserção do Direito Penal de autor no ordenamento jurídico pátrio, a elaboração e aplicação da Lei nº 10.792/2003 que alterou a Lei nº 7.210/1984 - Lei de Execução Penal - inserindo no seu contexto o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), motivada pela organização de facções criminosas. Menciona-se também o tratamento diferenciado dado aos crimes investigados com base na Lei nº 9.034/95 e Lei nº 9.296/96, onde se nota um rigor maior na aplicação de medidas cautelares e preventivas.

Manuel Cancio Meliá afirma que da a relação fraternal do punitivismo e o Direito Penal Simbólico fez surgir o Direito Penal do Inimigo,⁸¹ onde as normas que em princípio poderiam ser catalogadas de ‘meramente simbólicas’, passaram a ensejar um processo penal ‘real’.⁸² O Direito Penal simbólico identifica um determinado fato, como também um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro e para tanto, parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada.⁸³

Atualmente, o debate gravita sobre o Direito Penal do Inimigo⁸⁴ onde “inimigo”⁸⁵ é aquele que naquele dado momento histórico e social é declarado como tal, então sua pena é exacerbada, prioriza-se o punitivismo, seus Direitos Fundamentais são ceifados, lhe são impostas medidas de segurança,⁸⁶ há repercussão em outras áreas,⁸⁷ além do Direito Penal ou Processual Penal. O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e Eugenio Raúl Zafarroni afirma que aos seres humanos assinalados como inimigos da sociedade lhes são negados o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do Direito Penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos Direitos Humanos estabelece

⁸¹ JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manoel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Atual. e ampl.2. Tir. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 88.

⁸² Ibid., p. 87.

⁸³ Ibid., p. 88.

⁸⁴ O Direito Penal do Inimigo segundo Jakobs se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico –penal é prospectiva (ponto de referencia: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referencia: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas. Ibid., p. 90.

⁸⁵ “Inimigo” na história da humanidade já foi o povo judeu, as bruxas, alguns grupos religiosos e hoje é o terrorista islâmico.

⁸⁶ Vide o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), Lei nº 10.792/2003.

⁸⁷ Na CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) no auge dos anos de chumbo da última e recente Ditadura brasileira foi acrescentado no rol taxativo do artigo 482 que dispõe sobre as causas da “justa causa”, que estaria sujeito a tal àquele que praticasse atos atentatórios à segurança nacional.

universal e regionalmente.⁸⁸ A transformação regressiva no campo da chamada política criminal,⁸⁹ como doutrina de segurança nacional⁹⁰ invocadora de emergências justificadoras de Estados de exceção, não é de modo algum recente⁹¹ visto que, tanto na Europa como na América como um todo, leis extravagantes vem sendo sancionadas no intuito de dar uma resposta rápida à sociedade, acobertando a precária estrutura estatal de políticas públicas sociais.

Legisladores de plantão utilizam-se de um discurso político com um viés populista, que nunca reflete as medidas necessárias para solucionar os problemas e conflitos sociais, usam o Direito Penal como instrumento de comunicação, elaborando e apresentando projetos em matéria de leis penais e processuais penais para uma suposta melhoria na segurança pública e na proteção dos bens jurídicos, ainda que isto não seja verificado na prática, está supondo uma importante transformação legislativa penal.⁹²

A mudança não se limitou ao tradicional incremento das penas, mas na consolidação de uma legislação voltada ao estabelecimento de um Direito Penal do Inimigo,⁹³ caminho este trilhado por diversos governos, sem a menor preocupação da real efetividade das medidas propostas,⁹⁴ visando apenas o ganho político sem se preocuparem com a adequação constitucional, desimportando se tais mudanças flexibilizarão ou desrespeitarão princípios, direitos e garantias processuais fundamentais.

Esta transformação na política criminal está levando o Direito Penal brasileiro a uma crise de identidade, ora se apresenta como *Dr. Jekyll* e ora como *Mr. Hyde*,⁹⁵ Direitos constitucionais ora são observadas e ora são suprimidos, dependendo do caso em evidência, quando se trata de resolver crimes que causam certa comoção. O tratamento diferenciado é evidente, basta observar algumas decisões judiciais referentes à observância do Devido Processo Legal, onde pedidos semelhantes em sede de *Habeas Corpus*, são decididos de

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11.

⁸⁹ Ibid., p. 13.

⁹⁰ [...] “a secular tradição legitimadora do exercício estruturalmente discriminatório do poder punitivo operou como fissura absolutista no Estado constitucional de direito, introduzindo no seu marco um elemento dissolvente que, em algum trágico momento do passado, seria chamado entre nós de doutrina da segurança nacional, de triste memória”. [...]. Ibid., p. 9.

⁹¹ Ibid., p. 14.

⁹² CALLEGARI, André Luís. A expansão do Direito Penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário 2008, n. 5, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 239-252, 2009. p. 245.

⁹³ Ibid., p. 245.

⁹⁴ Ibid., p. 252.

⁹⁵ O Médico e o Monstro (título original em inglês: *The Strange Case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde*), livro de Robert Louis Stevenson publicado em 1886. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Strange_Case_of_Dr_Jekyll_and_Mr_Hyde. Acesso em: 11 out. 2011.

forma diferente, ora se aplica o Direito Penal com um viés garantista, ora se aplica o Direito Penal do inimigo. Este Direito Penal de caráter seletivo confunde a sociedade e abre espaço para o autoritarismo.

Observa-se que a aplicação de leis extravagantes relacionadas ao Direito Processual Penal em relação à colheita de provas, como por exemplo, as Leis nº 9.296/96 e nº 9.034/95 dentre outras, o Devido Processo Legal está sendo desrespeitado, num primeiro momento, na forma como são interpretadas para se operacionalizar as medidas em um procedimento ou um processo; e num segundo momento, na forma que é trabalhada no processo penal como meio de prova. Estas leis são utilizadas no combate ao crime organizado e caracterizam-se pelo tratamento diferenciado na investigação de crimes e criminosos.

O Direito ao Devido Processo Legal, consagrado na Constituição Federal pelos artigos 5º, incisos LIV e LV, dentre outros, emerge como garantia no Direito Processual Penal quando da instrumentalização do Direito Penal. Ao disciplinar o conjunto de procedimentos que devem ser tomados quando alguém comete um crime e é acionado penalmente, o Direito Processual Penal parte do Devido Processo Legal para garantir a correta aplicação do Direito Penal.

A Constituição Federal pátria elencou dentre os Direitos Fundamentais constantes no artigo 5º, alguns princípios que regem o Processo Penal e o Direito Penal, ressaltando o Princípio do Devido Processo Legal (art. 5º, inciso LIV) e outros em sua operacionalização, sejam tais: Princípio da Presunção da Inocência (art. 5º, inciso LVII), Princípio do Contraditório⁹⁶ e da Ampla Defesa (art. 5º, inciso LV), Princípio da Reserva Legal/ Princípio da Anterioridade (art. 5º, inciso XXXIX), Princípio da Irretroatividade da Lei Mais Severa (art. 5º, inciso XL), Princípio do *In Dubio Pro Reo*, Princípio de Proteção à Organização do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII).

Apesar da Constituição Federal pátria não fazer alusão ao Princípio da Proporcionalidade de modo expresso, este está implicitamente previsto quando a Carta se refere à proibição de penas desumanas ou degradantes que, quando aplicadas, aviltam o Devido Processo Legal. A proibição constitucional de penas desumanas e degradantes contém implicitamente um princípio de proporcionalidade das penas balizado pela gravidade do fato cometido. A história da humanização das penas é, em grande medida, a de sua progressiva

⁹⁶ Para Luiz Francisco Torquato Avolio, o juiz por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas. O princípio do contraditório, assim, corresponde ao princípio da igualdade das partes, dentro do processo, que terão as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentar provas, e influir, enfim, no convencimento do juiz. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 143 - 144.

adequação a uma proporcionalidade que não resulte lesiva do sentimento jurídico de cada época.⁹⁷

A exigência da proporcionalidade deve ser determinada mediante um juízo de ponderação entre a “carga coativa” da pena e o fim perseguido pela cominação penal. A ponderação deve ser efetuada “desde a perspectiva do direito fundamental e do bem jurídico que veio a limitar seu exercício”, determinando se as medidas adotadas são ou não proporcionais à defesa do bem que dá origem à restrição.⁹⁸

No processo de elaboração de leis, o Princípio da Proporcionalidade obriga o legislador a não ameaçar com imposição de penas de excessiva gravidade, em relação ao bem jurídico protegido.⁹⁹ Neste sentido, a Constituição limita a potestade do legislador que ao fazer o juízo de constitucionalidade, tem que ser cauteloso ao configurar os bens penalmente protegidos, os comportamentos penalmente repreensíveis, o tipo e a quantia das sanções penais, a proteção entre as condutas que pretende evitar e as penas com as quais tenta consegui-lo.¹⁰⁰ Esta é a base estrutural/formal sobre a qual se assenta o sistema jurídico-penal brasileiro, salienta André Copetti, ao afirmar que tal modelização tem como valor de referência a liberdade, a ser garantida mediante a distinção entre infração e desvio e mediante a limitação de intervenção do Estado unicamente no domínio da infração.¹⁰¹

O princípio do Devido Processo Legal¹⁰² é um Direito Fundamental e seu exercício garante o direito à liberdade e à propriedade dentro do ordenamento jurídico pátrio e, por ser

⁹⁷ CALLEGARI, André Luís. Direito Penal e Constituição: condições d possibilidades de uma adequada aplicação da pena. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário 2006, n. 3, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, Porto Alegre: São Leopoldo, p. 61-72, 2007. p. 65.

⁹⁸ André Luís Callegari ao tecer comentários sobre a aplicação do Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, ponderou no sentido de que apesar das constituições atuais não proclamam o Princípio da Proporcionalidade de modo expresse, porém está implicitamente previsto quando nos referimos a proibição de penas desumanas ou degradantes. *Ibid.*, p. 65.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 66.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 67.

¹⁰¹ COPETTI, André. Constituição, Direito Penal e Redes Sancionatórias: uma perspectiva de projeção do sistema normativo criminal ao Estado Democrático de Direito. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário 2005, n. 2, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, Porto Alegre: São Leopoldo, p. 39-56, 2006.p.47.

¹⁰² O Devido Processo Legal é garantista embasado na proteção aos direitos fundamentais, *ad exemplum* o caso julgado em 05 de fevereiro de 2009 pelo Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Habeas Corpus nº 23.945 - RJ caso Propinoduto II, na qual a Desembargadora convocada do TJ/MG Ministra Jane Silva, acompanhada por mais dois Ministros, deram provimento ao recurso para declarar a nulidade de todo o processo, não apenas dos atos decisórios, mas também dos atos praticados pelo Juiz Federal durante a fase das investigações preliminares, determinando que os interrogatórios por ele realizados neste período sejam desentranhados dos autos de forma que não influenciem a *opinio delicti* do órgão acusatório na propositura da nova denúncia. A nulidade de todo processo decorreu do juiz ter interrogado o réu antes do oferecimento da denúncia, maculando o devido processo legal, maculando a necessária imparcialidade na atividade jurisdicional, sob a alegação de economia processual. O modelo acusatório exige que o juiz mantenha-se alheio ao trabalho de investigação e passivo no recolhimento das provas. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 23.945 - RJ (20080142326-4)**, Recorrente: Nabil Kardous. Recorrido: Tribunal Regional Federal 2. Região. Relator:

abrangente, abarca outros princípios, como o contraditório, ampla defesa, juiz natural, imparcialidade do juiz, da proibição da prova ilícita, livre apreciação das provas.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁰³ de 1948 traz também o princípio Devido Processo Legal em seus artigos VII, VIII e XI, nº1, onde prescreve que “Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”; e “Toda pessoa tem o direito de receber dos Tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os Direitos Fundamentais, que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei” e ainda “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Certo é que o Direito Processual – civil e penal – sempre sofre influências de toda ordem, como a política, a ideológica, a econômica. O Direito Processual Penal brasileiro, nesta atual etapa histórica, sofre a influência política e econômica, com normas visando à celeridade processual, evidenciando o princípio da economia, além da notória massificação/quantificação de processos e, em consequência, massificação de sentenças numa demonstração de combate a delitos. Assim, súmulas vinculantes, doutrinas de tribunais ou no mínimo, entendimentos de tribunais e parca fundamentação fazem parte hoje do Direito Processual brasileiro. Oportuna a leitura de Jânia Maria Lopes Saldanha:

Desse modo, estaria em curso no Brasil o surgimento de um direito processual pós-moderno, de dupla face, ora hipermoderno (item 1) ora antimoderno (item 3)? As reformas processuais ocorridas, de nítido caráter neoliberal, que prestigiam o fluxo e a quantificação, sem preocupação com a qualidade das decisões, podem ser consideradas antimodernas? E aquelas outras, preocupadas com a oralidade, com o respeito aos princípios constitucionais, como o da exigência da fundamentação, podem ser a outra face, contra hegemônica, sempre resistente à cultura iluminista da estandarização, então antimodernas?¹⁰⁴ [...] Dessas dimensões, são particularmente visíveis a busca da certeza da quantificação, a segurança das respostas sempre iguais, o indivíduo colocado como homem livre para escolher, então transformado em consumidor, entre outras. De fato, essas são algumas das marcas identificadoras da sociedade liberal e capitalista, nascida no final do Século

Ministro Celso Limongi. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801423264&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 11 set. 2009.

¹⁰³ Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>. Acesso em: 12 jan. 2011.

¹⁰⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de processo pós-moderno: o dilema cruzado entre ser hipermoderno e antimoderno. **Processo e constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro, p. 237-280, 2011. p. 241.

XVIII e vertida em sua forma mais arrojada, a partir do final da década de sessenta do Século passado, em neoliberalismo.¹⁰⁵

Nesta abordagem simplista e puramente econômica, o Judiciário adquiriu contornos de uma instituição que precisava corroborar com o pensamento reinante, desenvolvendo ações compatíveis com o que se esperava dele: uniformizando entendimentos, organizando-se de maneira a atingir à eficácia, traçando metas e estratégias, estruturando-se, organizando pessoal, disponibilizando atos e decisões judiciais pela Internet. Do atendimento massificado ao jurisdicionado decorreu a quantificação e esta, insuportável, forçou reformas no processo brasileiro.

Padecendo há décadas de descrédito, qualquer ideia em direção oposta - em dar rápida, pronta e eficaz resposta ao jurisdicionado e ainda a tentativa de modernizar o Judiciário - é vista com desconfiança. Então, tudo que pode estender por mais tempo o processo é substituído ou negado sob o princípio da economia processual. *Ad exemplum*, os testemunhos - principalmente abonatórios - são substituídos por declarações públicas; depoimentos colhidos num processo são emprestados para outro; advertência às partes e às testemunhas de concentrarem-se exclusivamente nos fatos fazem parte da rotina das varas; e gravíssimo, iniciou-se uma campanha de “conscientização” na sociedade de que os recursos são meios protelatórios disponível às partes, renegando a previsão democrática e constitucional do duplo grau de jurisdição.

Mesmo que se alcance este ideal ou meta quantos serão sacrificados neste processo de transição? E ao atingir o ideal, será esta a melhor solução? Esta submissão às metas, numa licença metafórica, assemelha-se ao “Flautista de Hamelin”¹⁰⁶ dos irmãos Grimm, que o ideal é a melodia encantadora em que os envolvidos seguem hipnotizados, desprezando o caudaloso rio e a fúria da vingança.

As reformas visam atender esta quantificação e, por enquanto, correm em paralelo com a qualidade sendo visível no Processo Penal o prejuízo ao réu ao ser colocado de somenos importância as premissas constitucionais e os princípios do processo. O anseio deveria ser a qualidade e não a quantidade, numa permissão ao óbvio. Nunca um caso é igual ao outro; na análise de um mesmo delito, cada caso tem elementos subjetivos próprios e circunstâncias especiais que individualiza o réu e particulariza a ação penal.

¹⁰⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de processo pós-moderno: o dilema cruzado entre ser hipermoderno e antimoderno. **Processo e constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro, p. 237-280, 2011. p. 244.

¹⁰⁶ **O Flautista de Hamelin**. Disponível em: <http://victorian.fortunecity.com/postmodern/135/hamelin.htm>. Acesso em: 11 set. 2011.

Os processualistas temem a perda da qualidade do processo sob o perigo de vê-lo como mero instrumento a cumprir uma função submissa aos interesses de outrem que não das partes e da própria Justiça. Jânia Maria Lopes Saldanha alerta para a subordinação dos Estados nacionais às agências como o Banco Mundial, o FMI e a Organização Mundial do Comércio, em especial ao Banco Mundial que “busca padronizar as concepções de judiciário e de justiça de forma meramente indicativa”.¹⁰⁷ Portanto, nada mais significativa do que demonstrar em relatórios anuais quantas ações foram intentadas ou quantas denúncias foram recebidas e quantas sentenças foram prolatadas no intuito de satisfazer à sociedade. Assim procedendo, o Estado nacional tem direito às benesses econômicas, além de despertar a simpatia destas organizações. Um instrumento desta demonstração são as estatísticas apresentadas pelo Judiciário em termos de condenação – mesmo em 1ª instância -, tornando a sentença um elemento de combate à criminalidade. Expressões como “Um dos propósitos dessa sentença é servir de exemplo”¹⁰⁸ são comuns na mídia e recorrente nos discursos populistas.

Aliar acessibilidade, presteza, celeridade, eficácia e qualidade numa mesma sentença/período tangente ao Judiciário e ao Processo Penal em especial, por ora, é deveras presunção! Os crédulos – ou ingênuos! – creem no Conselho Nacional de Justiça para o controle da atividade jurisdicional a impedir a perda da qualidade ou o não desenvolvimento da qualidade.

Num exercício argumentativo, a que serviria o Direito? Listam-se possíveis respostas: (i) a fomentar a Democracia por meio da acessibilidade; (ii) a minimizar desigualdades; (iii) a reconhecer um direito promovendo a paz social. A quem serviria o Direito? À sociedade em geral, tratada aqui de forma igualitária!

¹⁰⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de processo pós-moderno: o dilema cruzado entre ser hipermoderno e antimoderno. **Processo e constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro, p. 237-280, 2011. p. 251.

¹⁰⁸ [...] Um dos propósitos dessa sentença é servir de exemplo para aquilo que aconteceu não se repita - declarou o juiz [...]. LISBOA, Lafredo. Esquema de remessa ilegal - Rio: Justiça Federal condena fiscais da Fazenda. [1 novembro 2003]. Entrevista ao JB online, por Diário web. Núcleo Multimídia. São José do Rio Preto, 1 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.diarioweb.com.br/noticias/corponoticia.asp?IdCategoria=172&IdNoticia=37750>. Acesso em: 06 nov. 2011. Ver também a notícia publicada no Correio do Brasil em 31 de outubro de 2003: **Justiça condena 22 pessoas envolvidas no caso propinoduto**. A Justiça Federal condenou 22 dos 23 acusados de fraudes na secretaria Estadual de Fazenda e de envio para o exterior de cerca de US\$ 33 milhões em dinheiro público, o caso propinoduto. O juiz Lafredo Lisboa, da 3ª Vara Criminal Federal, leu nesta quinta-feira, no Rio de Janeiro, a sentença dos acusados. Apenas a auditora federal Márcia Rodrigues foi absolvida. [...] Na próxima segunda-feira, os advogados dos condenados vão entrar com pedido de anulação das sentenças. Eles alegam que o juiz Lafredo Lisboa divulgou as condenações na presença de pessoas que não poderiam na audiência e antes da publicação em livro oficial da Justiça Federal. Para eles, essa atitude contraria a Constituição Federal. [...]. Correio do Brasil, editado pela Thompson & Souza Comunicação Ltda (T&S Com.). Ano XI - Número 4329 Correio do Brasil. Disponível em: <http://correiodobrasil.com.br/justica-condena-22-pessoas-envolvidas-no-caso-propinoduto/33711/>. Acesso em: 06 nov. 2011.

O Devido Processo Legal em sua essência, não deve estar descontextualizado com a realidade do meio social, não deve sofrer nenhum tipo de ingerência política e/ou econômica, não deve satisfazer um grupo social ou um segmento da sociedade, deve observar as normas processuais, requer um magistrado atento à Constituição, aos tratados e convenções e ainda, requer preceitos éticos fortemente arraigados às partes. Corroborar Jânia Maria Lopes Saldanha:

O combate ao fenômeno da “motivação fictícia”, ou seja, aquela que para garantir sua “autoridade” recorre a inúmeros argumentos jurídicos que não possuem correspondência ao caso concreto, tampouco às circunstâncias da causa, conforme orienta o art. 131 do CPC e que, portanto, nada decide, é não só uma exigência do processo por princípio, como também exigência democrática contrária aos discursos jurídicos assentados na íntima convicção.¹⁰⁹

O juiz deve ser um garantidor de Direitos Fundamentais, um profundo defensor da dignidade da pessoa humana que não deve se prender à doutrina dos tribunais ou jurisprudências recorrentes, fazendo valer concepções próprias, não no sentido do subjetivismo e arbítrio, mas sim com a resposta correta ante ao caso concreto em julgamento.¹¹⁰ A questão que se coloca aqui é como o juiz vai exercer sua função diante do volume de processos – como já afirmado – decorrente da massificação e do recebimento de denúncias, ante aos prazos e metas¹¹¹ e ainda dissociado de qualquer interferência externa. O que se observa é o magistrado comprometido com as orientações de instâncias superiores, praticando sentenças padronizadas, cujos textos contam com o apoio do “advento da informática”.

Rodolfo Sacco assim se manifesta quanto à importância da doutrina:

Do mesmo modo, as proposições doutrinárias podem aconselhar ao operador que siga o modelo jurisprudencial ainda que em conflito com a lei, ou podem aconselhá-lo a descartar a jurisprudência criativa para retornar à letra da lei, e com isto determinar a respectiva relevância das outras fontes do direito ou, ainda,

¹⁰⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de processo pós-moderno: o dilema cruzado entre ser hipermoderno e antimoderno. **Processo e constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro, p. 237-280, 2011. p. 266.

¹¹⁰ Jânia Maria Lopes Saldanha sinaliza no sentido de que no modelo neoconstitucional, a teoria da decisão judicial no que concerne a chamada “resposta correta” à reconstrução principiológica de cada caso concreto, tem por norte a coerência e integridade do direito, fechando os caminhos para os juízos discricionários muitas das vezes arbitrários do julgador. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário 2010, n. 7, Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 123-144, 2010. p. 125-126.

¹¹¹ A acessibilidade, celeridade e eficiência tem que ser no sentido de garantir um direito do jurisdicionado e não de quantificar no intuito de atingir metas de redução de demandas.

legitimá-las. Muitas vezes na história se tem manifestado de modo claro a supremacia da doutrina entre as fontes do direito.¹¹²

Exercer o Devido Processo Legal é democratizar a jurisdição e o processo e dar a garantia ao jurisdicionado de que seu caso será apreciado de forma transparente e imparcial, com razoável duração, cujos atos fundam-se no respeito, na ética e na dignidade da pessoa humana. Na jurisdição contemporânea, dissociada das comentadas interferências externas, deve-se primar pela observância dos princípios constitucionais tangentes ao processo, afastando-se da padronização, da virtualização – com o intuito único de celeridade –, da massificação e do automatismo.

José Wilson Ferreira Sobrinho posiciona-se:

Afirma-se corriqueiramente que o Brasil se encontra filiado ao sistema jurídico conhecido com o nome de civil law. Se esse asserto for conseqüente, Ter-se-á que o ordenamento jurídico brasileiro, em razão de emprestar relevo à norma escrita, não se submete ao império do stare decisis. Para os sistemas jurídicos que se acham inseridos dentro do sistema da common law o denominado leading case apresenta interesse na medida em que ele vincula os chamados juízes inferiores da pirâmide jurisdicional às decisões dos juízes ditos superiores. De notar que essa terminologia não traduz o lado científico dos juízes mas sim o ângulo ligado à divisão da jurisdição em graus.¹¹³

As reformas – já que necessárias para absorver a demanda – devem ser orientadas, repete-se, primazmente com respeito aos Direitos Fundamentais na prestação jurisdicional, uma vez que o Poder Judiciário é fundamental na efetivação da Democracia. Esta efetivação da Democracia é uma preocupação global, haja vista que todos os Estados legitimam a dignidade da pessoa humana, elemento primaz de uma Democracia. Jânia Maria Lopes Saldanha afirma que:

Como conseqüência, a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sido chamada a julgar os Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos cujo resultado, não raro, é a condenação dos mesmos. A possibilidade de considerar-se as garantias judiciais como direitos humanos, o marco comum acerca delas em nível nacional, regional e internacional e o anseio de construir-se “bens comuns universais” sem qualquer pretensão de hegemonia, induz à defesa de imaginar-se a criação de um direito processual internacional de direitos humanos.¹¹⁴

¹¹² SACCO, Rodolfo, **Introdução ao Direito Comparado**, tradução Véra Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 99.

¹¹³ SOBRINHO, José Wilson Ferreira. **O Stare Decisis Brasileiro**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 05 de set. de 2000. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/322/O_STARE_DECISIS_BRASILEIRO>. Acesso em: 30 de dez. de 2011.

¹¹⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:**

De fato, internacionalizar o Direito quanto à matéria dos Direitos Humanos seria o apogeu da civilização moderna na essência, dado que há valores comuns a todas as culturas. Nesta argumentação, o direito ao Devido Processo Legal estaria embasado nas garantias elementares do processado ou do jurisdicionado ou no mínimo, do acesso à Justiça, como já afirmado. As Constituições promulgadas a partir da segunda metade do século XX trataram com mais acuidade os Direitos e Garantias Fundamentais com orientações voltadas à dignidade do ser humano.

Lenio Luiz Streck assevera que:

Assim, o direito ao devido processo tem em sua base a dignidade pessoal (ser ouvido é parte do que significa ser pessoa); do mesmo modo, a questão de “quem vota” ou a regra “um homem, um voto” possuem caráter substantivo. As teorias procedimentalistas não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva. Ou seja, a proteção das minorias isoladas e sem voz, excluídas do processo de participação política, possuem também um fundamento substantivo: a legislação que discrimina qualquer categoria de pessoas deve ser rechaçada com base em uma ideia sobre o que significa ser pessoa, e a própria ideia de segregação dos negros ou das mulheres somente pode ser rechaçada encontrando uma base constitucional para firmar que, em nossa sociedade, tais ideias estão substantivamente fora do lugar.¹¹⁵

O chamado fenômeno da globalização está a interferir e por vezes, a modificar concepções, inclusive no campo jurídico-processual, cuja consequência mais observada é uma constante reavaliação do papel do Estado, onde suas premissas constitucionais descambam para efetivar os Direitos Fundamentais, numa releitura óbvia aos anseios internacionais de reconhecimento de direitos. Nenhum Estado quer ser visto como aquele que não reconhece, protege e efetiva direitos. As garantias processuais – como o acesso à Justiça e o Devido Processo Legal – estão em voga, objeto de discussão nos mais diversificados fóruns.

Anuário 2010, n. 7, Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 123-144, 2010. p. 124.

¹¹⁵ Trecho extraído da apresentação de Lenio Luiz Streck, na obra “Hermenêutica Constitucional” de Laurence Tribe e Michael Dorf, “Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. Um manifesto de Laurence Tribe e Michael Dorf em favor da proteção substantiva dos direitos fundamentais.” DORF, Michael C. Tribe, Laurence H. **Hermenêutica Constitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. xvii.

1.4 O *Habeas Corpus* como instrumento garantidor do Devido Processo Legal

No Brasil, o *Habeas Corpus* presente na Constituição Federal brasileira - no artigo 5º, inciso LXVIII da C.F./88 e no capítulo X do Código de Processo Penal Pátrio, artigo 647, - desde os primórdios de sua independência¹¹⁶ é uma ação mandamental cujo escopo visa, *in verbis*, “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Democrático ao admitir que qualquer um, do povo, qualquer pessoa, agente ministerial, inclusive o paciente pode impetrá-lo, independente da capacidade postulatória ou do conhecimento técnico do Direito, dispensando maiores formalidades e estrutura, desde que presentes as informações basilares: paciente, autoridade coatora, lugar em que se encontra o paciente, relato do constrangimento. Preventivo ou liberatório, indubitavelmente, é uma das representações constante nos textos legais de Estados nacionais de civilidade e respeito aos Direitos Humanos e da dignidade da pessoa humana.

É uma ação constitucional cujo fito é emocionalmente sublime: livrar o paciente de uma ilegalidade e abuso de poder e ainda de um constrangimento ilegal. Para tanto, sem exigir maiores formalidades, nem obedecer à pauta, com rito privilegiado, por vezes sequer necessita de informações da autoridade coatora, passível de “emenda” caso não disponha de todas as informações necessárias, cujo alvará de soltura será informado à autoridade coatora da forma mais expedita possível, comportando modernamente as mídias eletrônicas e segundo “causos” jurídicos – aqueles contados na época dos bancos acadêmicos, onde ainda brilham os olhos dos estudantes de Direito – até mesmo por rádio.

O *Habeas Corpus* sempre figura nos debates apaixonados dos profissionais do Direito: se pode ser impetrado em favor de primatas;¹¹⁷ em relação ao decreto prisional de depositário

¹¹⁶ Apesar de não estar inserido no texto Constitucional brasileiro de 1824, o *Habeas Corpus* foi regulado pelo Código de Processo Penal brasileiro de 1823, artigos 340 a 355. Promulgado pela Lei do Império de 1832 de 29 de novembro de 1832, somente socorria brasileiros como remédio repressivo. A ampliação para estrangeiros somente se deu com a promulgação da Lei nº 2.033, de 29 de setembro de 1871, artigo 18, regulada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871. Na constituição de 1891, o *Habeas Corpus* foi elevado às garantias constitucionais, permanecendo nas Constituições brasileiras de 1934, 1937 e 1946, 1967 e 1988. Ver Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946, 1967 e 1988.

¹¹⁷ Ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 96.344 - SP (2007/0293646-1)**. Impetrante: Márcia Miyuki Oyama Matsubara e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal (3. Região). Paciente: “Lili” e “Megh”, chipanzés de nome científico Pan Troglodytes, neste ato representadas por seu proprietário e fiel depositário Rubens Forte. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília/DF, 05 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702936461&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 13 out. 2011. Ver também: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. (2. Câmara Criminal). **Habeas Corpus nº 0002637-70.2010.8.19.0000-RJ**. Impetrante: Heron Jose de Santana Gordilho e outros. Impetrado: 5. Vara Criminal de Niterói-RJ. Paciente: Jimmy, chipanzé de nome científico Pan Troglodytes. Relator: Desembargador Jose Muinos Pineiro Filho. Rio de Janeiro/RJ, Brasília/DF,

infiel na Justiça do Trabalho;¹¹⁸ em decreto prisional alusivo à ação de alimentos;¹¹⁹ se pode ser conhecido – e provido!

É uma garantia constitucional à pessoa, entendido como criatura humana, homem ou mulher, nacional ou estrangeiro. Sua principal característica é a celeridade, onde o cidadão impetrante deve demonstrar de pronto o direito aviltado, não comportando - em tese - dilação probatória, fato este que corrobora para a celeridade.

Entretanto, há casos em que se faz necessário à discussão de mérito em sede de *Habeas Corpus*, no sentido de se demonstrar uma ilegalidade ou nulidade processual – por vezes, absoluta – em ação penal, inquérito policial ou em decisões judiciais de concessões de sigilos, dentro de procedimentos especiais como é o caso das medidas cautelares sigilosas que guardam sigilos provenientes de interceptações telefônicas, telemáticas, sigilos bancários, fiscais e funcionais, ações controladas, dentre outras, os quais quando demonstrados/comprovados, podem ensejar anulações de atos e até mesmo de decisões. A jurisprudência tem admitido o *Habeas Corpus* para afastar possível constrangimento ilegal de natureza processual,¹²⁰ desde que tenha estreita relação com a locomoção do paciente.

É ainda uma ação de natureza penal, pois se presta para garantir a liberdade de locomoção de uma pessoa constrangida em face de ilegalidade ou abuso de poder, seus requisitos são o *periculum in mora*, que é a probabilidade de dano irreparável à liberdade de locomoção e o *fumus boni juris* que são os elementos de impetração que indicarão a existência

19 de abril de 2011. Disponível em: <http://webserver2.tjrt.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201005900611>. Acesso em: 13 out. 2011.

¹¹⁸ Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 86097 - SP**. Impetrante: Nilton Vieira Cardoso. Impetrado: Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Regional do Trabalho da 2. Região. Paciente: Tânia Aparecida Guido. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília/DF, 13 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2303359>. Acesso em: 23 out. 2011.

¹¹⁹ Ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 9328 - PE (1999/0107868-7)**. Recorrente: Daniel João da Silva. Recorrido: Tribunal de Justiça de Pernambuco. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília/DF, 14 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199901078687&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 23 out. 2011.

¹²⁰ O Ministro Jorge Mussi salientou em seu voto, o qual foi acompanhado por unanimidade, que há muito a jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a utilização da ação mandamental de *Habeas Corpus* para afastar constrangimento ilegal de ordem processual suportado pelo réu no curso da ação penal, desde que presente a possibilidade de lesão à liberdade de locomoção do indivíduo, conforme se verifica na espécie, uma vez que reconhecida a violação do devido processo legal na ação penal em que o paciente responde pela prática do delito de denúncia caluniosa, previsto no art. 339, § 1º, do Código Penal, c/c arts. 29 e 69 do mesmo diploma legal, cuja pena pode chegar a mais de 9 (nove) anos de reclusão. Ordem concedida para determinar que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região examine a admissibilidade do recurso especial interposto pela defesa contra acórdão proferido por seu Órgão Especial. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 160.696 – MS (2010/0015686-5)**. Impetrante Alberto Zacharias Toron e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal (3. Região). Paciente: André Puccinelli Júnior. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília/DF, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=20100156865&pv=000000000000>. Acesso em: 16 set. 2011.

de ilegalidade no constrangimento. Modernamente, há entendimento de que basta um ou outro pressuposto/requisito para a concessão, não necessariamente os dois devem estar presentes.

O Código de Processo Penal pátrio em seu artigo 647 parafraseia o texto constitucional, *in verbis*: “Dar-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.” Quanto a esta última, entende-se como prisão disciplinar no âmbito militar que ainda vigora nos dias de hoje. O mesmo diploma legal traz em seu artigo 648, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII¹²¹ as condições a serem observadas na concessão do *writ* em relação à coação considerada ilegal.

Não obstante o fator positivo da celeridade há que se ressaltar, se tal garantia materializada pela citada ação, está sendo utilizada em compasso com o diploma legal, uma vez que tornou-se um expediente de medidas¹²² concomitantes. Neste sentido, o *Habeas*

¹²¹ Art. 648 - A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código Processo Penal. Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 10 ago. 2009.

¹²² Corroborar com a leitura a matéria publicada na Revista Consultor Jurídico em 27 de agosto de 2011, da repórter Marília Scriboni, com o título: Remédio contra abusos - Habeas Corpus resguarda o devido processo legal, *in verbis*: A recente aula do ministro Celso de Mello a um bacharel de Direito que queria trocar sua carteira de estagiário pela de advogado por meio de Habeas Corpus virou caso emblemático sobre o emprego do remédio constitucional. Como não poderia deixar de ser, a lição foi lembrada durante a mesa "Atualidade e Importância do Habeas Corpus no Brasil", que aconteceu nesta quinta-feira (25/8), durante o 17º *Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. No caso em questão, o ministro, literalmente, ensinou para que serve — e para que não serve — o Habeas Corpus. "O Habeas Corpus, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura um poderoso meio de cessação do injusto constrangimento ao estado de liberdade de locomoção física das pessoas", escreveu na época. Também o fez nesta quinta-feira (25/8), de forma mais ampla, o criminalista **Alberto Zacharias Toron**, um dos debatedores da mesa do IBCCRIM. Ele exemplificou porque o remédio é importante e como, diante do recrudescimento das leis, é ainda uma das únicas formas que o cidadão tem para se proteger de abusos. "O Habeas Corpus é um remédio que tem se revelado para se contrapor a abusos, desmandos e tiranias. Ele age de forma imediata e direta", explica. Recentemente, ministros do Superior Tribunal de Justiça se pronunciaram sobre o crescimento em 100% do número de Habeas Corpus nas cortes superiores. Até 2008, durante seus 19 anos de existência, chegaram lá 100 mil desses pedidos. A partir daí, esse número dobrou. "A maior preocupação que tenho é que, diante de tamanha quantidade de Habeas Corpus, corremos o risco de nos distanciarmos das missões constitucionais do STJ, que são a de guardião da lei federal e de uniformizador da interpretação dessa legislação em âmbito nacional", chegou a declarar o ministro Og Fernandes. Também viu com maus olhos o salto o ministro Jorge Mussi: "A utilização indiscriminada do Habeas Corpus tem levado ao desuso do Recurso Especial, notadamente marcado por diversos requisitos técnicos para a sua admissão e acolhimento". Toron criticou: "Muito me intriga que um tribunal que se intitule Tribunal da Cidadania tenha esse tipo de posicionamento." Em resposta aos críticos do número de Habeas Corpus que são julgados pelos tribunais superiores, Toron lembrou de casos de flagrante violação à garantia constitucional. Ele citou, por exemplo, um Habeas Corpus analisado pela ministra Maria Thereza, do STJ. Em 18 de fevereiro de 2008, ela entendeu que "é cabível Habeas Corpus como meio de impugnação da validade de atos de procedimento no qual se apura possível prática de crime, e do qual pode advir restrição à liberdade de locomoção ao paciente". Toron lembrou o caso dos advogados que ficaram impedidos de ter acesso aos autos do inquérito policial. "O interesse público não pode ser sobreposto ao interesse do particular que pretende acessar os autos", justificou o juiz que denegou o pedido de acesso aos autos do advogado. Quando o caso chegou ao STF, com uma mudança de estratégia dos

Corpus está sendo utilizado em substituição dele próprio, quando denegados em instâncias diferentes, como medida substitutiva de recursos ordinários, criando uma antecipação perigosa de julgamento da lide processual.

Assim, o cidadão no temor de ficar à mercê de um sistema judicial ainda precário aguardando “pacientemente” durante meses e até anos o julgamento de recursos em seu benefício - que com a demora traz sequelas irreversíveis à liberdade e a dignidade da pessoa ou do paciente - tem no *Habeas Corpus* uma via, como afirmado, célere. *Ad exemplum*, as prisões cautelares com duração excessiva e fundamentação pífia, como também em relação às ações penais, inquéritos policiais e medidas cautelares sigilosas. Nesta linha de entendimento, pode ser impetrado em qualquer fase do processo e ainda antes - na fase policial - e após sentença, desde que a autoridade tenha praticado qualquer ato que possa, mesmo que indiretamente, obstar o direito de locomoção/liberdade do investigado/denunciado/réu.

Ainda neste entendimento, qualquer informação nos autos que tenha o condão de auxiliar na defesa do cidadão evitando sua condenação e/ou decreto prisional - inclusive cautelar - e que por ato ou decisão da autoridade não foi dado o devido crédito e importância, afetando a ampla defesa, como por exemplo: perícia denegada ou pedido de oitiva de

advogados, que focaram o pedido na perspectiva do cidadão, o ministro Sepúlveda Pertence entendeu que "o cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta". "O Habeas Corpus é importante para resguardar o devido processo legal", disse Toron. O criminalista lembrou também dos casos em que a Polícia Federal atua de forma autoritária, com mandados de busca e apreensão genéricos e prisões temporárias. "O Habeas Corpus é capaz de quebrar as delações premiadas, por exemplo", disse. A possibilidade de impetração de Habeas Corpus no caso de constrangimento ilegal é tratada pelo artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, segundo o qual "conceder-se-á Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". De acordo com o artigo 648 do Código Penal, essa coação ilegal acontece quando não houver justa causa para a ação penal: quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; quando o processo for manifestamente nulo; ou, ainda, quando extinta a punibilidade. O juiz **Nino Oliveira Toldo**, que é titular da 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo, disse que se preocupa com o uso sem critérios do remédio. Ele lembrou que dos pedidos de Habeas Corpus que chegaram ao Supremo, em 2009, apenas 7,39% foram concedidos. "Será que não há algo errado? Talvez a discussão de algumas matérias deva acontecer pelas vias recursais. Devemos ter um sistema de recurso adequado." Ele disse acreditar que, muitas vezes, o Habeas Corpus é visto como uma forma de levar "a questão direto para os tribunais superiores". "A ideia de existência de tribunais de passagem incomoda a magistratura. As decisões judiciais estão perdendo sua força e os filtros que barram esse tipo de pedido não estão funcionando", considerou. **Maurício Zanoide**, presidente da Comissão do Novo Código de Processo Penal do IBCCRIM, lembrou que as estatísticas, por si só, são pobres. Segundo ele, dos 200 mil recursos que chegaram ao STJ em 2010, só 14,75% são pedidos de Habeas Corpus. Cerca de 58% são Agravos e 22%, Recursos Especiais. Ele lembrou que o ministro Celso de Mello chegou a julgar 18 Embargos de Declaração referentes a apenas um único caso. "A PEC dos Recursos não vai diminuir o número de pedidos de Habeas Corpus e eles não são o vilão da história." Toron saiu em defesa da advocacia: "O grande serviço do advogado é levar a causa ao juiz, e não privar o cliente da jurisdição." SCRIBONI, Marília. **Remédio contra abusos. Habeas Corpus resguarda o devido processo legal**. Revista Consultor Jurídico, 27 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-ago-27/habeas-corpus-resguarda-devido-processo-legal-defendem-advogados>. Acesso em: 15 set. 2011.

testemunha denegado, desentranhamento de documentos ou ausência de intimação¹²³ ou ainda óbice de acesso aos autos pelo defensor são passíveis de *Habeas Corpus*, pois uma vez obstada a ampla defesa, há o perigo, como afirmado supra, da condenação e/ou do decreto prisional.

“Alto lá!” - dirão os puristas, na alegação de que neste uso, está a se desvirtuar o remédio heroico e que há medidas e recursos específicos para tais situações, não necessitando impetrá-lo. O que se observa nos Tribunais é o conhecimento ou não e provimento ou não destes *Habeas Corpus* que são impetrados como mecanismo de tutela de questões processuais e, via de consequência, o Devido Processo Legal.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp chama atenção para o uso excessivo do *Habeas Corpus* em substituição a outros mecanismos processuais, recursos ordinários, advertindo que: “a utilização indiscriminada do *Habeas Corpus*, em substituição a outros mecanismos processuais, pode levar à ‘desmoralização do sistema ordinário’ e até mesmo comprometer a principal missão constitucional da Corte, que é a uniformização da jurisprudência sobre leis federais – construída, sobretudo, no julgamento dos recursos especiais”.¹²⁴

Discordando do entendimento esposado pelo Ministro Gilson Dipp, o uso do *Habeas Corpus* de modo preventivo, concomitante, substitutivo ou não de recurso ordinário, tem-se mostrado como o único remédio eficaz do cidadão em ver seus Direitos Fundamentais restabelecidos de modo mais célere. Não há dúvida de que esta medida é um instrumento garantidor do Devido Processo Legal nestes tempos de leis draconianas que sob o argumento do interesse público, devastam vidas. Ressalta-se que as mudanças proporcionadas por leis extravagantes nos últimos anos – entre elas, a Lei nº 9.296/96, interceptação telefônica -, as quais reduziram Direitos e Garantias Constitucionais do cidadão contribuíram para este recente fenômeno.¹²⁵

Neste sentido, faz-se necessário uma abordagem estrutural da lei sob comento, para que, diante de uma leitura paralela à Constituição, chegue à identificação do(s) problema(s)

¹²³ Comprova a leitura, o julgamento do Habeas Corpus nº 61.440-SP, o qual teve a ordem concedida, pelo motivo de evidente constrangimento ilegal, onde a ausência de intimação para apresentação das contra-razões, gerou nulidade por configurar ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 61.440-SP (2006/0135675-0)**. Impetrante David Teixeira de Azevedo e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Maria Regina Yazbek. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília/DF, 14 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601356750&pv=000000000000>. Acesso em: 15 set. 2011.

¹²⁴ Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=100851. Acesso em: 10 set. 2011.

¹²⁵ Vide capítulo 3 deste estudo.

detectado(s) em diversos *Habeas Corpus* onde o pleito maior é o restabelecimento ou observância ao Devido Processo Legal. Enfim, uma vez aviltados os Direitos e Garantias Fundamentais, inclusive as previsões constitucionais alusivas ao Devido Processo Legal – juiz natural, direito ao defensor, ampla defesa -, além do atingido recorrer aos tribunais superiores para fazer valer seus direitos, há ainda a possibilidade de recorrer aos tribunais internacionais, uma vez que o Brasil é signatário do Tribunal Penal Internacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ressalta-se que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos traz um sistema de proteção dos Direitos Humanos quanto às garantias judiciais tangentes ao contraditório, ao juiz natural, ampla defesa, prazo razoável do processo, imparcialidade e independência do juiz,¹²⁶ colocando o Brasil no banco dos réus por cinco vezes.¹²⁷

2 UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A LEI Nº 9296/96

Com a Lei nº 9.296/96 findou-se a polêmica quanto à impossibilidade de se monitorar conversas telefônicas por ausência de regulamentação legal. Antes de sua promulgação, monitoramentos telefônicos eram autorizados pelos juízes com observância nos parâmetros do Código Brasileiro de Telecomunicações,¹²⁸ porém havia discussão no meio jurídico quanto a sua validade como meio de prova legal.

Como já afirmado, a aplicação de uma *novatio legis* é problemática, principalmente em relação aos anseios da sociedade, sua operacionalização e se efetivamente atingirá o ideal

¹²⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário 2010**, n. 7, Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 123-144, 2010. p. 133.

¹²⁷ Neste sentido: 1) Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139 e Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. 2) Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161. 3) Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200 e Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 208. 4) Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203. 5) Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7. Acesso em 20 out. 2011.

¹²⁸ BRASIL. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações, DF, 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4117.htm>. Acesso em: 08 fev. 2010.

maior da Justiça, pois esta Lei “não deve ser vista como um bálsamo para aliviar o nosso pânico cotidiano”¹²⁹ em relação a violência e nem levar a cabo “o discurso sobre a lei e a ordem”¹³⁰ mas sim, ser utilizada como uma ferramenta eficaz no auxílio ao combate da violência, um meio de se acelerar a busca da verdade real, minimizando os erros cometidos no curso de uma ação penal quando da certeza da autoria e materialidade do crime investigado.

A discussão doutrinária antes da promulgação da Lei nº 9.296/96 era uníssona em não aceitar e tratar como ilícita a interceptação telefônica como meio de prova em procedimentos e processos de qualquer natureza, por falta de regulamentação do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal pátria.

A jurisprudência em relação ao tema divergia nas Cortes Superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal não era unânime em coibir a utilização deste meio de prova e sua derivação, como se depreende do resultado do julgado, em sede de *Habeas Corpus* nº 69.912/RS¹³¹ – STF em 30 de junho de 1993, onde por maioria de votos o Tribunal indeferiu o pleito, vencido os Ministros: Francisco Rezek - Relator, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello, que o deferiam. Por impedimento de um dos Ministros, o *Habeas Corpus* voltou a ser julgado em plenário, em 16 de dezembro de 1993 e por maioria de votos, o Tribunal deferiu o pedido para anular o processo a partir da prisão em flagrante, inclusive. Vencidos os ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sydney Sanches e Presidente Ministro Octavio Gallotti, que o indeferiam, estando impedido o Ministro Néri da Silveira.

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 27.

¹³⁰ Ibid., p. 27.

¹³¹ Ementa: 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. 5., 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); consequente 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 - a 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. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus nº 69912 segundo - RS**. Impetrante Aluisio Martins. Impetrado: Tribunal Regional Federal (4. Região). Paciente: Lourival Mucilo Trajano. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília/DF, 16 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1551753>. Acesso em: 10 ago. 2011.

Nesta mesma linha, seguiu os julgamentos do Recurso em *Habeas Corpus* nº 72463/SP - STF¹³² e *Habeas Corpus* nº 73311/MS – STF.¹³³ Em 09 de maio de 1996, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o *Habeas Corpus* nº 73351/ SP – STF,¹³⁴ por maioria, pacificou o entendimento de que “sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no artigo 5º, inciso XII da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal.” Assentou ainda, que “a ilicitude da interceptação telefônica - à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta.” Mesmo assim, vários tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, relutaram em adotar este entendimento, sendo este imbróglio jurídico resolvido apenas com a promulgação da Lei nº 9.296/96, a qual regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Carta Magna.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 72463 - SP.** Impetrante Jair Visinhani. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Neuza Edite Rodrigues. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília/DF, 01 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1611021>. Acesso em: 10 ago. 2011.

¹³³ Importante a leitura da ementa: *Habeas corpus*. 1. Alegada nulidade, por falta de exame de corpo de delito. Existência de peça técnica que tornou inequívoco tratar-se de cloridrato de cocaína a substância apreendida. 2. Escuta telefônica desconsiderada como elemento de prova. 3. Inocorrência de *reformatio in pejus*. Ao contrário, a desclassificação do delito resultou na aplicação de pena mais benigna. 4. Penas estabelecidas na conformidade da participação de cada um dos réus e à vista das circunstâncias judiciais desfavoráveis, motivadamente invocadas. 5. *Habeas corpus* indeferido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 73311 - MS.** Impetrante Narciso Fuser. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Pacientes: Geraldo Vilela dos Santos, Aeldio Vilela de Queiroz, Jose Aparecido Vilela de Queiroz e Dulcimar Vilela de Queiroz. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília/DF, 30 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1628837>. Acesso em: 10 ago. 2011.

¹³⁴ EMENTA: HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus nº 73351-SP.** Impetrante Marcos Roberto Alexander e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Jose Pereira da Rosa. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília/DF, 09 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1629314>. Acesso em: 10 ago. 2011.

2.1 Estrutura, excepcionalidade e operacionalização da Lei nº 9.296/96

A Lei nº 9.296/96 surgiu como uma importante ferramenta de investigação, cuja estrutura deu azo à relativização de direitos individuais do cidadão em especial a intimidade e a privacidade do indivíduo. Os parâmetros traçados pelo texto, em relação à relativização aos direitos individuais, elegeu o juiz criminal como responsável em autorizá-la, para a investigação criminal ou para a instrução processual penal, na busca de elementos de meio de prova, em prol da verdade real. Elegeu também a Autoridade Policial e o Ministério Público, como operacionalizadores das medidas a serem tomadas para a implementação da citada lei, cabendo a este último, a fiscalização da operacionalização da medida, dentro dos preceitos constitucionais de um Estado Democrático de Direitos.

A intimidade e a imagem do indivíduo a ser monitorado/investigado, só podem ser relativizadas em casos extremos, quando esgotados todos os meios inerentes à investigação na busca da materialidade e/ou descoberta da autoria de um crime. Diferente das lides comuns cuja publicidade é a regra, a operacionalização desta Lei, por envolver a intimidade, privacidade e a imagem do indivíduo, uma garantia constitucional do cidadão, atrelou sua operacionalização ao segredo de justiça. No afã de cumprir com a função institucional de apurar e coibir delitos, os aparelhos estatais competentes estão transgredindo formalidades do Inquérito Policial e do Processo Penal. Uma vez não observados os ditames legais, principalmente no que tange às limitações, a medida acertada é a inadmissibilidade processual dos elementos de prova assim produzidos.¹³⁵

Neste sentido faz-se necessário uma breve leitura comentada sobre a lei de interceptação telefônica, focando cada artigo para uma melhor compreensão, como também, servir de base para a discussão sob o prisma constitucional no último capítulo deste trabalho.

2.1.1 Da legitimidade para a concessão da medida excepcional

Em livre interpretação, o poder legiferante ao elaborar o artigo 1º da Lei nº 9.296/96, já de início legitimou o magistrado como responsável em autorizar ou não a medida excepcional da escuta telefônica para fins de prova em investigação criminal e em instrução

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 93050-RJ**. Impetrante: Gustavo Eid Bianchi Prates. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 10 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2576066>. Acesso em: 10 ago. 2011.

processual penal. Tal legitimidade¹³⁶ apenas foi atribuída ao juiz criminal, não dando margem a outros magistrados atuantes em outras searas do Direito a concedê-las.

Neste contexto, outros ramos do Direito não podem utilizar deste artifício na obtenção de meio de prova e autorizar a medida excepcional da interceptação telefônica, mesmo invocando o Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Razoabilidade, pois estar-se-ia violando os preceitos contidos no inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal e artigo 1º caput, da Lei nº 9.296/96.¹³⁷

Indo na contramão deste entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao julgar o Agravo de Instrumento nº 70018683508 referente ao processo nº 001/1.05.2287195-3 da 5ª Vara Família e Sucessões de Porto Alegre, a sétima câmara cível decidiu que é cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos quando sua localização foi tentada de todas as formas e restaram infrutíferas.¹³⁸ O *Habeas Corpus* foi impetrado pelo funcionário da concessionária de telecomunicação por não achar possível o monitoramento telefônico fora da seara penal, sem uma investigação criminal ou instrução processual penal.

Seguindo na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul ao julgar o *Habeas Corpus* nº 2011.005719-9/0000-00 - Campo Grande/MS, impetrado na área cível – Alimentos -, o Relator Desembargador Romero Osme Dias Lopes, da segunda Turma Criminal, em seu voto ponderou sobre a vedação da realização da interceptação telefônica na seara extrapenal. Somente em situação extremamente excepcional como no âmbito cível, é admitido este artifício quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, quando da localização de genitor que raptou o próprio filho e se recusa cumprir ordem emanada de vara

¹³⁶ A legitimação consiste em titulação que coloca a pessoa em determinada posição jurídica, pela qual assume certa titularidade para atuação diante de outra pessoa ou algum objeto. Esta titularidade é o fundamento pelo qual a pessoa alcança uma posição ou prerrogativa que se impõe ou pode impor frente aos demais integrantes da sociedade. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 15, ago./nov. 1996. p. 75. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20396/legitimidade_causam_costituicao_federal.pdf?sequence=3. Acesso em: 10 out. 2010.

¹³⁷ Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

¹³⁸ EMENTA: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. CABIMENTO. Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido. TJ-RS, AI nº 70018683508, Sétima Câmara. Processo nº 001/1.05.2287195-3 - Família - 5ª Vara Família e Sucessões - Porto Alegre em 02 de abril de 2007, com trânsito em julgado em 30 de abril de 2007. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 70018683508-RS**. Agravante A.S.P. Agravado: A.P. (Sigilo de Justiça). Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. Porto Alegre/RS, 02 de abril de 2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 15 ago. 2011.

cível, colacionando, para tanto, jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70026905455 - 7ª Câmara Cível.¹³⁹

Em continuidade ao caso relatado acima, cujo *Habeas Corpus* nº 2011.005719-9/0000-00 - Campo Grande/MS em 21 de março de 2011, restou denegado, o paciente, funcionário da concessionária de telecomunicação, temendo sofrer constrangimento pelo não cumprimento da decisão judicial a qual refutava ilegal, impetrou novo *writ* no Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* nº 203.405 – MS/STJ, o qual não foi conhecido, com o argumento de que o sigilo telefônico que se visa resguardar é da parte naquele processo em que se discute a guarda do menor e não do paciente.

Salientou o Ministro Sidnei Beneti que a recusa ao atendimento da ordem judicial está fundada em alegações que visam a resguardar direitos de terceiros e que “Não toca ao paciente, embora inspirado por razões nobres, discutir a ordem judicial alegando direito fundamental que não é seu, mas da parte processual”. Adverte ainda que “Possibilitar que o destinatário da ordem judicial exponha razões para não cumpri-la é inviabilizar a própria atividade jurisdicional, com prejuízo para o Estado Democrático de Direito”.¹⁴⁰

Mais adiante em seu voto, o Ministro usou como argumento o entendimento de que não obstante a quebra do sigilo telefônico esteja restrita, em tese, ao processo penal, não se pode, *in casu*, acolher as razões dos impetrantes tão somente a partir desse fundamento, ressaltando que, na espécie, trata-se de situação excepcional na qual, embora a ordem tenha emanado de juízo cível, há a possibilidade de averiguar a suposta prática do crime do art. 237

¹³⁹ Verificando a ementa da citada jurisprudência, notou-se que o julgado foi no sentido do descabimento da interceptação telefônica para tal fim e que o devedor deverá comparecer a justiça sob pena de expedição de mandado de prisão para cumprimento pela Delegacia de Capturas. Neste caso aproveitou-se o trecho do voto do Desembargador Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, o qual comenta a excepcionalidade da medida em alguns casos na seara cível “... Em outras palavras, não se pode decretar a interceptação telefônica para apurar fato que não tenha natureza criminal, salvo em situação de excepcional necessidade” e complementa seu entendimento da seguinte maneira: “Assim, somente em situações excepcionais é que poderá ser requisitada tal medida, mas primeiro deverão ser esgotadas todas as formas de localização do recorrido”. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DEVEDOR NÃO LOCALIZADO. DILIGÊNCIAS. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS. 1. Descabe interceptação telefônica do devedor de alimentos, como forma de obter sua localização, pois tal recurso é vedado para atividade extrapenal. 2. No âmbito cível, somente é admissível a interceptação telefônica em situação excepcional, quando nenhuma outra diligência resta para ser adotada. 3. No caso, ficando claro que o devedor está se esquivando de encontrar o Sr. Oficial de Justiça, deverá ser deixado convite para comparecimento ao Foro a fim de tomar ciência do ato processual e, não comparecendo, deve ser expedido ofício para a Delegacia de Capturas. Recurso parcialmente provido. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (7.ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 70026905455-RS**. Agravante A.V.F. Agravado: J.J.M.F. (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Sergio Fernando Vasconcellos Chaves. Porto Alegre/RS, 28 de junho de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 15 ago. 2011.

¹⁴⁰ Ver acórdão e voto do julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Habeas Corpus nº 203.405-MS (2011/0082331-3)**. Impetrante Raquel Botelho Santoro e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Paciente: J.R.M.F. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília/DF, 28 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201100823313&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 28 ago. 2011.

do ECA - subtração de menor.¹⁴¹ Afirmou, portanto, que a hipótese exige a ponderação de interesses constitucionais em conflito com o Direito à Intimidade e Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, sem que se possa estabelecer, *a priori*, que a garantia do sigilo das comunicações deva ser preponderante. Salientou, ademais, não ser possível aferir a iminência da prisão do paciente.

Nesta linha de argumentação, Lenio Luiz Streck faz críticas no sentido de que “em nome do ‘sopesamento entre fins e meios’ (assim denominada ‘ponderação’) é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ‘ponderação’ e suas decorrências”, criando-se cotidianamente “*standards* que se pretendem ‘princípios,’ apontando como exemplo o princípio da confiança no Juiz da causa, onde “em nome de supostos ‘sopesamentos’ (ponderações), um acusado é posto em liberdade no Rio Grande do Sul¹⁴² e outro é mantido preso em Santa Catarina”¹⁴³, advertindo que: “Há de se ter cuidado com o manejo dos princípios e mormente com esse corriqueiro ‘sopesamento’”.¹⁴⁴

Infere-se nas jurisprudências apresentadas anteriormente, que a interpretação do texto da Lei nº 9.296/96 em relação aos Direitos Fundamentais está longe de ser pacífica, inclusive nas três instâncias do Poder Judiciário. O debate recente é no sentido de que em casos extremos, outras searas do Direito, neste caso a Cível, podem utilizar-se deste meio de obtenção de meio de prova e autorizar a medida excepcional da interceptação telefônica desde que em situações excepcionais, quando houver colisão entre Princípios Constitucionais,

¹⁴¹ Cabe ressaltar que, em lugar de interceptar o telefone do pai-foragido que subtraiu seu filho menor, utilizando-se da medida extrema, bastava ter determinado à operadora de telefonia rastrear as ligações telefônicas pelas antenas de telefonia, estações rádio-base (ERBs), utilizadas nas chamadas realizadas e recebidas pelo pai-foragido. O monitoramento do movimento do suspeito ou procurado, a partir das antenas de telefonia, estações rádio-base (ERBs), não se confunde com a medida extrema de interceptação telefônica, buscando-se apenas descobrir o paradeiro do investigado/procurado. Não há neste caso qualquer aviltamento ao artigo 5º, XII, da CF e artigo 10 da Lei nº 9.296/96. E em um segundo momento, bastaria aplicar o artigo 40 do CPP manejando o caso na seara penal em relação à averiguação da suposta prática do crime do artigo 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente - subtração de menor -, requerendo a interceptação telefônica nos moldes da Lei nº 9.296/96.

¹⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2. Câmara Criminal). **Habeas Corpus nº 70039916408/RS**. Impetrante: Francisco de Paula Marques. Paciente: Jaime Decio Azambuja da Silva. Impetrado: Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de São Gabriel. Relator: Desembargador Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Porto Alegre/RS, 16 de dezembro de 2010. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&ver_sao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70039916408&num_processo=70039916408&codEmenta=3963477&temIntTeor=true. Acesso em: 28 set.. 2011.

¹⁴³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (2. Câmara Criminal). **Recurso Criminal nº 2006.023869-0, Sombrio/SC**. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Alexandre de Melo. Relator: Desembargador Irineu João da Silva. Florianópolis/SC, 29 de agosto de 2006. Disponível em: <http://tjsc6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>. Acesso em: 28 set.. 2011.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P.48 - 49.

utilizando-se da interpretação sistemática¹⁴⁵ relativa ao caso em concreto, deve-se ponderar valores e ante a impossibilidade de manutenção de ambos os preceitos.

Criar sentidos contraditórios a partir do processo interpretativo dado à lei de maneira autônoma, não é a técnica mais adequada, como adverte Lenio Luiz Streck ao referir-se ao processo interpretativo, onde o jurista não reproduz o sentido da lei, ele cria o sentido que mais lhe convém em relação a interesse teórico e político, onde os sentidos contraditórios nem sempre são verdadeiros. Afirma que “O significado da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete”.¹⁴⁶ A preocupação gira em torno da interpretação ou uso, que venha a ser dada à lei e não com a lei propriamente dita, até porque, em sentido abstrato, nada significa, sendo seu sentido atribuído dogmaticamente e no caso concreto.¹⁴⁷

Laurence Tribe e Michael Dorf comentam que:

Talvez não seja terrivelmente surpreendedor verificar que as deliberações judiciais, como todas as discussões legais, não podem ser reduzidas a processos científicos de dedução e indução, embora algumas pessoas aparentemente continuem a se surpreender com tal evidência. A impossibilidade incontestável de “provar” não pode ser traduzida – como alguns parecem acreditar – por uma determinação definitiva de que *todas* as interpretações da Constituição seriam igualmente aceitáveis. E tampouco significaria que a única forma de julgar uma interpretação é questionar se ela avança ou retarda a esperança de uma sociedade boa.¹⁴⁸

A interpretação conforme a Constituição está sendo relegada a um segundo plano quando se trata em dar sentidos a normas e leis infraconstitucionais. Intérpretes têm lançado mão de técnicas de interpretação como a sistemática, criando sentidos em relação a uma norma constitucional sujeita à interpretação, com outras do mesmo texto ou de leis infraconstitucionais interligadas ao mesmo objeto, verificando-se o nexo entre regra e

¹⁴⁵ Vale dizer, o intérprete faz escolhas normativas, opta por critérios ou tópicos de exegese, mas sempre guiado pelo patrocínio superior, sistemático e jurídico do princípio da hierarquização axiológica. É precisamente a utilização desse metacrítério que permite, dentre ‘n’ possíveis, a eleição daquela exegese mais sistemática e, por conseguinte, mais ajustada à teleologia substancial da ordem jurídica. PASQUALINI, Alexandre. Sobre a interpretação sistemática do direito. **Revista do Tribunal Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 7, n. 4, p. 95-109, out./dez. 1995. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22178/interpretacao_sistemica_direito.pdf?sequence=1. Acesso em: 23 out. 2011. p. 104 -105.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seu reflexos penais e processuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 35.

¹⁴⁷ Ibid., p. 36.

¹⁴⁸ DORF, Michael C. Tribe, Laurence H. **Hermenêutica Constitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 18.

exceção, sob a escusa de torna-la mais clara e objetiva. Em se tratando de cláusula pétrea,¹⁴⁹ os Direitos individuais, a interpretação sistemática deve ser rechaçada, pois a princípio deve ficar restrita a normas e leis infraconstitucionais compatíveis, pois a interpretação dos preceitos contidos no inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal não podem sofrer alterações interpretativas do julgador, mesmo em casos excepcionais. A alteração textual via interpretação sistemática é mutação Constitucional.¹⁵⁰

Neste sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz adverte que:

A interpretação conforme a Constituição não pode mudar o sentido da norma, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo que o discurso de aplicação fosse transformado em um novo discurso de fundamentação. Em outras palavras, é de se reconhecer que o limite entre a ação de legislar e de julgar é nebuloso, estamos entre aqueles que entendem que tal distinção, mas do que possível, é necessária para a garantia da democracia. O limite entre os discursos de aplicação e de fundamentação é bem tênue, daí porque o supremo precisa ser cauteloso quando do emprego da técnica decisória da “interpretação conforme a Constituição”, haja vista os riscos que pode representar o princípio da divisão dos poderes.¹⁵¹

Entende-se que falta compatibilidade entre a redação da Lei nº 9.296/96 e o prescrito nos Códigos Civil e Processo Civil ou outro que não seja da seara penal, a operacionalização da citada lei encontra respaldo apenas na seara penal conforme interpretação constitucional. Decidir de maneira contrária às normas ou ao arripio da lei, utilizando-se da interpretação sistemática para protagonizar uma situação de desburocratização do sistema jurídico em consequência da inércia do mesmo ao solucionar as lides que lhe são postas, invocando situações de excepcional necessidade, é abalar a segurança jurídica, é ferir o Devido Processo Legal, é perder a noção do ideal democrático.

2.1.2 Interceptação telefônica: Meio lícito e legítimo de prova?

É cediço que no Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, Direito Trabalhista são admitidos todos os meios de prova de natureza lícita para se chegar a uma

¹⁴⁹ As cláusulas pétreas inseridas na Constituição Federal brasileira de 1988 encontram-se dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: A forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

¹⁵⁰ Mutações Constitucionais consistem em aplicar processos informais de interpretação a normas constitucionais sem alterar a sua literalidade expressa, conferindo ao texto novos significados, sentidos e alcances, com vistas à realização efetiva dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos.

¹⁵¹ No sentido do recrudescimento dos direitos em relação ao Direito penal. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Os riscos para a Democracia de uma Compreensão Indevida das Inovações no Controle de Constitucionalidade. In: **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro, p. 103, 2009.

verdade material e real com observância ao Devido Processo Legal e com total segurança jurídica. O empréstimo de prova entre as diversas searas do Direito só traz benefício, dando celeridade aos feitos, trazendo economia processual às partes, dentre outras vantagens.

Para a produção de provas, há toda uma formalidade processual a ser seguida, como a tomada de depoimentos, interrogatórios, perícias, laudos diversos, apreensão de objetos utilizados em um crime ou produto de um crime, acareação, filmagens, fotografias, onde numa primeira visão, toda a produção de prova passa primeiro pelo crivo do contraditório e ampla defesa para serem aceitas como prova em um Processo Penal. Antes disto, são tratadas como elemento de prova, meio de prova¹⁵² ou instrumento de prova, pois estes compõem a estrutura analítica da prova, que dependerão de uma comprovação dentro de um contexto probatório, onde se buscará a materialidade e por consequência, a aceitação como prova em uma demanda processual.

Darci Guimarães Ribeiro ao conceituar prova, pondera que:

Ao se conceituar prova, dever-se-á ter por certo que, segundo a Constituição Federal, art. 5º, inc. LVI, não serão admitidos no processo as provas obtidas através de meios ilícitos, ou seja, os fatos alegados pelas partes só poderão ser considerados legitimamente provados, se a demonstração da veracidade desses for obtida por meios admitidos ou impostos pela lei, decorrendo daí uma divisão criteriológica que visualizará a prova, sob o seu aspecto objetivo ou sob o seu aspecto subjetivo.¹⁵³

¹⁵² Os meios de prova, que são as fontes probantes de demonstração da verdade, ou seja, o elemento *objetivo* do conceito de prova, esculpido no art. 332 do C.P.C., dizendo que todos os *meios* legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos, *e.g.*, a prova documental, a prova testemunhal, etc. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998. p. 64.

¹⁵³ Esse preceito constitucional, insculpido na C.F. de 1998, tenta encerrar com uma celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas obtidas através de meios ilícitos. É contrária à admissibilidade das provas obtidas ilicitamente Ada Pellegrini Grinover, quando diz: “Sendo inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido”. E continua mais adiante: “[...] é necessário a correlação entre o ato ilícito, material, da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade e ineficácia processuais somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do direito constitucional”, *Liberdades Públicas e Processo Penal*, RT, 1982, p.160. Também, dentre inúmeros outros, João Carlos Pestana de Aguiar Silva, quando diz sinteticamente que “a imoralidade na obtenção da prova, seja de qual grau for, a invalida inteiramente”, *Introdução ao Estudo da prova*, in Revista forense, vol. 274, 1974, p. 39. De outra banda, sendo favorável à admissão das provas ilícitas: entre eles, citamos Hélio Thornaghi, que entende que a prova proibida pelo direito é inadmissível. Todavia, quando a prova for obtida, violando normas do direito material, o juiz não pode simplesmente desconsiderar que a parte disse alguma coisa, também não poderá admitir esse meio como prova, sugerindo seja aceito pelo juízo como indício, e tudo que se descobrir lícitamente, a partir desses indícios, é válido e admissível em juízo; *Instituições de Processo Penal*, Saraiva, v. 3. Também o Min. Cordeiro Guerra, quando diz: “Nesse caso, creio que razão assiste à nossa jurisprudência; pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime”. *Valor Probante das Confissões Extrajudiciais*, in Revista Forense, vol. 285, p. 05. Não é outro o sentido do Min. Raphael de Barros Monteiro, in R.T., vol.194, pp.157s, como também do Des. Barbosa Moreira, quando conclui que a absolutização do direito à intimidade acarreta uma restrição à liberdade da parte de produzir prova em juízo; *Temas de Direito Processual*, 2ª série, 1980, p. 9. José Roberto Bedaque sustenta que o juiz poderia buscar a prova de ofício, escamoteando, assim, a ilicitude, ob. Cit.,p. 99. [...]. *Ibid.*, p. 65.

O cuidado se exige ao analisar e admitir o uso da prova ilegítima e/ou ilícita¹⁵⁴ em casos específicos, a doutrina e a jurisprudência tem admitido no sentido de salvaguardar um bem maior: a liberdade. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, ao vedar à admissão no processo às provas obtidas através de meios ilícitos, o fez para proteger o indivíduo e a sociedade dos abusos do poder¹⁵⁵ do Estado ou de terceiros.¹⁵⁶

Darci Guimarães Ribeiro tece considerações sobre a prova em seu aspecto objetivo e também em seu aspecto subjetivo:

[...] O problema da prova obtida por meios ilícitos reside no conceito de prova, pois, se entendermos a prova no seu sentido objetivo, de valorização do meio, então haveremos de proibir o seu uso, porque ilícito o meio, ilícito o conteúdo. Mas, se nós privilegiarmos o critério subjetivo, valorizando o conteúdo, a convicção, só o meio será ilícito, e não o conteúdo. E, se o conteúdo vale, porque valorizando o critério subjetivo, é possível aceita-lo, desde que haja algo mais ilícito que o meio utilizado para obtenção da prova. Aqui se protege o valor justiça do caso concreto, em detrimento da segurança jurídica. Só dessa maneira é possível adotarmos a teoria da proporcionalidade [...].¹⁵⁷

Em se tratando de interceptação telefônica como meio de prova para se produzir prova, a intenção do legislador ao elaborar o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal do Brasil, teve o intuito de restringi-la à esfera criminal. Em interpretação puramente gramatical, não há que se cogitar interceptação telefônica no cível, administrativo, trabalhista ou qualquer área do Direito a não ser a penal, sendo restrita ainda aos casos de crimes apenados com reclusão. A omissão constitucional em relação ao empréstimo de tal meio de prova ou não em

¹⁵⁴ A doutrina e a jurisprudência tem admitido o uso da prova ilegítima e/ou ilícita em casos específicos, no sentido de salvaguardar um bem maior: a liberdade. "Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu." - RE nº 212.081, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 05 de dezembro de 1997, Primeira Turma, DJ de 27 de março de 1998. No mesmo sentido: AI nº 769.798 - AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 01 de fevereiro de 2011, Primeira Turma, DJE de 23 de fevereiro de 2011. Vide: RE nº 583.937-QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 19 de novembro de 2009, Plenário, DJE de 18 de dezembro de 2009, com repercussão geral; HC nº 75.338, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 11 de março de 1998, Plenário, DJ de 25 de setembro de 1998.

¹⁵⁵ MP-RJ denuncia bando especializado em grampos ilegais. São Paulo - Quatro integrantes de uma quadrilha especializada em grampos ilegais no Rio de Janeiro foram denunciados hoje pelo Ministério Público do Estado. Também foi requerido a quebra de sigilo bancário dos denunciados. De acordo com a denúncia, o grupo era chefiado pelo inspetor de Polícia Civil José Maurício Fritz Bellini de Andrade, em sociedade com Geci Frias, Renato Cavalcanti da Silva e Marcelo Frias da Silva. Segundo o MP, todos foram presos na manhã de hoje. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Ps6JomSbe38J:noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia/2011/07/11/mp-rj-denuncia-bando-especializado-em-grampos-ilegais.jhtm+granpos+ilegais&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 ago. 2011.

¹⁵⁶ *Ad exemplum* o recente escândalo de escutas telefônicas ilegais em Londres, Inglaterra envolvendo funcionários do jornal *News of the World* no grampo telefônico de que milhares de pessoas, entre elas atores, políticos, jogadores de futebol, apresentadores de TV e outras celebridades tiveram seus telefones interceptados ilegalmente. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,entenda-o-escandalo-dos-grampos-envolvendo-o-news-of-the-world,744902,0.htm>. Acesso em: 07 set. 2011.

¹⁵⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998. p. 65.

outras searas do Direito diferidas do penal é superada pelo entendimento de que a prova só pode ser emprestada se puder ser produzida na própria área do Direito a ser utilizada.

A intenção do legislador constitucional foi no intuito de autorizar a produção deste meio de prova para fins de investigação criminal ou instrução processual penal conforme reza o artigo 5º inciso XII da Carta Magna. Nesta linha, o bem a se resguardar é a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Os incisos X e XII do seu art. 5º integram o mesmo núcleo de normas - Direitos e Garantias Fundamentais -, não se podendo afirmar, assim, numa hierarquização entre eles, impondo-se compatibilizar os seus textos.

O empréstimo de tal meio de prova obtido por interceptação telefônica mesmo que autorizada por ato judicial, só se prestaria para o objeto investigativo para qual foi autorizada e nas circunstâncias que a Constituição Federal prevê e a Lei nº 9.296/96 regulamenta, ou melhor, para fins de investigação criminal e de instrução processual penal. O empréstimo ou não do meio de prova evidenciado pela interceptação telefônica em outras áreas do Direito, estranha à investigação criminal ou instrução processual penal, sua vedação para outra seara se dá pela previsão constitucional no tocante à proteção da imagem e intimidade do cidadão. Se não houvesse tal restrição, casos de falta trabalhista, adultério, atrasos de funcionários públicos ao chegar ao trabalho e muitos outros casos, poderiam lançar mão deste meio de prova como empréstimo para suas demandas processuais.

Neste sentido, o artigo 2º, incisos I, II e III da Lei nº 9.296/96 é determinante em relação aos casos os quais não será admitida a interceptação telefônica; se o fato a ser investigado pela demanda cível, trabalhista ou administrativa puder ser feita por outros meios disponíveis de prova não será admitida seu empréstimo, reforçando também o entendimento de que não há pena de detenção e/ou reclusão em outras searas do Direito que não a penal, o seu empréstimo torna-se vedado.

Por sua vez, gestões feitas por Corregedorias Disciplinares de diversos seguimentos do Estado, União e Ministério Público¹⁵⁸ ao Poder Judiciário, com o fito de reprimir e punir com

¹⁵⁸ A União e o Ministério Público Federal impetraram Recurso Extraordinário no sentido de se utilizar provas oriundas de interceptação telefônica em Ação de Improbidade Administrativa em curso na 14ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, bem como no PAD instaurado perante a Polícia Federal. Porém, apesar da concessão de medida liminar na Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 1.403-BA, o Juízo de Primeiro Grau, decretou a ilicitude da prova e inutilização da mesma, sendo seguido pelo Tribunal Regional Federal da 1. Região, onde ocorreu trânsito em julgado a sentença, perdendo-se o objeto da Medida Cautelar na Ação Cautelar e do Recurso Extraordinário em questão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 596425-BA**. Recorrente: Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União. Recorrido: Rodrigo dos Santos Leitão. Advogado: Maurício Vasconcelos. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília/DF, 21 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=171&dataPublicacaoDj=15/09/2010&incidente=2657782&codCapitulo=6&numMateria=133&codMateria=3>. Acesso em: 06 nov. 2011.

mais celeridade as faltas/transgressões de funcionários públicos, por intermédio de Processos Administrativos Disciplinares e Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa,¹⁵⁹ invocaram o Princípios do Interesse Público sobre o Interesse Individual, Proporcionalidade e Razoabilidade, em relação ao empréstimo deste meio de prova, tese esta já abarcada nas Cortes Superiores, mudando o entendimento sedimentado em diversos em juízos de 1º e 2º graus.¹⁶⁰

A jurisprudência atual nos Tribunais Superiores e demais instâncias do Judiciário, em relação à utilização da interceptação telefônica como prova emprestada, tomou como marco o julgamento da Questão de Ordem no Inquérito nº 2424 RJ – STF,¹⁶¹ julgado em 20 de junho de 2007 pelo Tribunal Pleno, passando a ser viável o empréstimo deste meio de prova para outras searas que não a penal.

A ementa publicada na Questão de Ordem acima mencionada firmou entendimento autorizando o uso em Processo Administrativo Disciplinar, das provas colhidas com

¹⁵⁹ A Medida cautelar com pedido de liminar foi proposta para prestar efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, em síntese, impediu a utilização, em outros processos, do conteúdo interceptado em comunicação telefônica. O pedido tem como origem, Mandado de Segurança nº 2005.01.00.029187-1/BA impetrado por Policial Federal contra o Juiz da 2ª vara da Seção judiciária do Estado da Bahia, que deferiu a utilização da prova obtida por monitoramento telefônico – a princípio para a instrução de processo criminal – para a instrução de processo administrativo disciplinar e ação de improbidade administrativa. O Mandado de Segurança foi provido pelo Tribunal Regional Federal da 1. Região no sentido da imprestabilidade da prova colhida mediante interceptação telefônica, ainda que autorizada judicialmente na esfera penal, não pode ser utilizada em outros processos, civis ou administrativos. Esse direito, líquido e certo, está assegurado no art. 5º, XII, da Constituição Federal. Foi concedida a medida liminar na Medida cautelar pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em 9 de outubro de 2006, restando prejudicado em virtude de perda de objeto, tendo em vista a decretação da ilicitude da prova pelo Juízo de Primeiro Grau, inclusive com trânsito em julgado em 2ª Instância e inutilização da mesma em 21 de setembro de 2011, decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 1.403-BA.** Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Rodrigo dos Santos Leitão. Advogado: Maurício Vasconcelos. Instado: União. Relator: Ministro Meneses Direito. Brasília/DF, 09 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=201&dataPublicacaoDj=19/10/2006&incidente=3703357&codCapitulo=6&numMateria=155&codMateria=2>. Acesso em: 06 nov. 2011.

¹⁶⁰ A Reclamação com pedido de liminar contra o relator dos agravos de instrumento 2006.01.00.045365-0 e 2006.01.00.044174-5, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, foi proposta pelo Ministério Público Federal no sentido de que o magistrado teria “*impedido o regular processamento da ação de improbidade administrativa*” ao conceder efeito suspensivo ao recurso para suspender a decisão que recebeu a inicial da ação de improbidade até o julgamento do mesmo. A concessão girou em torno da vedação da quebra de sigilo telefônico em ação de improbidade e em um segundo momento no afastamento indevido das autoridades públicas. Foi concedida a liminar na Reclamação nº 4.944-BA/STF para sustar os efeitos das decisões indicadas do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e posteriormente sendo confirmado pelo Tribunal Pleno em 27 de novembro de 2007. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.944-BA.** Reclamante: Procurador-Geral da República. Reclamado: Relator dos agravos de instrumento nº 2006.01.00.045365-0 e 2006.01.00.044174-5 do Tribunal Regional Federal da 1. Região. Advogado: César Augusto Prisco Paraiso e outro; Luiz Viana Queiroz e outro. Instado: Rodrigo dos Santos Leitão, Marco Antônio Silveira e outro Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília/DF, 27 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2490648>. Acesso em: 06 nov. 2011.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Questão de Ordem em Inquérito nº 2424-4-RJ.** Autor Ministério Público Federal. Denunciado: P.G.O.M; J.R.S.R; J.E.C.A; J.S.L.P; E.L.P.D; V.O.M. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília/DF, 25 de abril de 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/arquivos//peluso-ementa-voto-20-06.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2011.

autorização judicial em investigação criminal ou em instrução processual penal, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação as quais foram colhidos ou contra outros servidores onde os supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova, sob o argumento de que “com a colheita legítima, já se rompeu a intimidade que o ordenamento, na forma da lei e da Constituição, tende a resguardar em termos relativos”.¹⁶²

Antes desta decisão, alguns Tribunais¹⁶³ pátrios emanaram entendimento contrário a este, no sentido de que não há previsão legal e constitucional em relação ao empréstimo deste meio de prova para outras searas que não a penal.¹⁶⁴ Esta mudança de entendimento culminou com Reexames Necessários¹⁶⁵ de acórdãos em diversas ações nos Tribunais, os quais reapreciaram as decisões sem trânsito em julgado, alterando o entendimento dos magistrados de 1º grau sob o tema. Apesar de não ter caráter vinculante e não ter sido unânime a decisão tomada na Questão de Ordem no Inquérito nº 2424 RJ/STF pelo Tribunal Pleno, todas as

¹⁶² Excerto do voto do Sr. Ministro Relator da Questão de Ordem no Inquérito nº 2424 RJ/STF.

¹⁶³ Ver referências de casos, p. 162: MS 2005.01.00.029187-1/BA/TRF1; MS nº 2003.04.01.020230-5/TRF4; AMS 2003.70.02.008443-5/PR/TRF4; Embargos de Declaração em Apelação/Reexame necessário nº 2003.70.02.008443-5-PR.

¹⁶⁴ Ver: EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS. LIMITAÇÃO. UTILIZAÇÃO PARA FINS ADMINISTRATIVO-FISCAIS DESVINCULADOS DO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. INDEVIDA VIOLAÇÃO DE SIGILO. ATUAÇÃO ESTATAL. POSSIBILIDADE ATRAVÉS DE PODERES FISCALIZATÓRIOS E DE AUDITORIA PRÓPRIOS. 1. O afastamento do sigilo das comunicações telefônicas é limitado às hipóteses e à forma estabelecida em lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e, em quaisquer dos casos, por ordem judicial. 2. Não pode a gravosa e excepcional prova penal de interceptação telefônica ser utilizada para perseguir pessoa, e não fatos certos, ou para perseguir-la por diferentes crimes, ou para perseguir terceiros. Pior, não pode essa prova excepcional ser compartilhada com instâncias cíveis (administrativas e fiscais), que originalmente sequer a poderiam pleitear ao competente juiz. 3. Ausente o resultado típico do crime material contra a ordem tributária, a remessa do conteúdo obtido mediante interceptação telefônica à autoridade fazendária para utilização em atividade de natureza administrativa desvinculada do objeto da investigação criminal caracteriza indevida violação de sigilo constitucionalmente assegurado aos indivíduos. 4. Não há falar em inibição da atuação do Estado como decorrência de não serem compartilhados dados sigilosos, por já possuir a Receita Federal prerrogativas de acesso que lhe permitem a regular atuação fiscal. ACÓRDÃO: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Porto Alegre, 20 de novembro de 2007. BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Região (7. Turma). **Mandado de Segurança nº 2007.04.00.025894-0-PR**. Impetrante: Ricardo Marques Anhaia e outros. Impetrado: Juízo substituto da 2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba-PR. Relator: Desembargador Federal NÉFI CORDEIRO. Porto Alegre, RS, 20 de julho de 2007. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200704000258940&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada= Acesso em: 10 abr. 2009.

¹⁶⁵ *Ad exemplum*: BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Região (4. Turma). **Embargos de Declaração em Apelação/Reexame necessário nº 2003.70.02.008443-5-PR**. Embargante: União Federal. Embargado: Acórdão proferido pelo Desembargador Amaury Chaves de Athayde, em 29 de março de 2006. Interessado: Geraldo Rosemberg Augusto de Faria e outros. Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, PR, 29 de março de 2006. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200370020084435&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em: 10 abr. 2009.

cortes e magistrados de 1º instância, passaram a seguir este entendimento, deixando de lado toda uma construção doutrinária e jurisprudencial sequentes a Constituição.

Este entendimento não é pacífico entre os profissionais do Direito,¹⁶⁶ principalmente entre os doutrinadores¹⁶⁷ constitucionais e penais, sob o argumento de que inexistente a previsão legal acerca da utilização das interceptações além da esfera penal.¹⁶⁸ Ademais, o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, de exceção à regra do segredo das comunicações - proteção à intimidade -, há que ser interpretado restritivamente, sob pena de violação não autorizada ao Direito Fundamental. A interpretação restritiva só permite o uso desta prova na instrução processual penal, não existindo menção acerca de procedimento ou processo administrativo, cível ou trabalhista. O constituinte ao tratar da invasão dos Direitos Fundamentais do cidadão, fez de modo excepcional, visando apenas a sua utilização para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A exceção ao direito fundamental não comporta qualquer interpretação extensiva ou sistemática, pois não se pode entender que o legislador pretendeu o empréstimo deste meio de prova ou seu produto para instrução em processo disciplinar, cível ou trabalhista, mesmo quando produzida em consonância com as determinações legais.

Alegam alguns magistrados, Ministério Público e autoridades administrativas que a prova quando produzida de acordo com a legislação pertinente, tratando-se de prova legítima e lícita, pode ser emprestada para o âmbito administrativo ou cível atendendo ao interesse público. Em sentido diverso, a utilização da prova emprestada produzida com base em exceção para fins penais, sob o argumento do tão aclamado interesse público, fere o comando inserido no artigo 5º incisos X e XII da Constituição e se reveste de manobra para desviar a própria exceção estabelecida pela mesma Carta Magna.

¹⁶⁶ Entendimento neste sentido é o da ilustre Desembargadora Federal Tânia Terezinha Cardoso Escobar, em artigo publicado na Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, intitulado "Monitoramento telefônico - Lei 9.296/96" assentou, em relação ao conteúdo das interceptações telefônicas, que em momento algum permite a lei à utilização do resultado das diligências em outro processo, ou seja, só pode ser utilizada como prova no processo para o qual foi colhida. ESCOBAR, Tânia Terezinha Cardoso. **Monitoramento telefônico - Lei 9.296/96**, Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, RTRF4 nº 25. p. 188. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/visualizar_documento.php?id_revista=293. Acesso em: 10 mar. 2009.

¹⁶⁷ Luiz Flávio Gomes em relação ao empréstimo de prova colhida mediante interceptação telefônica assevera que: [...] a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser 'emprestada' (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito [...] essa prova criminal deve permanecer em 'segredo de justiça'. GOMES, Luiz Flávio. **in Interceptações Telefônicas**. São Paulo: RT, 1997. p. 118 -119.

¹⁶⁸ Entendimento também seguido por Lenio Luiz Streck, quando do empréstimo da prova colhida mediante interceptação telefônica para outra seara do direito que não a penal. "E, sendo a Lei dirigida especificamente ao processo penal, é evidente que não será possível o uso da prova colhida mediante interceptação em outro processo, é dizer, a dicção da Lei 9.296 não dá azo ao uso da assim denominada prova emprestada." STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37.

O interesse público só justifica a violação da regra constitucional para dois fins: a investigação criminal e/ou instrução processual penal. Estendendo-se a aplicabilidade da norma para fazer uso das interceptações telefônicas, ainda que tenham sido autorizadas para os fins previstos na Constituição Federal, como prova emprestada em outros ramos do Direito, diferente do penal, sob o falível fundamento do interesse público, torna(ria) sem sentido a própria exceção constitucional. Talvez fosse possível admitir tão-somente que outros elementos de prova – documentos, objetos, até mesmo histórico de chamadas – mesmo que advindos de informações da interceptação telefônica, possam ser utilizados, mas os diálogos interceptados, não!

O argumento de que a “com a colheita legítima, já se rompeu a intimidade que o ordenamento, na forma da lei e da Constituição, tende a resguardar em termos relativos” ou “rompida esta, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar”¹⁶⁹ ou ainda, “Uma vez decretada a quebra, o sigilo está quebrado, tanto assim que todas as sentenças criminais são públicas”¹⁷⁰ é burlar o comando constitucional pois “a quebra de sigilo é uma excepcionalidade, já que a privacidade é um Direito Fundamental assegurado pela Constituição”,¹⁷¹ quer seja o cidadão investigado ou não.

2.1.3 Concessão judicial de interceptação telefônica: Limites e possibilidades

O legislador ao descrever os preceitos contidos na Lei nº 9.296/96 em seu artigo 1º fez referência à ordem do juiz competente da ação principal e o fez admitindo a existência de uma ação criminal em andamento, com denúncia oferecida pelo Ministério Público ou por um Inquérito Policial também em andamento,¹⁷² com ciência do Juiz competente por distribuição. Não pode o Estado munir-se de tal artifício para investigar fatos ou crimes que ainda em tese vão se consumir, num plano futuro, sem uma ação criminal em andamento ou sem um Inquérito Policial em curso.

¹⁶⁹ Excerto extraído do voto do Sr. Ministro Relator Cezar Peluso, na Questão de Ordem no Inquérito nº 2424 RJ/STF.

¹⁷⁰ Excerto extraído do voto do Juiz Márcio Antônio Rocha no AMS 2003.70.02.008443-5/PR/TRF4.

¹⁷¹ Excerto extraído do voto do Sr. Ministro Gilmar Mendes no Habeas Corpus nº 96056-PE/STF.

¹⁷² Os arts. 1º e 3º, da Lei n.º 9.296/96 preveem que a diligência extrema pode ser deferida como meio de prova em investigação criminal, evidentemente compreendida como formalização física (em documentos, portanto) dos resultados obtidos pela polícia.

A investigação prospectiva¹⁷³ ou investigação de fatos ou crimes que ainda em tese vão se consumir, deve ser rechaçada, pois a medida excepcional de quebra de sigilo se presta a investigar fatos pretéritos, não futuros. A nulificação da prova em face deste aspecto decorre da seguinte premissa: em um Estado Democrático de Direito não se tolera a perseguição de pessoas, somente de delitos.¹⁷⁴ Há decisão em sede de *Habeas Corpus* neste sentido, onde o entendimento é de que não pode haver interceptação telefônica sem que seja instaurada a devida investigação criminal - artigo 3º, inciso I, da Lei nº 9.296/96. É certo que a lei não se refere tão somente a Inquérito Policial instaurado, pois a apuração pode ser feita também pelo Ministério Público.¹⁷⁵

A autoridade policial e/ou Ministério Público numa investigação criminal em curso, concluindo pela utilização da exceção à regra e excluindo as inadmissibilidades contidas nos

¹⁷³ Ver: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CONCLUSÃO DO INQUÉRITO. DEMORA EXCESSIVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO. HABEAS CORPUS EM FAVOR DE PESSOA JURÍDICA. I. Não pode o indiciado ficar *ad eternum* sujeito às investigações de um órgão policial. A investigação mediante inquérito é discricionária, mas não arbitrária. Tem limites, como prazo para conclusão, não podendo prolongar-se indefinidamente. II. A demora excessiva na conclusão do inquérito policial viola o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e dos meios que garantem a celeridade de sua tramitação”. **III. Não existe interceptação para sondar, ou, como geralmente se diz, por interceptação por prospecção, isto é para se descobrir se uma pessoa está, ou não, envolvida em algum crime.** IV. De uma primeira interceptação de sigilo telefônico pode-se descobrir a participação de novos agentes e determinar novas quebras, sem ultrapassar o prazo máximo de trinta dias de interceptação de uma mesma pessoa. V. Concede-se habeas corpus para proteger a liberdade de locomoção (CF/88, art. 5º, LXVIII). Logo, não pode ser impetrado em favor de pessoa jurídica. BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Região (3. Turma). **Habeas Corpus nº 2008.01.00.059558-2-DF**. Impetrante: Amâncio da Conceição Machado. Impetrado: Juízo Federal da 10. Vara-DF. Paciente: Aldibra Assessoria e Planejamento LTDA e Wagner dos Santos. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Brasília, DF, 02 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>. Acesso em: 11 abr. 2011. Grifos nossos. Ver também entrevista do Sr. Ministro Gilson Dipp a Folha de S. Paulo, Sucursal de Brasília: DIPP, Gilson. **Varas especializadas são exemplo para o mundo.** Para novo corregedor do CNJ, varas especializadas em combate à lavagem de dinheiro são exemplo para o mundo. [15 setembro 2008]. Entrevistador: Felipe Seligman. Entrevista concedida a Folha de S. Paulo. Sucursal de Brasília. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=&cod=492836>. Acesso em 20 set. 2011.

¹⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Região (7. Turma). **Mandado de Segurança nº 2007.04.00.025894-0-PR**. Impetrante: Ricardo Marques Anhaia e outros. Impetrado: Juízo substituto da 2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba- PR. Relator: Desembargador Federal NÉFI CORDEIRO. Porto Alegre, RS, 20 de julho de 2007. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200704000258940&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada= Acesso em: 10 abr. 2009.

¹⁷⁵ Ver decisão nos autos do *Habeas Corpus* nº 2005.01.00.068503-8/GO a terceira turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, concedeu a presente ordem de *Habeas Corpus* impetrada pelo Ministério Público Federal em favor dos indiciados no inquérito nº 2005.35.00.013177-0, instaurado pela Delegacia de Polícia de Imigração da Superintendência de Polícia Federal em Goiás, cuja ementa ficou assentada da seguinte maneira: 1. Não pode haver interceptação telefônica sem que seja instaurada a devida investigação criminal (art. 3º, I, da Lei 9.296, de 24.07.1996). É certo que a lei não se refere a Inquérito Policial instaurado, pois, a apuração pode ser feita pelo Ministério Público. Investigação criminal, na hipótese, está em sentido amplo. É inadmissível que a medida cautelar perdure por longo meses, sem instauração de qualquer investigação criminal. 2. Nulidade das gravações telefônicas feitas antes da investigação criminal. BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Região (3. Turma). **Habeas Corpus nº 2005.01.00.068503-8-GO**. Impetrante: Helio Ferreira Heringer Junior. Impetrado: Juízo Federal da 11. Vara-GO. Paciente: Sigiloso. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>. Acesso em: 10 abr. 2009.

incisos do artigo 2º da Lei nº 9.296/96 que, pela característica do crime em comento e pela sua extensão e gravidade, mereça por via de exceção o rompimento da regra constitucional, podem solicitar tal medida ao juiz responsável pelo Inquérito Policial ou investigação criminal, que ao analisar o pedido, poderá determinar tal medida a requerimento dos mesmos, conforme preceitua o artigo 3º da lei 9.296/96. Neste mesmo artigo, o legislador fez menção ao deferimento da medida de ofício pelo Juiz, o que causou diversas manifestações entre os profissionais do Direito quanto à possibilidade do juiz determinar de ofício interceptações telefônicas sob o perigo de afetar o princípio da imparcialidade e por consequência o Devido Processo Legal.

A determinação de interceptação telefônica de ofício pelo juiz já foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.450,¹⁷⁶ intentada pelo Procurador-Geral da República, à época, Claudio Fonteles e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.112,¹⁷⁷ cujo requerente foi o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Ambas encontram-se ainda em tramitação e neste ponto tiveram parecer favorável da Procuradoria Geral da República, pela procedência parcial das ações, tão-só para que se confira interpretação conforme a Constituição ao artigo 3º, “*caput*”, da Lei nº 9.296/96, sem redução de texto, a fim de que a sua aplicação fique limitada à fase processual.

Se a medida é determinada de ofício pelo juiz, há o perigo de vulnerar o modelo acusatório do processo, com os papéis já definidos pela lei: réu(s), Ministério Público, Defesa e Magistrado, este último com exclusiva competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual. O juiz ao tomar a iniciativa da prova, pode envolver-se psicologicamente com a mesma e comprometer a sua imparcialidade. Neste sentido, quanto à importância da imparcialidade do magistrado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.034/95 – *in verbis*: “Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei,¹⁷⁸ ocorrendo

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.450-DF**. Requerente Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Advogado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 31 de março de 2005. Disponível em: <http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2282869>. Acesso em: 12 jul. 2011.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.112-DF**. Requerente Partido Trabalhista Brasileiro - PTB. Advogado: Wladimir Sérgio Reale. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Advogado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 22 de julho de 2008. Disponível em: <http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?Incidente=2630565>. Acesso em 12 jul. 2011.

¹⁷⁸ Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: [...] III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. [...].

possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça”.

Sob a alegação de violação do Princípio do Devido Processo Legal, o Ministro Maurício Corrêa observou que o artigo 3º da Lei nº 9.034/95 cria um “procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente as provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão”.¹⁷⁹ A decisão foi dada pelos ministros ao julgarem parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570/STF.

O parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96 amplia a exceção à regra quanto à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, fato este que também gerou discussões no meio jurídico quanto ao monitoramento do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática,¹⁸⁰ sendo fruto de questionamento também na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.112, a qual, segundo o autor, o parágrafo único do artigo 1º e o “caput” do artigo 10 são inconstitucionais ao preverem interceptação de comunicação de informática ou telemática, uma vez que a Constituição apenas admite a interceptação telefônica.¹⁸¹

O entendimento majoritário de juristas entende que fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática é uma variante da comunicação telefônica onde, com o avanço tecnológico, o sistema de telefonia agregou tais tecnologias. Neste sentido, seguindo a mesma linha de raciocínio, Lenio Luiz Streck assevera que:

[...] não vislumbro inconstitucionalidade no dispositivo em comento. O parágrafo único, ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, apenas especificou que a lei

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570-DF**. Requerente Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Advogado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília/DF, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 01 jul. 2011. Decisão Final: O Tribunal, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9034, de 03 de maio de 1995, no que se refere aos dados “fiscais” e “eleitorais”, vencido o Senhor Ministro Carlos Velloso, que a julgava improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 12.02.2004. Acórdão, DJ 22.10.2004.

¹⁸⁰ Telemática é o conjunto de tecnologias de transmissão de dados resultante da junção entre os recursos das telecomunicações (telefonia, satélite, cabo, fibras ópticas etc.) e da informática (computadores, periféricos, softwares e sistemas de redes), que possibilitou o processamento, a compressão, o armazenamento e a comunicação de grandes quantidades de dados (nos formatos texto, imagem e som), em curto prazo de tempo, entre usuários localizados em qualquer ponto do planeta. Telemática é a comunicação à distância de um conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Telem%C3%A1tica>. Acesso em: 13 mar. 2012.

¹⁸¹ Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204112%20-%20parecer.pdf. Acesso em: 20 mar. 2011.

também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade “comunicações telefônicas”. Ou seja, objetivou a Lei estender a aplicação das hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas *a qualquer espécie de comunicação*, ainda que realizada mediante sistemas de informática existentes ou que venha a ser criados, *desde que tal comunicação utilize a modalidade “comunicações telefônicas”*. Isto porque o constituinte, ao utilizar a expressão “comunicações telefônicas”, deixou patente que abarcava a possibilidade de o Estado interceptar “informes em tráfego”, conforme muito bem lembra o Juiz Federal Ivan de Lira Carvalho. Quisesse o constituinte limitar a interceptação simplesmente aos telefonemas entre pessoas, não teria usado “comunicações” *lato sensu*.¹⁸²

Ressalta-se que, com a evolução dos meios de comunicação, tal entendimento é no sentido de abarcar a interceptação de comunicação telefônica, de informática ou telemática como um todo, pela razão de que o meio utilizado para transmissão e recepção de sinais ou dados são da mesma origem, entendendo como a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, expressa no artigo 1º da Lei nº 9.296/96, toda a comunicação a cabo ou ondas eletromagnéticas utilizadas na recepção ou transmissão de telefones fixos, móveis, computadores.

2.1.4 Condições de admissibilidade da concessão judicial de interceptação telefônica

O legislador ao elaborar o artigo 2º da Lei nº 9.296/96,¹⁸³ ao invés de apresentar um rol de admissibilidade, apresentou um rol de inadmissibilidade para se conceder ou não a medida extrema de interceptação telefônica. A partir do rol das inadmissibilidades legais, a discussão centra-se quando se tenta desvendar no inciso I,¹⁸⁴ o significado da expressão

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seu reflexos penais e processuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 42 - 43.

¹⁸³ 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.

¹⁸⁴ Neste sentido, Agapito Machado esclarece que: A lei, em vez de estabelecer os requisitos para a interceptação de comunicações telefônicas, indica as hipóteses em que não será admitida. Esta técnica, também utilizada em relação à fiança em que os artigos 323 e 324 especificaram os casos em que ela não será cabível, ora restringe, ora alarga o âmbito da interceptação se comparado com outros sistemas estrangeiros ou com as necessidades correntes da persecução criminal. O primeiro inciso impede a interceptação quando não estiver presente o pressuposto necessário de toda medida de natureza cautelar: o *fumus boni juris* ou a aparência do direito, que, no crime, engloba duas exigências: a probabilidade da autoria e a probabilidade de existência de infração penal. Machado, Agapito. **Reformas no direito processual penal**. Revista CEJ [Online], 1 12 Dez 1997. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/124/167>. Acesso em: 25 mai. 2011.

“indícios razoáveis da autoria”, uma vez que para se chegar aos “indícios”¹⁸⁵ faz-se necessária a investigação de uma ação pré-existente, onde a autoria ou a participação em infração penal já estiver, mesmo que tênue, delineada.

O conceito de indício, segundo Danilo Knijnik, é entendido como “circunstância certa da qual se tira, por indução lógica, a provas da subsistência do fato a ser provado, para distingui-lo da simples suspeição, que é apenas uma indicação possível, não de provável, responsabilidade, e constitui, pois, uma simples hipótese”.¹⁸⁶ Os indícios segundo o artigo 239 do Código de Processo Penal partem de uma circunstância pré-existente, conhecida e provada em relação ao fato e depende de outra ou outras circunstâncias para ser realizado o juízo de concordância em um cotejo judicial.

O juízo de concordância, para que os indícios sejam tratados como prova indiciária, segundo Danilo Knijnik, necessita de uma avaliação acerca do seu conjunto e não de sua forma isolada, que a partir dos indícios, o convencimento judicial pode ser formado. Maiores cautelas devem ser adotadas quanto ao modelo de constatação aplicável, pois seu uso *ad doc* não está autorizado vez que a mera possibilidade de ocorrência de um certo fato não pode ser considerada suficiente para reputá-lo ocorrido, é no grau de inferência entre o fato conhecido e o desconhecido, que repousa a força demonstrativa deste meio probatório.¹⁸⁷

Para melhor avaliação quanto ao modelo de constatação aplicável, o autor apresenta três métodos ou teorias de apreciação dos indícios: a) o tradicional; b) o eclético ou mediano; e c) de múltipla conformidade, também chamado da convergência ou da confluência positiva, os quais propõem formas diferentes de examinar os indícios.¹⁸⁸ Pela teoria tradicional explica o autor, cada indício deverá reunir três características: precisão, gravidade e concordância. Deve ser sempre real, certo e unívoco para atingir o grau de elemento probatório¹⁸⁹ configurando a teoria mais garantista. A teoria eclética ou mediana, a valoração dos indícios dá-se em duas etapas: a primeira acontece com a análise de cada indício para depois se analisar o conjunto deles, valorando-os isoladamente em termos de precisão e gravidade, como também, deve estar provada de maneira absolutamente rigorosa a existência de sua circunstância indiciante.

¹⁸⁵ Ver artigo 239 do Código de Processo Penal pátrio, segundo o qual “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Ver também artigo 156, inciso I do C.P.P.

¹⁸⁶ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 59.

¹⁸⁷ Ibid., p. 49.

¹⁸⁸ Ibid., p. 50.

¹⁸⁹ Ibid., p. 50.

Concluído este juízo inicial, passa-se a valoração em termos de concordância, restringindo-se o campo das múltiplas probabilidades a uma única certeza, onde cada indício certo e preciso, a partir do seu conjunto, chega-se a concordância. Esta teoria consiste na exclusão do juízo de fato baseado em apenas um indício, mesmo que certo e grave, pois é necessária uma pluralidade de indícios para se realizar o juízo de concordância.¹⁹⁰ Esta teoria, merece destaque no Processo Penal.

A terceira teoria apresentada pelo autor - a de múltipla conformidade - é mais flexível: o indício é valorado em uma fase única, uma valoração global e unitária, devem ser certamente graves, precisos e concordantes, mas sempre no seu conjunto e não isoladamente, valendo apenas o resultado final. Explica Danilo Knijnik que um indício não-grave ou não-preciso, só tem valor quando é capaz de, em conjunto com os demais que o integrem e o completem, levam à um juízo de certeza.¹⁹¹

Constatado os indícios razoáveis da autoria após realizado um juízo de concordância prévio ou constatado a participação em infração penal ante a realização de um juízo de certeza, aliado à extensão e complexibilidade da investigação do delito e a busca da prova não puder ser angariada por outros meios disponíveis de investigação, urge a utilização da interceptação telefônica como medida extrema. Sua utilização faz sentido em investigação de crimes complexos, onde a continuidade delitiva extrapola divisas estaduais ou nacionais, envolvendo uma associação entre pessoas, dificultando identificar a origem do ilícito, seu caminho percorrido e o destino final.

Não merecem crédito os indícios de segundo grau, ou seja, a presunção da presunção, no cotejo probatório para a concessão da medida extrema de interceptação telefônica, pois nos indícios de segundo grau, ao contrário dos indícios juridicamente válidos, o ponto de partida não é um fato certo, mas um fato incerto ou presumido.¹⁹² A necessidade do fato certo impede a aceitação dos indícios de segundo grau,¹⁹³ *ad exemplum* o convencimento formado exclusivamente com base em estatísticas e médias. A maioria da doutrina rechaça esta modalidade de indício, uma vez que no processo penal o indício de segundo grau não pode ter relevância, dado que é simplesmente uma suspeita, porque o indício mediato não está ligado ao fato-crime, mas está ligado a um indício de primeiro grau, que por sua vez é indiretamente conexo ao fato-delito.¹⁹⁴

¹⁹⁰ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 51.

¹⁹¹ Ibid., p. 52.

¹⁹² Ibid., p. 59.

¹⁹³ Ibid., p. 60.

¹⁹⁴ Ibid., p. 61.

Os indícios de autoria e materialidade deverão estar inseridos no contexto de um Inquérito Policial ou Ação Penal com informes sobre as pessoas ligadas ao delito investigado, sua complexibilidade e a dificuldade em desvendá-lo por outros meios na sua totalidade, com a demonstração da imprescindibilidade do sacrifício da regra constitucional, para que, por meio da prova obtida pelo monitoramento legal da interceptação telefônica, sane todas as dúvidas em relação aos indícios obtidos pelos meios de investigação convencional.

O mesmo entendimento é o de Agapito Machado, no sentido de que deve haver uma investigação em andamento ou processo instaurado para que se estabeleçam os requisitos para a interceptação de comunicações telefônicas:

Assim, uma das exigências é alusiva ao agente - existência de "indícios suficientes de autoria ou participação" e a outra à materialidade - ocorrência de "infração penal". Para que o juiz possa avaliar a presença no caso concreto destas duas exigências, haverá necessidade de investigação iniciada ou processo instaurado (art.3º, I), onde os elementos de convicção serão obtidos, ficando excluída a possibilidade de interceptação para iniciar a investigação.¹⁹⁵

Quando o legislador, no inciso II do artigo 2º, invoca a inadmissibilidade em relação à concessão do monitoramento telefônico nos casos em que a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, o fez de forma a resguardar mais uma vez o sigilo telefônico, partindo do princípio que o Estado personificado pelos seus agentes com os meios já existentes de investigação e obtenção de meio de prova disponíveis e admissíveis em Direito, como pessoal qualificado, fotografias e filmagens, declarações de vítimas e colaboradores, dentre outras, seria dispensável tal medida extrema, a não ser por exceção, quando esgotado todos os meios legais disponíveis em sede de investigação criminal.

O esgotamento de todos os meios disponíveis de investigação criminal seria o termo adequado ao caso em concreto, para não se banalizar tal medida obtida por via de exceção e não se aviltar direitos tão caros inseridos na Carta Magna. Nota-se que a falta do esgotamento dos meios disponíveis de investigação criminal é causa de nulidade de interceptação telefônica como se extrai do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior em julgamento recente do *Habeas Corpus* nº 191.378/DF:

[...] Portanto, acolher o procedimento ora adotado pela autoridade policial – representação pela quebra de sigilo sem, sequer, adotar qualquer outra medida antes – seria o mesmo que "ATACAR", e não "PROTEGER" OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS, porquanto desfigurada sua formação. [...] Em

¹⁹⁵ Machado, Agapito. **Reformas no direito processual penal**. Revista CEJ [Online], 1 12 Dez 1997. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/124/167>. Acesso em: 25 mai. 2011.

suma: a ausência de ESGOTAMENTO DE OUTROS MEIOS DE PROVA, ou melhor, a UTILIZAÇÃO APENAS DO RELATÓRIO DO COAF por parte da autoridade policial responsável, leva-nos à consequente conclusão da chamada "prova ilegítima/ilícita", produzida com inobservância de imperativos ou vedações legais [...].¹⁹⁶

Ademais, o monitoramento das ligações telefônicas por meio de interceptação legal, carece de confirmação objetiva dos fatos narrados na mesma, para se chegar à verdade real, ou melhor, a interceptação de uma ligação telefônica com conotação criminosa teria que ser confirmada/materializada por meio de investigação para servir como prova e não tão-somente a interceptação isolada de sua materialidade.

Somente o diálogo monitorado na interceptação não tem o condão de prestar-se com prova cabal de que o delito ocorreu; ou seja, duas pessoas podem combinar a prática de uma ação tipificada no ordenamento penal e não realizá-la ou materializá-la; por óbvio, não cometeram um crime.

Neste entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo absolveu 21 pessoas acusadas de associação para o tráfico de entorpecentes, segundo notícia veiculada recentemente no *site* da revista eletrônica Consultor Jurídico. A denúncia, segundo a revista, foi oferecida com base em interceptações telefônicas feitas a partir de um telefone público e a condenação levou em conta apenas essa prova feita na fase policial. O relator Newton Neves asseverou que: "não obstante a longa escuta realizada, não há prova mínima material dessa associação

¹⁹⁶ Excertos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior extraídos do julgamento do *Habeas Corpus* nº 191.378/DF: [...] A leitura do requerimento acima transcrito deixa patente o fato de que o único fundamento dos pedidos de quebra foi o relatório do COAF, não tendo ocorrido referência a nenhuma outra investigação em andamento ou mesmo à impossibilidade de se investigar os fatos descritos no relatório do COAF por outros meios que não a quebra do sigilo naquele momento requerida. [...] Vou além: quando representou, de imediato, pela quebra de sigilo, descumpriu, lamentavelmente, referida autoridade policial, a regra legal básica regedora da espécie, qual seja, a que exige e determina, por relacionar-se diretamente com DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS – "nosso maior bem" –, o esgotamento de todos os outros meios de prova possíveis, antes, pois, de partir-se para adoção de medida tão drástica, de efeitos avassaladores. [...] Observe-se, e peço desculpas pela insistência neste ponto, que referida autoridade não buscou prova alguma, logo após instaurada a peça investigativa, para embasamento da *opinio delicti*. Mais do que isso: quando da representação pela quebra do sigilo, não demonstrou a impossibilidade de colheita das provas por outros meios menos lesivos; aliás, menção alguma fez quanto à necessidade de esgotamento de colheita de provas por outro meio que não a quebra do sigilo fiscal (primeira medida do IPL n. 001/2007- DFIN/DCOR). [...] Portanto, acolher o procedimento ora adotado pela autoridade policial – representação pela quebra de sigilo sem, sequer, adotar qualquer outra medida antes – seria o mesmo que "ATACAR", e não "PROTEGER" OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS, porquanto desfigurada sua formação. [...] Em suma: a ausência de ESGOTAMENTO DE OUTROS MEIOS DE PROVA, ou melhor, a UTILIZAÇÃO APENAS DO RELATÓRIO DO COAF por parte da autoridade policial responsável, leva-nos à consequente conclusão da chamada "prova ilegítima/ilícita", produzida com inobservância de imperativos ou vedações legais [...]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 191.378 - DF (2010/0216887-1)**, Impetrante: Eduardo Antônio Lucho Ferrão e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1. Região. Paciente: João Odilon Soares Filho. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 15 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201002168871&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 23 out. 2011.

criminosa, não havendo apreensão ou apuração de fatos concretos, ficando todas as conversas no campo da especulação ou dedução não amparada pela prova colhida". O fundamento para a absolvição dos acusados foi o de que prova trazida ao processo, frágil e indiciária, era imprestável para embasar um decreto de condenação. A decisão, por votação unânime, foi da 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.¹⁹⁷

2.1.5 A complexidade do fato criminoso e o exaurimento investigativo, necessidade de demonstração e fundamentação

A complexidade do fato criminoso e o exaurimento investigativo tem que estar demonstrado pelo requerente, quer seja a autoridade policial ou Ministério Público. Esta restrição à regra está delineada no artigo 4º caput, da Lei nº 9.296/96, "o pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados".

Para a concessão da medida extrema de interceptação telefônica, a demonstração do exaurimento investigativo está atrelada a demonstração de que a prova não pode ser feita por outros meios disponíveis, pois só com o exaurimento da investigação convencional é que se chega à conclusão de que a busca da prova depende da medida extrema para sua colheita. O que tem ocorrido é justamente ao contrário, busca-se a medida extrema de interceptação telefônica como meio de exaurimento da investigação, dispensando outros meios convencionais disponíveis de colheita de prova.

A necessidade da demonstração pela autoridade policial ou Ministério Público terá também que ser fundamentada, expondo o exaurimento investigativo e a complexidade do fato criminoso em comento, descartando as inadmissibilidades dos incisos constantes no artigo 2º.¹⁹⁸ Se faz necessário à indicação dos meios de operacionalização para a captação dos

¹⁹⁷ [...] No entendimento da turma julgadora a escuta telefônica não pode ser considerada, por si só, prova concludente de acusação. A finalidade dos grampos, de acordo com os desembargadores que participaram do julgamento, é de indício para autorizar o prosseguimento das investigações. "A prova trazida está calcada exclusivamente na interceptação telefônica, não havendo provas outras trazidas ou submetidas ao crivo do Judiciário".[...]. Revista **Consultor Jurídico**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-abr-21/tj-sp-absolve-21-condenados-unica-prova-grampos-telefonicos#autores>. Acesso em 20 de set. 2011.

¹⁹⁸ O pedido de interceptação de comunicação telefônica deve demonstrar sua indispensabilidade para apuração da infração penal, conforme dispõe o art. 4º da Lei 9.296, de 1996. Não pode e não deve a autoridade policial utilizar-se, sem demonstrar a real necessidade dessa prova, por ser mais prático, fácil e cômodo, para proceder as investigações. A decisão que determina a interceptação de comunicação telefônica deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Alegação, única, que se trata de interesse público para combater o crime organizado não é fundamento para determinar-se a interceptação da comunicação telefônica. A lei exige que seja indispensável a interceptação telefônica para conseguir-se apurar a infração penal (Lei 9.296/96, arts. 4º e 5º). Não é fundamento

áudios telefônicos,¹⁹⁹ como redirecionamento de ligações para gravação de áudios, com auxílio de empresas do ramo de telefonia, e equipamento de captação e gravação de áudio telefônico pertencente ao órgão investigador dentre outros, pertencentes ao poder público.

O parágrafo 1º do artigo 4º da Lei nº 9.296/96 admite que o pedido possa ser formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo, este dispositivo foi objeto de regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça na resolução de nº 59,²⁰⁰ de 09 de setembro de 2008. O pedido verbal de interceptação telefônica, feito pela autoridade policial ou Ministério Público só encontra amparo em se tratando de casos urgentes. Em caso de sequestro, por exemplo, onde o perigo e risco de morte de uma vítima é eminente, pois registra-se que tal modalidade de pedido dificilmente contemplará todos os pressupostos autorizadores da interceptação como é o caso da demonstração do exaurimento investigativo, que dificilmente ocorrerá no exemplo citado, pelo seu caráter urgente em obter informações a respeito do crime.

O prazo para a decisão sobre o pedido da concessão - § 2º do artigo 4º da Lei nº 9.296/96 – é de no máximo de 24 horas; ressalta-se que dependendo da complexibilidade do caso, quantidade de números a serem interceptados, o tempo pode ser exíguo para análise judicial, podendo levar a erros quanto à concessão ou não da medida extrema. Cabe observar que para a concessão, não há limite para a quantidade de números a serem monitorados,

a afirmativa, tão-só, que: "o interesse público, mormente no combate ao crime organizado, aliado à relatividade do sigilo das comunicações telefônicas - e num plano maior do próprio direito à intimidade - permitem o deferimento do pedido". HC nº 2005.01.00.003090-3/RR - TERCEIRA TURMA/TRF1 - Publicação: 25/02/2005 DJ p.15. Neste mesmo sentido conclui Lenio Luiz Streck ao comentar que "Os artigos 4º e 5º devem ser lidos em conjunto, repito, por tratarem de assuntos correlatos: enquanto o art. 4º exige que o pedido demonstre a necessidade (indispensabilidade) da interceptação, o art. 5º obriga o juiz a fundamentar a autorização. Destarte, a exigência da fundamentação, além de advir do comando do art. 93, IX, da Constituição Federal, imbrica-se com o disposto no art. 5º, inciso LVI, que veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos." STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 68.

¹⁹⁹ Os meios pelos quais a interceptação será realizada também devem estar especificados no pedido da autoridade policial e do Ministério Público. Cuida a Lei, em vários aspectos, de evitar que as autorizações sejam concedidas de forma genérica, tanto no que pertine aos meios que serão empregados, como com relação aos delitos a serem investigados. Não é possível que a interceptação sirva para a realização de devassas na vida das pessoas, extrapolando o âmbito da investigação criminal. Ibid., p. 68.

²⁰⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Resolução **RE nº 59, de 09 de setembro de 2008**. Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12198-resolucao-n-84-de-6-de-julho-de-2009>. Acesso em: 14 ago. 2011. Art. 10. Atendidos os requisitos legalmente previstos para deferimento da medida o Magistrado fará constar expressamente em sua decisão: [...] § 1º. Nos casos de formulação de pedido verbal de interceptação (artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.296/96), o funcionário autorizado pelo magistrado deverá reduzir a termo os pressupostos que autorizem a interceptação, tais como expostos pela autoridade policial ou pelo representante do Ministério Público. § 2º. A decisão judicial será sempre escrita e fundamentada [...].

ficando a cargo da autoridade policial, a seleção e controle dos números, bem como a quantidade a ser requerida, bastando para o caso à elaboração de um relatório ou auto circunstanciado descrevendo a necessidade da medida.

Neste contexto, nota-se que a autoridade policial fica investida/dotada de superpoderes restando à pergunta em analogia: *Quem controla o controlador?*²⁰¹ A resposta poderia estar no artigo 6º da Lei nº 9.296/96, quando do deferimento do pedido, “a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização”.²⁰² A incumbência de dar ciência ao Ministério Público, pela análise restrita do artigo em comento, fica a cargo da autoridade policial e não do juiz competente da ação principal ao deferir o pedido. No caso em tela e pelas circunstâncias tão delicadas à exceção de uma regra constitucional, o Ministério Público teria que acompanhar a sua realização e não ser facultado – observar o verbo “poderá” no texto do artigo - como depreende a leitura do artigo 6º, evitando possíveis abusos e erros cometidos pela autoridade policial, pois haveria mais uma pessoa/agente ministerial no controle.

O despacho fundamentado, elemento de suma importância abordado no artigo 5º da Lei nº 9.296/96, prescreve que “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”.²⁰³ A nulidade da decisão²⁰⁴ estaria relacionada à fundamentação da mesma. O magistrado ao conceder a medida extrema ou não, em ambos os casos, deve fundamentar sua decisão conforme o ordenamento jurídico pátrio, de maneira clara e imparcial, observando se realmente a indispensabilidade da medida é necessária e se há realmente indícios de autoria e materialidade.

Para se eliminar riscos de erro é necessário que a decisão judicial enuncie, fundamentalmente, o modelo de constatação, dos indícios, de que se vale para formar o juízo

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. (Pensamento crítico, 63). p.31.

²⁰² Ver artigo 243 do anteprojeto do novo Código de Processo Penal.

²⁰³ Comentando este artigo, Lenio Luiz Streck interpreta no sentido de ser coerentemente na linha da preservação dos direitos fundamentais, o art. 5º da lei 9.296/96 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 da interpretação para à apuração da infração”, que, repito, deve ser entendida na dicção de *indispensável*. STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 67.

²⁰⁴ A decisão como resposta, deve ser confirmada na própria Constituição e não simplesmente adequada a mesma, pois com isto, estaríamos a depender da consciência do juiz, do livre convencimento do mesmo e da busca da verdade real, ferindo assim o princípio democrático. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

de fato – *preponderância de prova, prova clara e convincente, prova acima da dúvida razoável e prova incompatível com qualquer hipótese que não a da acusação* – viabilizando que este critério seja conhecido, justificado e, obviamente, submetido ao contraditório enquanto capítulo essencial do julgamento.²⁰⁵

Em uma decisão judicial, não cabem fundamentos pautados em meras conjecturas. A prova indiciária apresentada para a concessão de interceptação telefônica tem que estar demonstrada, tanto no requerimento, quanto na concessão judicial, que terá que estar fundamentada de acordo com o ordenamento jurídico pátrio. O Ministro Celso de Mello ao relatar o *Habeas Corpus* nº 68530/DF, teceu as seguintes considerações:

[...] O ordenamento jurídico brasileiro, ao tornar a exigência de fundamentação das decisões judiciais um elemento imprescindível e essencial a válida configuração dos atos sentenciais, refletiu, em favor dos indivíduos, uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, e impôs, como natural derivação desse dever, um fator de clara limitação dos poderes deferidos a magistrados e Tribunais.²⁰⁶ [...].

Neste tema, merece destaque a lição de Lenio Luiz Streck ao abordar a diferença entre decisão e escolha para se fundamentar; onde decisão - no caso, a decisão jurídica - não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolha aquela que lhe parece mais adequada, dado que decidir não é sinônimo de escolher, pois a escolha é sempre parcial, discricionária e por vezes arbitrária.²⁰⁷ A decisão se dá a partir do comprometimento com algo que se antecipa, com a compreensão daquilo que a comunidade jurídica constrói com o direito e somente a partir desse pressuposto é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas.²⁰⁸

A fundamentação para o mesmo autor deve partir da explicitação da resposta de cada caso, deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinaria e jurisprudencial, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se

²⁰⁵ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Habeas Corpus nº 68530-DF**. Impetrante: Jesus Aranha. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Jesus Aranha. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 05 de março de 1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1512261>. Acesso em: 23 out. 2011.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 98.

entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito. Trata-se de justificar a decisão.²⁰⁹

No artigo 5º, em relação ao prazo de monitoramento telefônico, a Lei nº 9.296/96 prescreve que fica a cargo do juiz o controle do prazo de 15 dias, bem como sua renovação por igual tempo, condicionando para sua renovação/prorrogação a apresentação de relatório policial ou auto circunstanciado policial. A lei não limitou a quantidade de prorrogações de interceptação telefônica ficando a cargo do juiz a sua análise. Ressalta-se o prazo indeterminado das prorrogações do monitoramento telefônico, concedidos por juízes em sede de investigação, fere os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, pois o sentido da norma é de não elastecer em demasia a devassa da intimidade abusando do poder investigativo do Estado, evitando-se uma investigação prospecta e mantendo certo equilíbrio entre a medida extrema e os Direitos e Garantias basilares num Estado Democrático de Direitos.

A Lei nº 9.296/96 autoriza a utilização de medidas para colher provas de delitos já consumados, tanto é que a existência de indícios de crime corresponde exatamente ao pressuposto de uma decisão que decreta a quebra do sigilo. Ou seja, com a existência de indícios de autoria de um delito punido com reclusão e já consumado, sem a possibilidade de outros meios idôneos de apuração, é possível a interceptação telefônica como meio de prova. Em suma, só há interceptação telefônica *post delictum*. É vedada a produção de medida prospectiva, ou seja, voltada à obtenção de informação sobre eventual intenção ou planejamento de ação criminosa ainda por ocorrer.

Quanto à investigação prospecta, salientou o Ministro do STJ Gilson Dipp, em entrevista à Folha de São Paulo em 15 de setembro de 2008, cujo tema, dentre outros, envolveu o excesso e o descontrole das interceptações, afirmando o seguinte:

[...] "Eu só digo que o juiz brasileiro é competente, ele sabe discernir quando deve deferir ou indeferir uma interceptação telefônica, evidentemente o que não se pode é banalizar a interceptação telefônica como um início de prova, como uma prova prospectiva. Deve ser uma prova complementar, baseada já em outros elementos que indiquem a materialidade do delito. Também a interceptação não deve servir para furto de galinha. A interceptação telefônica é para crimes graves." [...].²¹⁰

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. O Direito de obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: a Necessária Concretização dos Direitos Humanos. **Hendu – Revista Latino-americana de Derechos Humanos**. v. 1, n. 1, p. 93-105, 2010. Disponível em: <http://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374>. Acesso em: 14 out. 2011. p. 102.

²¹⁰ DIPP, Gilson. **Varas especializadas são exemplo para o mundo**. Para novo corregedor do CNJ, varas especializadas em combate à lavagem de dinheiro são exemplo para o mundo. [15 setembro 2008]. Entrevistador: Felipe Seligman. Entrevista concedida a Folha de S. Paulo. Sucursal de Brasília. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=&cod=492836>. Acesso em 20 set. 2011.

A medida extrema só se presta a comprovar algo do qual se suspeitava, ocorrido em momento anterior, mas não para acompanhar, ou melhor, bisbilhotar o desenvolvimento de hipotéticos e eventuais comportamentos criminosos ainda não perpetrados. Trata-se de caso de investigação prospectiva²¹¹ - investigação policial de pessoas que poderão, no futuro, vir a cometer crimes. Esta modalidade inadmissível de investigação - porque não se trata, a rigor, de investigação, mas de intromissão - se destina a buscar fatos delituosos que possam vir a ser cometidos no futuro. As renovações de interceptações telefônicas, sucessivas, por um longo período de tempo, se revestem deste caráter.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o *Habeas Corpus* nº 76.686/PR, decidiu que “inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las”. [...] “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, violação do artigo 5º da Lei nº 9.296/96 e evidente violação ao Princípio da Razoabilidade. O *Habeas Corpus* nº 2009.04.00.005399-8/PR oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Regional firmou entendimento no sentido de que: “Ilegítima é a prorrogação por quase um ano sem específica indicação da necessidade e indispensabilidade dessa gravosa medida, e inclusive contrariando a desimportância apontada pela própria autoridade policial acerca de terminais não utilizados pelos investigados”. Esta decisão foi ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas Corpus* nº 143.697/PR.

A discussão no mundo jurídico sobre a importância da fundamentação²¹² nos processos em geral e, em especial, nas concessões dos pedidos de interceptação telefônica, tem gerado, além dos debates em todas as instâncias do Judiciário, uma demanda de recursos²¹³ no intuito de se fazer valer o Princípio da Motivação das Decisões e o Princípio do

²¹¹ Sua aplicação se dá, quase que exclusivamente, na busca de crimes contra a Segurança Nacional – sendo mecanismo privativo dos sistemas de inteligência do Estado, em caráter de estratégia bélica, típico de um Estado de Exceção.

²¹² Artigo 93, inciso IX da Constituição Federal brasileira de 1988 - 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; (Alterado pela EC-000.045-2004).

²¹³ Tudo isso compreendido a partir daquilo que venho denominando de “uma fundamentação da fundamentação”, traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição. Por isso é que uma decisão mal fundamentada não é sanável por embargos [...]. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101.

Devido Processo Legal. A fundamentação é o alicerce da decisão judicial,²¹⁴ procedimentos envolvendo interceptações telefônicas não ficam imunes a tais regras, a responsabilidade em expor as razões do requerimento é da autoridade policial e do Ministério Público e incumbe ao juiz à análise e a devida fundamentação de sua decisão. Foi neste sentido o julgamento do *Habeas Corpus* nº 2005.01.00.003090-3/RR²¹⁵ da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, ao analisar o tema, decidiu no sentido de que a autoridade policial deve demonstrar a real necessidade da obtenção deste meio de prova mediante interceptação telefônica.

O juiz ao fundamentar sua decisão, deve sopesar o interesse público e o direito à intimidade e privacidade, em relação à relatividade do sigilo das comunicações telefônicas. O deferimento da invasão deve ser sempre por exceção. As renovações ou prorrogações

²¹⁴ Disto 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 o direito à intimidade – garantido pela Constituição – com o interesse público. STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.p. 68.

²¹⁵ Para melhor ilustrar o tema sob comento, é de suma importância à leitura resumida da ementa do *Habeas Corpus* nº 2005.01.00.003090-3/RR a qual foi categórica ao afirmar que o pedido de interceptação de comunicação telefônica deve demonstrar sua indispensabilidade para apuração da infração penal, conforme dispõe o art. 4º da Lei nº 9.296, de 1996 e que não pode e não deve a autoridade policial utilizar-se, sem demonstrar a real necessidade dessa prova, por ser mais prático, fácil e cômodo, para proceder as investigações. A decisão que determina a interceptação de comunicação telefônica deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, sendo que a alegação, única, que se trata de interesse público para combater o crime organizado não é fundamento para determinar-se a interceptação da comunicação telefônica. A lei exige que seja indispensável a interceptação telefônica para conseguir-se apurar a infração penal (Lei nº 9.296/96, arts. 4º e 5º). Não sendo fundamento a afirmativa, tão-só, que: "o interesse público, mormente no combate ao crime organizado, aliado à relatividade do sigilo das comunicações telefônicas - e num plano maior do próprio direito à intimidade - permitem o deferimento do pedido". "O deferimento da invasão deve ser, sempre, por exceção. Cabendo o Juiz fazer uma avaliação da necessidade da realização da escuta telefônica, sendo que, para tanto, deverá ter em mente que a interceptação - portanto a quebra da privacidade - é a única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais da coletividade e da defesa da ordem jurídica" (Lenio Streck. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*). De acordo com o art. 5º da Lei nº 9.296/96, o prazo para a execução da interceptação telefônica é de quinze dias, podendo ser "ser renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade" desse meio de prova. Porém, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 83.515/RS, em 16.09.2004, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, entendeu que esse dispositivo permitiu renovações sucessivas de prazo quinzenal para a interceptação. Contudo, deve ficar demonstrada a indispensabilidade. Pois, neste caso, Juiz *a quo*, ao apreciar o pedido de prorrogação, autorizou, "desde logo, duas prorrogações em iguais períodos, independente de nova decisão" concedendo a prorrogação da interceptação da comunicação telefônica, sem examinar sua indispensabilidade. Também, não pode a autoridade judicial determinar, por via oblíqua, a interceptação telefônica de pessoa que não está sujeita a sua jurisdição, por ter foro privilegiado, ao ordenar a do "fiel ajudante" dessa pessoa. Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu ordem de habeas corpus impetrada pela Procuradoria da República no Estado de Roraima para declarar a ilegalidade das interceptações das comunicações telefônicas determinadas nos autos 2004.42.00.001847-8. BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Habeas Corpus nº 2005.01.00.003090-3-RR**. Impetrante Ministério Público Federal. Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara-RR. Paciente; Sigiloso. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/Processos TRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>. Acesso em: 10 abr. 2009.

sucessivas de prazo quinzenal para a interceptação, também devem ser fundamentadas e ficar demonstrada a indispensabilidade. Neste sentido Lenio Luiz Streck assinala que:

O deferimento da “invasão” deve ser, sempre, por exceção. Dito de outro modo, o Juiz deverá fazer uma avaliação da necessidade da realização da escuta telefônica, sendo que, para tanto, deverá ter em mente que a interceptação - portanto a quebra da privacidade - *é a única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais da coletividade e da defesa da ordem jurídica*. Em outras palavras, para o deferimento da interceptação, deve estar presente o *periculum in mora* social/constitucional.²¹⁶

A fundamentação de um pedido e/ou de uma decisão judicial, em especial as que relativizam Direitos Fundamentais, como é o caso dos pedidos e concessões de interceptação telefônica, trouxe na Lei nº 9.296/96 em seu artigo 5º, de forma taxativa tal exigência sendo nula a decisão judicial pautada em um pedido inconsistente desprovido de justificação ou a decisão judicial sem a devida fundamentação. Sobre o tema, Lenio Luiz Streck, pondera:

"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."²¹⁷

O juiz ao expor os motivos de seu convencimento em sua decisão, esclarece as razões da imprescindibilidade da medida e a inexistência ou inadequação da exposição dos motivos do seu convencimento, vulnera a decisão. A representação pelo deferimento de interceptação telefônica deve justificar a eventual necessidade da medida cautelar através da existência de elementos de prova concreta que ateste indícios de autoria e/ou materialidade e os deferimentos judiciais de pedidos de interceptação telefônica devem ser autorizados de forma fundamentada.

A exigência de motivação ou fundamentação²¹⁸ se destina entre outras razões, a efetivar as Garantias Individuais, sendo por força disto denominada de garantia das

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 67.

²¹⁷ Ibid., p. 68.

²¹⁸ Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal pátria: 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

garantias.²¹⁹ Neste sentido, Carlos Eduardo Scheid adverte quanto aos vícios da motivação que obstruem a efetivação das garantias processual e política, onde a ausência de motivação é o vício mais grave e se constitui na ausência total de um discurso no qual sejam enunciadas as razões de fato e de direito do provimento, pois uma decisão criminal que implica restrições ao *status libertatis*, sem motivação, não encontra adequação constitucional, ocorrendo idêntico defeito quando existe a ausência de fundamentação acerca de um aspecto que deveria ser analisado em virtude do dispositivo da decisão.²²⁰ Segue apontando para duas modalidades de ausência de motivação: a extrínseca, nas hipóteses em que o juiz não indica os elementos embasadores de seu convencimento e a intrínseca, que ocorre toda vez que a decisão não leva em linha de consideração dados que, se examinados, poderiam implementar uma solução diversa eleita.²²¹

Adverte ainda, no sentido de que há ausência de motivação nos casos em quais, sob a falsa aparência de motivação, se apresentam modelos pré-fabricados, textos que nada dizem, afirmações genéricas e vazias de conteúdo, que podem, facilmente, figurar em uma série indeterminada de decisões.²²²

Há também a motivação incompleta, a não dialética, a contraditória, a implícita e a *Per Relationem*. A primeira ocorre nos casos em que não se atenta para a exigência da integridade, ou seja, quando várias escolhas determinantes da conclusão não se apresentam justificadas à luz das características estruturais do provimento examinado, o que condena a decisão à pena de nulidade, vez que fere a garantia cognoscitiva da motivação.²²³ A segunda, revela-se pela falta de uma cognição adequada e a violação do contraditório, pois é por meio da motivação que se observa o respeito a este.²²⁴ A motivação contraditória padece de sério defeito, pois em seu discurso justificativo, apresenta incompatibilidade entre suas asserções, fulminando a sua função de garantia. A motivação implícita verificam-se lacunas no discurso justificativo das decisões, de modo que, para não se invalidar esse ato judicial, poder-se-ia sustentar que “os motivos que justificam a solução de uma questão servem, implicitamente, para atender à

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.

²¹⁹ SCHEID, Carlos Eduardo. **Motivação das Decisões Penais a partir da teoria garantista**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.141.

²²⁰ SCHEID, Carlos Eduardo. **Motivação das Decisões Penais a partir da teoria garantista**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.139.

²²¹ Ibid., p.140.

²²² Ibid., p.140.

²²³ Integridade justifica-se, em resumo, para que a motivação, sob a ótica constitucional, seja considerada válida. Isso porque é inegável, nesse lanço, a possibilidade de se conceber uma fundamentação em que não estejam justificadas todas as opções adotadas ao longo desse percurso decisório, sob pena de frustrar-se o imperativo constitucional. Ibid., p.141.

²²⁴ Ibid., p.142.

mesma finalidade em relação a outro ponto em que não foram explicitadas as razões do convencimento judicial,²²⁵ esta modalidade é antigarantista em razão de negar que o valor fundamental do Princípio da Motivação reside na sua garantia cognoscitiva.²²⁶

A motivação *Per Relationem* apresenta também lacunas, as quais são preenchidas através da integração expressa ao texto justificativo da motivação colocada em outro documento. Ocorre quando o juiz não elabora uma justificação autônoma *ad hoc* a certo ponto, mas se vale do reenvio a justificação inclusa num outro documento,²²⁷ *ad exemplum*, acórdãos que se limitam a confirmar o acerto da decisão monocrática,²²⁸ remissão ou referência às alegações de uma das partes, precedentes ou decisões anteriores nos autos do mesmo processo.²²⁹

Ressalta-se que, conforme jurisprudências analisadas, o prazo indeterminado²³⁰ das prorrogações do monitoramento telefônico e a parca fundamentação nas decisões judiciais, bem como a falta de fundamento nos pedidos de interceptação telefônica, são a base de quase todos os pedidos, via *writs*, de nulidade de meio de prova ou de provas em investigações criminais ou instruções processuais penais, incluindo também estas.

2.1.6 O Procedimento Criminal Diverso e a necessidade do inquérito policial e/ou investigação criminal

A execução da interceptação telefônica delineada no artigo 6º da Lei nº 9.296/96 - em especial o § 1º - traz no texto duas possibilidades: a interceptação da comunicação telefônica sem gravação de áudio e a interceptação da comunicação telefônica com gravação de áudio. Esta última será determinada a sua transcrição, entendendo como transcrição, redução a termo

²²⁵ SCHEID, Carlos Eduardo. **Motivação das Decisões Penais a partir da teoria garantista**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.144.

²²⁶ Ibid., p. 146.

²²⁷ Ibid., p. 147.

²²⁸ Ibid., p. 148.

²²⁹ Vide Mandado de Segurança nº 27350 STF / DF DJ 04/06/2008.

²³⁰ Vide caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200 e Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 208. Vide caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200 e Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 208. A Corte Interamericana de Derechos Humanos julgou procedente o pedido de reparação por violação ao direito fundamental de sigilo das comunicações, a vida privada, ao direito de livre associação, as garantias judiciais, divulgação de segredo de justiça e abuso de autoridade, conforme violações de garantias processuais elencadas nos artigos 8º e 25º da Convenção. As pessoas envolvidas foram vítimas de determinação judicial de interceptação telefônica em desrespeito ao Devido Processo Legal.

de todo o áudio da comunicação interceptada. No caso da interceptação da comunicação telefônica sem gravação de áudio, o texto não dispõe da forma de apresentação da mesma ao juízo, omitindo também quem ou qual autoridade que determinará ou fará a transcrição da interceptação da comunicação telefônica com gravação de áudio.

O que se observa na prática é que cabe ao agente investigador/analista separar e apontar quais diálogos interessa(m) à investigação criminal, procedendo a sua transcrição. Na maioria dos casos, o agente investigador/analista apenas faz o resumo comentado com interpretações próprias, levando um defensor a utilizar a expressão “Tira hermeneuta”²³¹ em relação ao resumo descontextualizado das gravações. Tal agente tem acesso a uma gama de informações que variam de pedido de pizza, namoros, informações sob sigilo profissional de pessoas que possuem tal prerrogativa à ocorrência de delitos.

Neste sentido, Manuel Monteiro Guedes Valente observou que:

Este acontecimento – publicação de excertos cirúrgicos de escutas telefônicas sobre certas personalidades de nosso país – pôs também em relevo o problema do que é ou devemos entender por escuta telefônica no âmbito do direito penal adjetivo, apartando-a da má e desregulada escuta, não podendo ser considerada como meio de obtenção de prova, a problemática da técnica e do domínio exclusivo da técnica pela polícia judiciária (PJ), do meio em si e das provas que desejam ou interessam recolher para observar, analisar e interpretar – provas reais – e localizar, contactar e apresentar ao tribunal – provas pessoais.²³²

A transcrição literal do diálogo apontado como de cunho criminoso é de suma importância para o réu/investigado se defender, como também, para a acusação demonstrar a perfeita ligação do diálogo captado com o crime descoberto ou flagrado e o julgador sem margem de dúvidas e de erros, decidir sobre a questão sob judge. Resumos com comentários de analistas investigadores referentes à interceptação telefônica não podem ser considerados como a transcrição de diálogos provenientes de interceptação telefônica.

O parágrafo 2º preconiza que após cumprida a diligência determinada pelo juiz, o resultado da interceptação é atrelado a um auto circunstanciado ou relatório policial, que deverá conter o resumo das operações realizadas pela autoridade policial. Não há clareza tangente ao resultado da interceptação sem áudio. Assim, fica claro neste ponto que a interceptação da comunicação telefônica é um meio de prova e não a prova, pois se tratada

²³¹ MENDES, Vannildo. **O Estado de S. Paulo**. Após decisão do STJ, provas de quatro operações da PF estão sob forte ameaça: Defesa de personagens como os ex-governadores José Roberto Arruda (DF) e Pedro Paulo Dias (AP) recorre à Justiça e aponta similaridade com interceptações da Boi Barrica, Anuladas pela corte. São Paulo, 19 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,apos-decisao-do-stj-provas-de-quatro-operacoes-da-pf-es-tao-sob-forte-ameaca,774601,0.htm?p=2>. Acesso em: 23 out. 2011.

²³² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Escutas Telefônicas: da Excepcionalidade à Vulgaridade**. 2. ed. rev. e actual. Almedina, Coimbra, 2008. p. 21.

como prova, a autoridade não precisaria realizar operações, como busca e apreensões, flagrantes, para validá-las. Também neste sentido, no caso de a mesma não possibilitar sua gravação, a autoridade policial ficaria desprovida da prova do crime cometido pelo telefone.

O Ministério Público no que se refere ao artigo 6º *caput*, não está obrigado a acompanhar a realização dos procedimentos de interceptação telefônica feito pela autoridade policial, apenas sendo-lhe facultado; porém, a ciência dos procedimentos de interceptação telefônica ao mesmo pela autoridade policial é obrigatória, como também a ciência em relação às providências determinadas pelo juiz em relação ao artigo 8º da Lei nº 9.296/96.

A jurisprudência aponta pela desnecessidade da ciência do Ministério Público,²³³ em relação à interceptação telefônica, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 83515/RS, cuja ementa restou publicada em relação ao tema: “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”.²³⁴

Ainda em relação ao artigo 6º *caput*, adverte Lenio Luiz Streck que somente à autoridade policial é conferida a possibilidade de executar a interceptação telefônica, artigo 6º *caput*, quando se sabe que o Inquérito Policial é peça dispensável e que não é vedado ao Ministério Público realizar investigações.²³⁵ O legislador elaborou o artigo 7º inserindo apenas a autoridade policial e excluindo o representante do Ministério Público para a requisição de serviços e técnicos especializados às concessionárias de telefonia.

²³³ Assim, apesar de algumas vozes em sentido contrário, não resta dúvida da necessidade de cientificação do Ministério Público, sob pena de nulidade, para, querendo, acompanhar a diligência, como deixa claro o art. 6, *caput*, da Lei nº 9.296/1996, sem contar que tal providência se faz necessário diante da regra constitucional que assegura ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, notadamente quando se está diante de restrição a um direito fundamental da pessoa humana (intimidade), que também merece a tutela do *parquet*. Disponível em: http://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/14_208511201423112006_Informativo8.doc. Acesso em 28 ago. 2011.

²³⁴ EMENTA: 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. [...] 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. [...]. *Habeas Corpus* indeferido. Plenário, 16.09.2004. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus nº 83515-RS**. Impetrante Andrei Zenkner Schmidt. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Juarez Marin e outros. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 16 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2166467>. Acesso em: 20 jul. 2011.

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 72.

Os Autos Apartados inserido no artigo 8º da Lei nº 9.296/96²³⁶ - também denominado Procedimento Criminal Diverso ou Medida Cautelar Sigilosa²³⁷ - é o procedimento que se inicia junto ou após o início do Inquérito Policial ou ainda Ação Penal, através de representação criminal formulada pela autoridade policial ou Ministério Público ao juiz. O Procedimento Criminal Diverso concentra os autos circunstanciados ou relatórios de monitoramento; requerimentos de interceptação telefônica; decisões judiciais, decisão inicial e decisões subsequentes de autorização da medida extrema e o resultado obtido com o monitoramento, quer dizer, transcrição dos áudios e áudios.

O encerramento é marcado pelo apensamento ao Inquérito Policial, devidamente relatado pela autoridade policial, encaminhado para o Judiciário, ocorrendo também com a investigação criminal feita pelo Ministério Público, para exame de admissibilidade pelo juiz. Tal Procedimento Criminal Diverso poderá ser instaurado no curso da Ação Penal, dependendo da necessidade na colheita de provas; o objeto deste é a preservação do sigilo das diligências, gravações e transcrições das interceptações telefônicas.

O legislador ao elaborar o parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 9.296/96²³⁸ o fez no intuito de preservar as gravações e transcrições das ligações telefônicas em autos apartados, as quais só podem ser apensados ao Inquérito Policial imediatamente antes do relatório da autoridade. Tal comando legal é no sentido de que o meio de prova obtido nas interceptações telefônicas corrobore com as provas colhidas e inseridas no Inquérito Policial, para que juntas, meio de prova e prova, formem o contexto probatório, para ensejar futura denúncia ministerial e ação penal.

O Inquérito Policial corre em separado ao Procedimento Criminal Diverso justamente para se preservar o sigilo constitucional. O Inquérito Policial conterà apenas as diligências e provas obtidas por meio das investigações feitas de modo convencional, como também o resultado das investigações colhidas a partir da interceptação telefônica.

O parágrafo único do artigo 8º faz menção aos artigos 407, 502 e 538, Código de Processo Penal, porém a partir das alterações protagonizadas pelas Leis nº 11.689/08 e nº

²³⁶ Artigo 8º da Lei 9.296/96: A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do Inquérito Policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

²³⁷ Conforme Resolução nº 59, do Conselho Nacional de Justiça, de 09 de setembro de 2008, artigo 3º: Na parte exterior do envelope a que se refere o artigo anterior será colada folha de rosto contendo somente as seguintes informações: I – “medida cautelar sigilosa”.

²³⁸ Artigo 8º, parágrafo único da Lei 9.296/96: A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de Inquérito Policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

11.719/08, as quais alteraram o Código de Processo Penal tangentes ao despacho saneador; devem ser desconsiderados, no sentido de que não ocorrerá mais o despacho judicial decorrente do disposto nos artigos 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal por decorrência de alteração legislativa.

2.1.7 Inutilização da Interceptação telefônica, quebra do sigilo de Justiça e o monitoramento ilegal

O texto do artigo 9º da Lei nº 9.296/96 traz o incidente de inutilização onde “A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”; ou seja, as gravações e transcrições das ligações telefônicas devem estar em autos apartados como meio de prova em relação à prova produzida no bojo do Inquérito Policial ou da instrução processual, não dando margens a riscaduras ou outra modalidade, sendo o incidente de inutilização um ato solene entre as partes, pois a regra é o sigilo e a exceção é a interceptação das ligações telefônicas.

Tipificado como crime a realização de interceptação de comunicação telefônica de informática ou telemática sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, o artigo 10º da Lei nº 9.296/96 visa proteger e resguardar a intimidade e imagem do cidadão investigado das práticas criminosas e objetivos escusos. A convencionalmente chamada de “escuta telefônica privada” ou “escuta clandestina”, também é abarcada pelas sanções cominadas no artigo 10 da Lei nº 9.296/96, pois o crime é definido ao se realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática sem a devida autorização judicial, *ad exemplum* o caso do investigador de polícia civil do Paraná acusado de interceptações telefônicas clandestinas dentre outros crimes.²³⁹

A quebra de sigilo de Justiça em ações que envolvem interceptações telefônicas - apesar de ser considerado crime definido na parte final do artigo 10 da Lei nº 9.296/96 - é tratada com pouca atenção pelas autoridades envolvidas como exemplo: policiais, Ministério

²³⁹ O caso do investigador de polícia civil do Paraná, D. A. R, acusado dos crimes de quadrilha armada, interceptações telefônicas clandestinas e advocacia administrativa. O ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, negou pedido de liminar no qual a defesa pretendia obter liberdade provisória para o acusado, que seria subordinado ao assessor da Casa Civil do governo do Paraná, Mário Lobo. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. turma). **Habeas Corpus nº 73.039-PR (20060279317-3)**. Impetrante Luiz Fernando Comegno. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Paciente: Délcio Augusto Rasera. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 22 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?Numreg=200602793173&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 28 jul. 2011.

Público e Judiciário, visto que em cada operação policial deflagrada, as quais se utilizaram deste meio de prova, a veiculação na mídia de conversas telefônicas monitoradas sob sigredo, tem se tornado regra, expondo de sobremaneira a intimidade e imagem dos investigados. Nota-se que autoridades públicas têm lançado mão desta prática, não para demonstrar sua postura cívica e paladina em relação ao combate aos delitos, mas sim no intuito de promoção pessoal, quer funcional ou política. Tal prática levada à risca pela mídia faz gerar uma repercussão positiva em relação à política criminal empregada pelo Estado.

A imprensa, acobertada pelo sigilo da fonte, cumpre seu papel impunemente, divulgando a sociedade o *reality show* produzido pelo Estado, divulgando filmagens, interceptações telefônicas e telemáticas, enfim, publicam na mídia todo um material produzido sob sigredo de justiça pelo Estado, cuja guarda é de sua total responsabilidade. O CNJ abordou o tema na Seção IX da Resolução nº 59²⁴⁰ no intuito de se impedir tal divulgação, com um controle mais rigoroso.

Poucas são as tentativas de se apurar vazamentos relacionados a tais divulgações e recentemente o Ministério Público Federal do Maranhão requisitou à Justiça Federal do mesmo Estado, que determinasse o Departamento de Polícia Federal a instauração de inquérito policial para apurar a quebra de sigilo que resultou na divulgação pela imprensa, de áudio de interceptação telefônica judicialmente autorizada, referentes à operação policial denominada Faktor ou Boi de Barrica. O argumento foi no sentido de que o material divulgado encontra-se sob sigredo de justiça, o que caracteriza, em tese, o crime definido no artigo 10, parte final, da Lei nº 9.296/96, direcionado especialmente à proteção da intimidade constitucionalmente resguardada aos investigados.²⁴¹ Como o material veiculado na mídia foi obtido de maneira anônima, segundo depoimentos colhidos pela autoridade policial, o Ministério Público requereu seu arquivamento.²⁴²

²⁴⁰ A Resolução nº 59, do Conselho Nacional de Justiça na Seção IX - Da obrigação de sigilo e da responsabilidade dos agentes públicos, disciplina que: Art. 16. No recebimento, movimentação e guarda de feitos e documentos sigilosos, as unidades do Poder Judiciário deverão tomar as medidas para que o acesso atenda às cautelas de segurança previstas nesta norma, sendo os servidores responsáveis pelos seus atos na forma da lei. Parágrafo único. No caso de violação de sigilo de que trata esta Resolução, o magistrado responsável pelo deferimento da medida determinará a imediata apuração dos fatos. Art. 17. Não será permitido ao magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos contidos em processos ou inquéritos sigilosos, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12198-resolucao-n-84-de-6-de-julho-de-2009>. Acesso em: 14 ago.2011.

²⁴¹ Disponível em: <http://www.prma.mpf.gov.br/noticia-1754>. Acesso em: 20 jun. 2010.

²⁴² Disponível em: <http://www.prma.mpf.gov.br/noticia-1496>. Acesso em: 20 jun. 2010.

O controle mais rigoroso é mister no sentido de não se tornar letra morta o crime definido no artigo 10, parte final, da Lei nº 9.296/96; a obrigação do sigilo é de responsabilidade dos agentes públicos operacionalizadores desta medida.

2.2 A relação da norma constitucional e infraconstitucional: coalizão e colisão, uma questão hermenêutica

Com a regulamentação do inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal pela Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996, surgiram dúvidas quanto à aplicação prática desta norma nova ao caso concreto e à interpretação a ser dada pelos operacionalizadores da lei.

No Direito, toda interpretação deve ser feita de modo a dar respostas corretas aos casos *sub judice*, com equilíbrio e segurança jurídica e com total observância ao Devido Processo Legal. Interpretar é compreender e somente pela compreensão é que é possível interpretar.²⁴³ Deve-se interpretar, dando o verdadeiro sentido a uma norma jurídica.

Lenio Luiz Streck adverte quanto à interpretação dada a Lei nº 9.296/96:

Como tais – indispensáveis – advertências, fica claro que a lei em tela deve ser aplicada tendo em conta, primordialmente, os direitos fundamentais previstos na constituição Federal. A preocupação, assim, não é tanto com a Lei, mas com o uso/interpretação que venha a ser dada a lei, até porque, abstratamente, nada significa, sendo seu sentido atribuído/adjudicado dogmaticamente em um segundo momento.²⁴⁴

Ao Estado-Juiz cabe interpretar de modo razoável e proporcional a utilização desta lei ante ao caso concreto, não dando margens ao uso indiscriminado de tal ferramenta investigativa por seus usuários, evitando que a intimidade e imagem daqueles que estão sofrendo ou possam a vir sofrer as demandas impostas pelo Estado, venham a ter seus Direitos Fundamentais violados sem necessidade ou violados com desrespeito ao Devido Processo Legal.

Há que se valorar os diversos fatores e circunstâncias envolvidas nos casos apresentados para se submeterem a interdição do direito à intimidade, antes de se autorizar a devassa via interceptação telefônica. A razoabilidade e a proporcionalidade tem como

²⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 279.

²⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 36.

elemento qualificador a exigibilidade ou necessidade da medida. A relação existente entre o fim a ser alcançado e o meio utilizado é o que a proporcionalidade como princípio busca, confrontando o fundamento do fim com efeitos atingidos pela intervenção, possibilitando um controle mais eficaz do excesso, evitando, com isso o arbítrio do julgador/interprete.

Outro problema é a interpretação dada por juristas em relação às expressões: “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, inserida no texto do artigo 5º inciso XII e a expressão, “para prova em investigação criminal e em instrução processual penal” contida no artigo 1º da Lei nº 9.296/96.

A primeira expressão leva ao entendimento de que a interceptação das ligações telefônicas servirá como meio de prova para que a investigação criminal chegue até a prova do fato investigado e, com esta, materialize a prática do delito. A segunda trata a interceptação telefônica como prova em uma investigação criminal ou em uma instrução processual penal. Percebe-se que a interpretação dada, parte da lei infraconstitucional e não da lei maior invertendo-se a hierarquia legislativa.

Exemplificando, uma interceptação telefônica cujos diálogos versem sobre prática de ilícito penal, mas que, por razões diversas não ocorreu, torna-se inviável como prova, pois carece de materialidade. A interceptação telefônica isolada de um contexto probatório, por si só, não pode ser admitida como prova da materialidade de um delito, mesmo que um diálogo interceptado tratasse de ato preparatório para a prática de crime, sequer poderia ser considerado como tentativa, porque esse ato não basta, diante da exigência legal de que o bem tutelado penalmente corra risco, em consequência da conduta do agente.

Até no crime tentado, é necessário o início da sua execução no *iter criminis*, que pode não se consumir por circunstâncias alheias à vontade do agente. Portanto, para que uma conversação telefônica seja considerada prova de crime é necessário que esteja inserida no contexto probatório, corroborada pelo menos por uma prova concreta da materialidade, do início de uma ação ou omissão penalmente punível, considerada antijurídica e culpável.

Resta a discussão entre os profissionais do Direito ao confrontar os Direitos Fundamentais presentes na Carta Magna em paralelo com a Lei nº 9.296/96: de um lado, o cidadão invoca seus Direitos Fundamentais; de outro, o Estado invoca o Princípio do Interesse Público para relativizar estes Direitos Fundamentais, gerando um conflito entre princípios constitucionais.

Nas palavras de John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo:

Os microsistemas de legislação especial apartados do código, todavia, expressam suas próprias atitudes e valores, as quais são com frequência incompatíveis com aquelas do código. O processo de revisão gradual há pouco descrito normalmente está direcionado a questões mais tranquilas, isto é, aqueles aspectos do código que podem ser adaptados à vida contemporânea sem grande dificuldade. Qualquer tentativa de incorporar os estatutos de legislação especial ao corpo dos códigos se depararia com problemas insuperáveis, dos quais os mais significativos deve ser o fato de que os microsistemas em si são quase sempre incompatíveis em seu figurino.²⁴⁵

Haverá colisão ou conflito sempre que o Direito Fundamental afetado - intimidade e privacidade - protegido pela Constituição entre em contradição numa determinada situação concreta e que haja necessidade de se transpor este direito em nome do interesse público na investigação de delitos. O que deveria ser uma coalizão entre normas, revelou-se, ante a casos concretos, colisão de direitos a devastar vidas com a violação de segredos, vez que ténue a linha separatória - se é que há - entre informações que realmente interessem à investigação criminal e as informações colhidas através da interceptação/escuta telefônica alusivas à vida privada do indivíduo investigado e a todos os outros não investigados que entram em contato com este.

A interpretação com base na Constituição restringe o intérprete/aplicador do Direito à vontade do legislador. No caso da lei em tela, o legislador ao abrir mão do sigilo e conceder a regulamentação por lei quanto à quebra do sigilo das comunicações telefônicas, o fez no intuito de assegurar ao Estado o direito de, excepcionalmente, ferir o fundamental direito da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, mas, manteve a regra, quanto ao direito fundamental do sigilo. O legislador ao permitir a interceptação telefônica, não limitou o direito à intimidade, à vida privada,²⁴⁶ à honra e à imagem e sim o uso da lei.

Neste sentido, elucida Manuel da Costa Andrade:

γ) O direito das escutas telefônicas sobreleva ainda pela interpenetração privilegiada com o ordenamento jurídico-constitucional. É, desde logo, a sua qualificada danosidade social a impor o reforço daquela «osmose entre o direito constitucional e o direito processual penal» (KNAUTH), sobre que, em geral, todo o direito das proibições de prova. Para além disso, é assinalada fragmentaridade do direito (ordinário) positivo a reclamar frequentemente do intérprete e aplicador a uma definição do direito do caso concreto para que não parece oferecer apoio. Um caminho erigido de espinhos *maxime* na medida em que resulte na admissibilidade da realização ou da valoração de escutas telefônicas a descoberto de correspondente e expresse suporte legal. Tais soluções terão, por princípio, contra si a baliza

²⁴⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da “civil law”: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 204 – 205.

²⁴⁶ O Direito à vida privada é o direito que tem a pessoa, a proteção das invasões ilegítimas e o o o Direito à intimidade é o direito da pessoa de impedir que terceiros divulguem de forma ilegal seus segredos conquistados legitimamente.

constitucional da *reserva da lei* e mesmo da divisão de poderes. Nesta linha não deverá afastar-se, liminarmente e sem mais, a tese, sustentada, *v.g.*, por PRITTWITZ, segundo a qual, em nome da reserva da lei, há-de negar-se a admissibilidade da valoração de todos os conhecimentos fortuitos.²⁴⁷

A concessão por regra de exceção se deu apenas para fins de investigação criminal e instrução processual penal, sendo tão-somente um meio de investigação criminal. Assim, parece claro que a intenção do legislador constituinte foi estabelecer como a regra o sigilo e como exceção a interceptação telefônica, porém somente no campo penal, não dando margem sua utilização em outras searas do direito.

O uso da ponderação e discricionariedade tem sido muito exercitado por juízes/intérpretes ao aplicar a Lei nº 9296/96 e tal exercício ficou evidenciado no julgamento da Questão de Ordem formulada no inquérito nº 2424-RJ, pelo STF que, quando por maioria, o tribunal cedeu à seara administrativa, questões de Direito Constitucional, reguladas por Lei infraconstitucional penal, onde seu texto veda o empréstimo das provas feitas a partir de interceptação telefônica, reguladas pela lei nº 9296/96. Tal decisão se formou a partir da ponderação entre o Direito à Privacidade e o Direito à Intimidade em relação à supremacia e do interesse público, pretensamente em colisão, determinando que provas colhidas no âmbito do Direito Penal e Processo Penal fossem trasladadas a um processo de natureza civil.²⁴⁸

A ponderação deve servir como resposta correta e adequada à Constituição privilegiando o Direito Fundamental do cidadão. Lenio Luiz Streck salienta que as diversas teorias críticas do discurso habermasiana, as de argumentação e a hermenêutica, todas inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, tem sido um objetivo comum, a superação do positivismo jurídico e das posturas doutrinárias que o sustentam,²⁴⁹ portanto, trata-se de um choque de paradigmas, o que acarreta uma impossibilidade de misturar posturas assentadas no esquema sujeito-objeto, posturas antiepistemológicas.

Lenio Luiz Streck comenta que:

Independente disso, a Constituição não pode ser aquilo que queremos que ela seja. Nem tampouco a história (tradição) consegue eliminar a possibilidade de

²⁴⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições De Prova Em Processo Penal**. Coimbra, Coimbra Editora, 1992. p. 282 – 283.

²⁴⁸ Neste processo, foi decidido, por maioria devotos, que provas produzidas por meio de interceptação telefônicas oriundas da esfera criminal, poderiam ser utilizadas como prova emprestada em processo administrativo disciplinar de caráter civil, sob o pretexto de que a hipótese vertente, haveria uma colisão entre o princípio da privacidade e o direito da intimidade – tutelados pelas regras que determinam a produção de provas – e o vestusgo princípios da supremacia e do interesse público – que estaria a requerer o uso processual de tais provas. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 351.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 341.

formulação de novos argumentos teóricos fora do texto da Constituição. Ou seja, a concepção hermenêutica do sentido da Constituição implica uma dialética constante entre texto (que não deve estar assujeitado ao interprete) e a atribuição de sentido a esse texto. Consequentemente, não é mais possível falar em deduções ou induções (ou, acrescentando, subsunções): pensar assim seria admitir um retorno ao esquema sujeito-objeto, considerando superado na elaboração de qualquer perspectiva hermenêutica de uma Constituição cujo texto é atravessado pelo rio da história.²⁵⁰

Hermenêutica não é teoria da argumentação,²⁵¹ do mesmo modo que verdade não é consenso, não sendo possível sincretismos metodológicos. A hermenêutica filosófica apenas pretende permanecer fiel às coisas mesmas, partindo da base do próprio caso jurídico concreto, da singularidade desses casos e não de hipóteses, categorias, de construções imaginárias.²⁵²

Não se deve aceitar decisionismos sem fundamentação ou decisões fundadas no ser do julgador/interprete,²⁵³ a fundamentação tem que ser embasada em textos e normas e não em súmulas ou pela consciência do julgador e tampouco em leis inconstitucionais. É dever do julgador fazer o controle difuso das mesmas tomando por parâmetro a Constituição.²⁵⁴

O problema é que a pretensão de formar um corpo de leis coerente e consistente demanda a elaboração de princípios constitucionais, com que se corre risco de pensar que tal circunstância acarreta uma maior abertura interpretativa e consequentemente um retorno à discricionariedade do juiz/intérprete.²⁵⁵ Se o texto legal conseguisse abarcar todas as hipóteses de aplicação, seria uma lei perfeita.²⁵⁶

Advém a pergunta: qual seria a validade de uma hermenêutica jurídica que admitisse qualquer resposta? A resposta é que é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo.²⁵⁷ A hermenêutica filosófica é incompatível com a existência de múltiplas respostas, como no caso da Questão de Ordem formulada no inquérito nº 2424-RJ, não seria possível a cessão para a seara administrativa, questões de Direito Constitucional, reguladas

²⁵⁰ Trecho extraído da apresentação de Lenio Luiz Streck, na obra “Hermenêutica Constitucional” de Laurence Tribe e Michael Dorf, “Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. Um manifesto de Laurence Tribe e Michael Dorf em favor da proteção substantiva dos direitos fundamentais.” DORF, Michael C. Tribe, Laurence H. **Hermenêutica Constitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. xxv.

²⁵¹ As teorias da argumentação favorecem a discricionariedade, enquanto a hermenêutica jurídica visa a compreender a aplicabilidade de um texto legal!

²⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 342.

²⁵³ À extensividade nas decisões ou elucubrações jurídicas, nas fundamentações, que envolvam o uso da interceptação telefônica não é a melhor técnica de se aplicar o direito.

²⁵⁴ Ibid., p. 357.

²⁵⁵ Ibid., p. 360.

²⁵⁶ Ibid., p. 361.

²⁵⁷ Ibid., p. 364.

por lei infraconstitucional penal, onde seu texto veda o empréstimo das provas feitas a partir de interceptação telefônica, reguladas pela Lei nº 9296/96.

A interceptação telefônica autorizada e realizada pelo próprio Estado é uma exceção. A regra é a proteção da privacidade e intimidade ao se ponderar interesses envolvidos numa demanda. Por mais importante que seja o combate à criminalidade e por mais sedutora que seja a sede de justiça, a interdição do Direito à Intimidade e Privacidade não pode ser lançada a qualquer custo em uma investigação criminal ou em uma demanda penal, quiçá em outra seara do Direito!

O legislador foi cauteloso ao restringir a aplicação da lei ao juiz criminal em casos que ocorram crimes graves e que a prova não puder ser buscada/realizada de outra forma ou modo e quando houver indícios razoáveis de autoria ou participação. Assim, indícios razoáveis de autoria ou participação não são uma simples suspeita, ou indícios obtidos pela interceptação em andamento, como normalmente tem ocorrido nas investigações; ou também não pode se prestar para se dar prosseguimento a investigação de qualquer crime após a intimidade e privacidade já estiver sido aviltada pela medida extrema.

Os princípios constitucionais projetam-se nos Direitos Fundamentais e são considerados a síntese dos valores relevantes da ordem jurídica. Também são um sistema de normas jurídicas e não um simples agrupamento de regras, além de serem assegurados pela Constituição Federal, são também assegurados em tratados e convenções por ela recepcionada.

2.3 O interesse público e a relativização do Princípio da Intimidade e do Princípio da Privacidade

Os Direitos Fundamentais são alicerçados na noção de dignidade da pessoa humana, os quais justificam a existência do Estado e suas diversas formas de atuação. O Estado, edificado em um Estado Democrático de Direito, não está desvinculado de uma justificação ética. Neste conflitante tema da relativização ou limitação dos Direitos Fundamentais a bem do interesse público, o questionamento inicial seria o que se entende por “interesse público”, cuja resposta tem direta relação com a justificativa ante ao caso concreto, que pode ser desde medidas simples até as mais extremadas, atingindo inclusive o direito constitucional de não produzir provas contra si mesmo.

A Constituição Federal prevê nos incisos X e XII do seu artigo 5º, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas os quais integram o mesmo núcleo de normas - Direitos Fundamentais -, compatibilizando seus textos, sem aventar uma hierarquização entre eles.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como sendo o:

Princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente – artigo 170, incisos III,V e VI -, ou em tantos outros. Afinal o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.²⁵⁸

O interesse público é o interesse geral da sociedade; é a finalidade de uma lei na realização do direito coletivo; é o interesse comum a todos os cidadãos; é o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos têm, quando considerados como membros de uma sociedade, “interesse da coletividade, como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada”.²⁵⁹

A supremacia do interesse público aventada em diversas decisões judiciais em relação ao interesse individual e/ou privado, tem se apresentado como cláusula geral de restrição de Direitos Fundamentais, possibilitado uma política pública autoritária em que Direitos Fundamentais da intimidade e privacidade devem sempre ceder aos interesses do Estado. O interesse público não pode servir para justificar a mácula ao Devido Processo Legal e o distanciamento da segurança jurídica.

É inegável a contribuição das interceptações telefônicas ou ambientais para a elucidação de crimes, porém o controle deve ser rigoroso por parte do Estado no que se refere à violação legal da intimidade e privacidade. Como exemplo, há interesse público quando é necessária a interceptação telefônica para colher os elementos imprescindíveis ao deslinde de uma infração penal ocorrente em relação às pessoas envolvidas. Criam-se interesses públicos com o auxílio da mídia ao bel prazer do interesse de alguém ou grupo.

Mesmo considerando o interesse público na investigação de possíveis infrações, deve ser respeitado o Direito à privacidade e à intimidade das pessoas. O investigado e seus interlocutores têm o direito de ver preservados estes direitos, devendo ser reprimida qualquer

²⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 55.

²⁵⁹ Ibid., p. 57.

tentativa de expor a sua imagem, divulgando, indevidamente, o teor de suas conversações, fotografias e filmagens na mídia.

A proteção destes direitos deve ser de forma antecedente e posterior: no momento antecedente, deve-se rechaçar qualquer interferência ilícita na intimidade, através de interceptação telefônica;²⁶⁰ e no momento posterior, refere-se quanto à divulgação indevida da intimidade, quando autorizada judicialmente.²⁶¹ Certo, pois, que a quebra do sigilo telefônico atinge o direito à intimidade e à privacidade, mas a violação, resultante de aceitação ou concessão judicial, é suportada em prol de um interesse maior que é o da sociedade, porém não pode ser aceito o menosprezo à Constituição e ao Direito.

Leis extravagantes aprovadas no intuito de dar uma resposta à sociedade e resolver a demanda da criminalidade,²⁶² por vezes, suplanta o Estado Democrático de Direitos, atingindo não só a criminalidade, mas também a sociedade e a inocentes. Cabem a todos – magistrados, agentes ministeriais, policiais investigadores - a proteção e fiscalização da violação de direitos protegidos pela Constituição, não permitindo a veiculação na mídia da intimidade e da imagem não autorizada, mesmo se tratando de criminosos/investigados, pois a proteção constitucional também os ampara. Podem ocorrer consequências irreversíveis aos atingidos se maculados seus Direitos Constitucionais de forma irresponsável e arbitrária.

Exemplos são muitos em relação ao desrespeito à intimidade, imagem e privacidade, como o caso do empresário Roberto Carlos Castagnaro, acusado de ser sócio e braço-direito de Ernesto Plascência San Vicente, conhecido como "Mexicano", integrante do Cartel Juarez, a maior organização criminosa do México, envolvida com tráfico de cocaína e lavagem de

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. turma). **Habeas Corpus nº 73.039-PR (20060279317-3)**. Impetrante Luiz Fernando Comegno. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Paciente: Délcio Augusto Rasera. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 22 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?Numreg=200602793173&pv=010000000000&tp =51>. Acesso em: 28 jul. 2011.

²⁶¹ Vide Operações policiais de grande vulto midiático, como a Castelo de Areia, Midas, dentre outras, as quais tiveram as interceptações telefônicas divulgadas nos principais telejornais do país.

²⁶² O filme Inimigo do Estado - *Enemy Of The State* - lançado em 1998 nos Estados Unidos da América, conta a história de um congressista assassinado por um alto funcionário de um órgão do governo, logo após ter se declarado radicalmente contra uma lei que, em nome da segurança nacional, permitiria que houvesse uma total invasão de privacidade, pois na prática qualquer pessoa poderia ser monitorada pelo governo. Câmeras, microfones, escutas telefônicas, sistemas de computadores interligados, satélites e até, aparentemente inofensivos, telefones celulares são alguns dos aparelhos tecnológicos que podem ser utilizados para se obter informações sobre qualquer cidadão. Em busca de aumentar o controle sobre a crescente violência urbana, câmeras de monitoramento e modernos sistemas de vigilância estão hoje espalhados pelos mais diversos lugares, em grandes e pequenas cidades. Desde túneis, lojas de conveniência e grandes magazines até pacatas ruas de cidades interioranas e corredores de bibliotecas, são monitorados para se coibir roubos ou mesmo o tráfego de carros com excesso de velocidade. Isso tudo sem falar nos satélites que captam imagens da Terra com resolução de até um metro. Disponível em: <http://www.comciencia.br/resenhas/conversacao.htm>. Acesso em: 10 out.2011.

dinheiro em diversas empresas brasileiras, ambos foram presos na Operação denominada "Zapatta",²⁶³ deflagrada pela Polícia Federal em 20 de julho de 2006.

As investigações constataram que a organização criminosa estava ligada aos doleiros paulistas, que tiveram R\$ 1 bilhão bloqueado em suas contas. A operação policial foi desencadeada em Curitiba/PR, São Paulo e Santa Catarina, pelas superintendências da Polícia Federal no Paraná, Santa Catarina e São Paulo, com o auxílio internacional do governo estadunidense e mexicano. Os mandados de prisão foram decretados pelo juiz da 1ª Vara Criminal da Justiça Federal de Curitiba e apesar de toda a exposição midiática negativa sofrida por Roberto Carlos Castagnaro, o Ministério Público Federal não encontrou elementos probatórios da prática dos crimes imputados ao mesmo, como o de lavagem de dinheiro e pugnou pela sua absolvição.

Absolvido, Roberto Carlos Castagnaro e mais duas pessoas que se sentiram lesadas pela exposição midiática de suas imagens e nomes, ingressaram com ação ordinária ajuizada contra a União, buscando reparar os danos causados à honra dos mesmos em razão da divulgação aos órgãos da imprensa, de suas prisões, apreensões de bens e suposta associação à organização criminosa. Ações Ordinárias nº 2009.72.08.002641-0/SC,²⁶⁴ nº 2009.72.08.002687-2/SC²⁶⁵ e nº 2009.72.08.002688-4/SC²⁶⁶ foram julgadas procedentes, condenando a União a indenizar os autores, por danos morais e materiais.

²⁶³ Conexão Brasil: Quarta-feira, dia 19. Um dos maiores traficantes de drogas do México é preso dentro de um avião no Aeroporto de Congonhas, em São Paulo. [...] Roberto Carlos Castagnaro, advogado, é, segundo a polícia, sócio do traficante em uma construtora no Paraná. Em 10 anos, teria acumulado um patrimônio avaliado em R\$ 10 milhões, a maior parte em imóveis. "Vários apartamentos todos na orla de Camboriú, que valem em torno de R\$ 1,5 milhão a R\$ 2 milhões, identificados todos em nomes de laranjas", aponta o delegado da PF. O advogado Roberto Carlos Castagnaro diz que é inocente. "Não havia indícios nenhum que esse mexicano não fosse gente honesta, ele não colaborou com dinheiro, não me deu dinheiro não fez absolutamente nada", afirma. "Roberto Carlos utilizava o nome da irmã, das sobrinhas pra manter contas clandestinas nas quais o dinheiro era depositado", fala o delegado. O flagrante filmado pela própria polícia: o momento da prisão de uma sobrinha de Roberto Carlos, que tinha uma conta bancária usada por ele. A prisão foi feita logo após ela sacar R\$ 200 mil em um banco de Balneário Camboriú, em Santa Catarina. A moça deixa o banco acompanhada de outra mulher. A sobrinha vai na frente. O homem de camisa azul está com elas. Os três carregam bolsas com os R\$ 200 mil. De repente, a prisão. O dinheiro é posto no chão, em plena rua. Depois, é levado para ser conferido em outro banco. A polícia apreendeu, até agora, 15 carros importados e R\$ 1,5 milhão. Confiscou também apartamentos, casas e fazendas, avaliados em R\$ 30 milhões. "O dinheiro do narcotráfico do México era lavado através dessas empresas que tinham a sociedade de Ernesto Placencia, Roberto Carlos Castagnaro e outros laranjas que nós estamos identificando. Nos próximos dias poderá haver novas prisões e novas buscas dentro da Operação Zapata", afirma o delegado. [...]. Disponível em: <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL695863-15605,00.html>. Acesso em 11 jul. 2011.

²⁶⁴ BRASIL. Justiça Federal de Santa Catarina. **Ação Ordinária nº 2009.72.08.002641-0-SC (0002641-04.2009.404.7208)**. Autor: ROBERTO CARLOS CASTAGNARO. Réu: União-Advocacia Geral da União. Juízo substituto da 2ª Vara Federal de Itajaí (SC). Santa Catarina 31 de março de 2009. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?selForma=NU&txtValor=200972080026410&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sisistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em 11 jul. 2011.

²⁶⁵ BRASIL. Justiça Federal de Santa Catarina. **Ação Ordinária nº 2009.72.08.002687-2-SC (0002687-90.2009.404.7208)**. Autor: Érica Giovana de Moraes. Réu: União-Advocacia Geral da União. Juízo substituto da

Seguindo na mesma linha, o caso de prisão indevida do diretor de Florestas do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama -, engenheiro Antônio Carlos Hummel, preso em 2005, durante a Operação Curupira, com outras 110 pessoas acusadas de integrar um esquema de desmatamento e extração ilegal de madeira; sua prisão foi pedida pelo Ministério Público Federal mesmo não sendo apresentadas provas contra ele.

Como também o caso do engenheiro Hugo Sterman Filho, que passou 11 dias preso. Empresário do ramo imobiliário, ele foi preso por engano durante a Operação Anaconda, em que a Polícia Federal apurava um esquema de vendas de sentenças judiciais, Hugo Sterman Filho entrou com ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, ação nº 2004.61.00.025420-0,²⁶⁷ 12ª Vara Federal/SP, a qual arbitrou em R\$ 500 mil o valor da indenização por danos morais, a União apelou da sentença junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.²⁶⁸

Os juízes Federais Ali Mazloum²⁶⁹ e Cassen Mazloum²⁷⁰ ambos investigados também na operação Anaconda,²⁷¹ conseguiram trancar as Ações Penais que respondiam perante o

2ª Vara Federal de Itajaí (SC). Santa Catarina 01 de setembro de 2011. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200972080026872&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em 11 jul. 2011.

²⁶⁶ BRASIL. Justiça Federal de Santa Catarina. **Ação Ordinária nº 2009.72.08.002688-4-SC (0002688-75.2009.404.7208)**. Autor: Edna de Moraes Tosin e outro. Réu: União-Advocacia Geral da União. Juízo substituto da 2ª Vara Federal de Itajaí (SC). Santa Catarina 01 de setembro de 2011. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200972080026884&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em 11 jul. 2011.

²⁶⁷ BRASIL. Justiça Federal de Santa Catarina. **Ação Ordinária nº 2004.61.00.025420-0-SP (0025420-79.2004.4.03.6100)**. Autor: Hugo Sterman Filho. Réu: União-Advocacia Geral da União. Juízo substituto da 2ª Vara Federal de Itajaí (SC). Santa Catarina 22 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 10 mai. 2011.

²⁶⁸ Ver notícia veiculada na Revista Consultor Jurídico, 2 de julho de 2007: **Prisão Espetacular: Justiça manda União reparar empresário preso por engano pela PF. Disponível em:** http://www.conjur.com.br/2007-jul-02/preso_injustamente_pf_indenizacao. Acesso em: 10 mai. 2011.

²⁶⁹ Acórdão: A Turma, por votação majoritária, deferiu o pedido de *habeas corpus*, por reconhecer a inépcia da denúncia oferecida contra o ora paciente, determinando, em consequência, quanto a ele, a extinção do processo penal em que oferecida, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, vencido o Senhor Ministro-Relator que o indeferia. Retificou seu voto a Senhora Ministra Ellen Gracie. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 14 de dezembro de 2004. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. turma). **Habeas Corpus nº84409-SP**. Impetrante Antônio Cláudio Mariz de Oliveira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Ali Mazloum. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=HC&numero=84409&origem=AP>. Acesso em: 12 mai. 2011.

²⁷⁰ EMENTA: *HABEAS CORPUS*. QUADRILHA OU BANDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE DE EXAME MESMO DEPOIS DE JULGADA A AÇÃO PENAL. ORDEM DEFERIDA. 1. A sobrevinda de acórdão condenatório julgando procedente a denúncia cuja inépcia é questionada no *habeas corpus* não afasta o interesse de exame do writ, sendo plenamente possível o reconhecimento da inviabilidade da inicial acusatória e o trancamento da respectiva ação penal, mesmo considerando-se a posterior confirmação levada a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça no exame de recurso especial. 2. Não se pode ter como sugestivo do crime de

TRF3, por intermédio de *Habeas Corpus* impetrados no Supremo Tribunal Federal, por reconhecimento da inépcia da denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal em ambos os casos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos colocou o Brasil no banco dos réus, caso *Escher e outros vs Brasil*, tangente a violações de Direitos Fundamentais no processo, elencados nos artigos 8º e 25º da Convenção. O julgamento ocorreu por pedido de reparação a violação a Direitos Fundamentais, como sigilo das comunicações, à vida privada, ao direito de livre associação, à divulgação de segredo de justiça e ao abuso de autoridade. As pessoas envolvidas foram vítimas de determinação judicial de interceptação telefônica em desrespeito ao Devido Processo Legal.²⁷²

Os holofotes da mídia sobre as ações policiais renderam resultados positivos à imagem do governo e de instituições policiais, colocando-se o interesse público como interesse do poder. Absolutizam o interesse público e relativizam Direitos Fundamentais, o Devido Processo Legal, o contraditório, a ampla defesa, princípios estes, basilares de um Estado Democrático de Direitos são relegados a segundo plano.

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que:

Em face do exposto, fácil é ver-se que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais.²⁷³

quadrilha a mera menção ao nome do impetrante por outros acusados, segundo captada em interceptações telefônicas, sem qualquer base concreta que demonstre, minimamente, a eventual prática delitativa. 3. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. 4. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Daí a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. 5. Ordem deferida para determinar o trancamento da ação penal instaurada em face do paciente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. turma). **Habeas Corpus nº 89.310-SP**. Impetrante Adriano Salles Vanni e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Casem Mazloum. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 31 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2392818>. Acesso em: 12 mai. 2011.

²⁷¹ A Operação Anaconda foi resultado de investigações conduzidas pela Polícia Federal e a Procuradoria da República em São Paulo. Por meio de escutas telefônicas autorizadas pela Justiça teriam sido constatados indícios de atos ilícitos entre criminosos e membros do Judiciário.

²⁷² SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário 2010, n. 7, Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 123-144, 2010. p. 139-140.

²⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 32.

Em que pese o interesse público ter sua representação na sociedade, quando o mesmo se apresenta como cláusula geral de restrição de Direitos Fundamentais, está indo de encontro a esta mesma sociedade, transformando-se em interesse do Estado, interesse do poder. Há que se considerar que o Devido Processo Legal, o contraditório, a ampla defesa, a privacidade e intimidade também é interesse da sociedade. Cria-se um jogo de tensões, onde o Estado investido de sua autoridade relega ao segundo plano, Direitos Fundamentais em nome de um interesse público imaginário,²⁷⁴ praticando uma política criminal autoritária, ao invés de uma política criminal do Estado Democrático de Direitos.

O Estado-Juiz, sob o manto do interesse público, também tem lançado mão de interpretações extensivas, quando da violação da intimidade e privacidade, em relação ao regramento elencado Lei nº 9.296/96 para a concessão de interceptação telefônica, pois é o que se tem detectado ao longo destes 15 anos de operacionalização para obtenção deste meio de prova. Lenio Luiz Streck entende que é aconselhável que se evite a interpretação extensiva da parte final do inciso II do art. 2º, isto porque “outros meios disponíveis” não são os que, materialmente, a autoridade policial tenha à sua disposição, mas sim, *os meios legais processuais*.²⁷⁵ Advertindo que Caso contrário, a simples alegação da polícia de que “não tem outros meios disponíveis” (p. ex. falta de peritos, etc), já seria bastante para o deferimento da escuta, o que, convenhamos, viria, inexoravelmente, a solapar a lei e a Constituição.²⁷⁶

Com a relativização destes direitos, surgem questionamentos de como o Devido Processo Legal e os Direitos Fundamentais são tratados nos casos de utilização da Lei nº

²⁷⁴ O livro Mil Novecentos e Oitenta e Quatro – 1984, (Nineteen Eighty-Four - 1984), escrito por George Orwell, lançado em 8 de junho de 1949, tornou-se famoso por seu retrato da difusa fiscalização e controle de um determinado governo na vida dos cidadãos, além da crescente invasão sobre os direitos do indivíduo. Nesta obra o autor alerta a perda de privacidade pessoal para a política de segurança nacional de um determinado Estado. O adjetivo "*Orwelliano*" tem muitas conotações. Pode se referir à ação totalitária, assim como às tentativas de um governo em controlar ou manipular a informação com o propósito de controlar, apaziguar ou até subjugar a população. A frase *Big Brother is Watching You* ("O Grande Irmão está te observando") conota especificamente a vigilância invasiva frequente. De fato, Mil Novecentos e Oitenta e Quatro é uma metáfora sobre o poder e as sociedades modernas. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/1984_\(livro\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/1984_(livro)). Acesso em: 20 jun. 2010.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 46.

²⁷⁶ Neste sentido, no intuito de robustecer este raciocínio, Lenio Luiz Streck argumenta que a Lei nº 9.296, no art. 4º, *caput*, dispõe que o pedido de interceptação *conterá a demonstração de que sua realização é necessária à apuração da infração*. Importante que, também nesse dispositivo, tenha sido grifada a questão da “necessidade” como requisito para o deferimento judicial. Quer me parecer, entretanto, até porque a lei trata da invasão na esfera dos direitos fundamentais, que melhor seria que o Poder legislativo – justamente para um melhor resguardo dos direitos fundamentais da intimidade e privacidade – tivesse usado a expressão *indispensável*, o que tornaria a dicção da lei mais condizente com o conhecido *periculum in mora*, de uso comum em nosso Direito. Aliás, se, pelo inciso II do art. 2º não se admite interpretação quando “a prova puder ser feita por outros meios disponíveis”, fica claro que o uso da escuta somente poderá ser deferido *por exceção absoluta*, é dizer, quando for *conditio sine qua non* para a apuração da infração. Disso se deduz, sistematicamente, que a interpretação da palavra “necessária” deve ser *restritiva*, para que não ocorra o que Zaffaroni chama de “generosidade” nas autorizações judiciais de escuta. *Ibid.*, p. 47.

9.296/96? Qual a importância deste meio de prova no sistema processual brasileiro? O Princípio do Contraditório está sendo assegurado nas ações que envolvem interceptação telefônica? Cabem inovações procedimentais em nome do interesse público, em detrimento aos Direitos Fundamentais? Quais as consequências do uso da lei de interceptação telefônica nestes anos? O Devido Processo Legal tem sido aviltado com tal uso? Sentenças/decisões têm sido reformadas em virtude da má/errônea aplicação desta lei?

Não podem as interceptações telefônicas ou gravações ambientais servirem para atacar à privacidade e/ou a intimidade dos indivíduos. O controle tem que ser rigoroso por parte do Estado no que se refere à violação legal da intimidade e imagem. Logo, apenas interessa colher, pela via da interceptação, os elementos imprescindíveis do crime em relação a seus autores e/ou partícipes.

Paulo José da Costa Júnior, tece o seguinte comentário:

Na expressão 'direito à intimidade' são tutelados dois interesses, que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada. O direito, porém, é o mesmo. O que pode assumir uma gama diversa é o interesse protegido pelo direito. São duas esferas de interesses, abarcadas no mesmo raio de proteção do mesmo direito. No âmbito do direito à intimidade, portanto, podem ser vislumbrados estes dois aspectos: a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada.[...] ²⁷⁷

A proteção deste direito subjetivo é feita em dois momentos: num momento antecedente, consistindo em uma reação à interferência ilícita na intimidade, procurando evitar que ela seja devassada através de monitoramentos telefônicos; no momento subsequente, onde a reação vai de encontro a divulgação indevida da intimidade legitimamente alcançada.²⁷⁸ Nesta linha de entendimento, o primeiro momento seria constituído pela interferência ou intromissão e o momento posterior, pela divulgação das notícias, nem sempre obtidas de modo ilícito.²⁷⁹

Cabem ao Judiciário e ao Ministério Público a proteção e fiscalização quando da violação de tais direitos protegidos pela Constituição não permitindo a veiculação na mídia, mesmo em se tratando de indivíduo criminoso, pois a proteção constitucional também o ampara, o qual não pode ficar à mercê da propaganda estatal midiática sedenta em demonstrar à população que a política criminal está sendo aplicada. Como se tem notícia, ocorrem casos de erro policial e processual, onde danos pelo rompimento de Direitos Fundamentais causam

²⁷⁷ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: Tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. Ed. rev. e atual. 2007. p. 27.

²⁷⁸ Ibid., p. 27.

²⁷⁹ Ibid., p. 28.

sequelas muitas vezes irreversíveis, tanto moralmente, quanto financeiramente ao investigado.

3 AS DERIVAS JURISPRUDENCIAIS EM MATÉRIA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: AS REITERADAS VIOLAÇÕES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A análise de julgados em sede de *Habeas Corpus* envolvendo a Lei nº 9.296/96 se faz necessária no intuito de demonstrar a crise decorrente no campo processual penal atingindo o Devido Processo Legal ao aviltar Direitos Fundamentais.

O cerne da crise reside na interpretação dada à lei infraconstitucional distante do contexto constitucional, trazendo aos jurisdicionados a sensação de insegurança jurídica, com a falta de padronização e critérios lógicos ao lidar com a exceção à regra, impostas pela Lei nº 9.296/96, a qual envolve a quebra da intimidade e privacidade de pessoas investigadas, ocasionadas pelo monitoramento telefônico com autorização judicial. Esta interpretação sem o viés constitucional aliada ao interesse público e ainda à precária fundamentação de algumas decisões concessivas de interceptação telefônica ou telemática para utilização como meio de prova, além de banalizar uma importante ferramenta de investigação, tem maculado o Devido Processo Legal.

A ausência de uma cultura jurídica fundada na preservação de Direitos Fundamentais protegidos constitucionalmente, o despreparo em lidar com o tema e ainda à previsível parcialidade dos envolvidos na operacionalização da lei, põe o Poder Judiciário²⁸⁰ numa situação de descrédito social. As decisões judiciais quando da concessão da medida extrema proferidas sem uma justificativa plausível e sem uma fundamentação adequada, com intuito de dar respostas rápidas à demanda criminal e demonstrar a sociedade que a criminalidade e a impunidade estão sendo combatidas, relegam a segundo plano os princípios basilares de um Estado Democrático de Direitos, aviltando o Devido Processo Legal, gerando recursos, cujos

²⁸⁰ Para Carlos Eduardo Scheid a época ora vivenciada, os olhos voltam-se, inquestionavelmente, à atuação do Poder Judiciário, que, a partir das conquistas sociais e individuais estritas no texto da Constituição Federal de 1988, passou a dirimir os mais diversos tipos de tensões sociais. Obviamente esse fenômeno não seria diferente em se tratando do Direito Penal. Todas as medidas legislativas penais de cunho populista acabam, cedo ou tarde, batendo às portas dos Fóruns e Tribunais. São juízes, portanto destinatários das tormentosas discussões jurídicas (e sociais), envolvendo o fenômeno que se costuma denominar de expansão do Direito Penal. SCHEID, Carlos Eduardo. **Motivação das Decisões Penais a partir da teoria garantista**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 9.

resultados trazem prejuízos a todos: ao Estado, ao Poder Judiciário, ao jurisdicionado e à sociedade.

3.1 A jurisprudência recente dos tribunais brasileiros: Um breve olhar sobre casos concretos

Os julgados recentes dos Tribunais Superiores pátrios demonstram que o debate acerca da utilização da Lei nº 9.296/96 em consonância com o Princípio do Devido Processo Legal ainda está longe de ser superada, vez que o índice de reformas de sentenças e decisões judiciais em relação às ações penais de grande vulto que se utilizaram da lei em tela, é alarmante. O número de ações penais e investigações criminais que foram e estão sendo questionadas via *Habeas Corpus*, só demonstraram o quanto é necessário o cumprimento rigoroso do texto legal infraconstitucional e a interpretação a ser dada conforme a Carta Constitucional para a operacionalização adequada da produção deste meio de prova.

A jurisprudência tem assentado entendimento em diversos casos, cuja produção do meio de prova via interceptação telefônica tem afrontado o Devido Processo Legal. É a partir desta ótica que se pretende apresentar o estudo de alguns julgados recentes no sentido de se detectar a fonte dos erros que ocasionaram as reformas de sentenças de Ações Penais, inquéritos Policiais e de despachos/decisões tomadas no bojo dos Procedimentos Criminais Diversos em relação às concessões das interceptações telefônicas. Os casos apresentados para análise são as operações Norte Câmbio, Nicotina, Pôr do Sol ou Operação Ocasu, Castelo de Areia e Sathiagara.

3.1.1 Operação Norte Câmbio

O primeiro estudo de caso foi anulado pelo Supremo Tribunal Federal, com base na falta de fundamentação, proibição esta inserida no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal pátria e no artigo 5º da lei nº 9296/96, qual seja, a falta de fundamentação na decisão concessiva da interceptação telefônica.

A investigação sob comento ocorreu em relação à empresa Norte Câmbio Turismo Ltda, com sede em Recife/Pernambuco, seus sócios e clientes. A motivação da defesa técnica em impetrar *Habeas Corpus* foi a proibição inserida no artigo 93, inciso IX, da Constituição

Federal pátria²⁸¹ e artigo 5º da lei nº 9296/96²⁸², pela falta de fundamentação das decisões concessivas de quebra dos sigilos fiscal, bancário, telefônico e de busca e apreensão, nos Procedimentos Criminais Diversos que acompanharam a Ação Penal nº 0026319-19.2004.4.05.8300 que tramita na 4ª Vara da Justiça Federal, seção Judiciária de Pernambuco.

A Ação Penal nº 0026319-19.2004.4.05.8300²⁸³ iniciou-se com o recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal à Justiça Federal de Pernambuco em 10 de dezembro de 2004, sendo denunciado J. M. D e outras 15 pessoas por crimes contra o sistema financeiro nacional, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro. A investigação centrava-se nas atividades praticadas em operações comerciais ilícitas pela Norte Câmbio Turismo Ltda, a qual promovia o envio de moedas para o exterior por meio das operações dólar-cabo²⁸⁴ e das chamadas “mulas” - pessoas que levavam o dinheiro pessoalmente para o exterior -, havendo ainda, notícias de que a saída de parte dos numerários dava-se também a partir de contratos de compra e venda de materiais de informática superfaturados.

²⁸¹ A motivação ou fundamentação é uma exigência constitucional, que consiste na obrigatoriedade de toda decisão judicial ser fundamentada. O princípio da motivação das decisões está expressamente previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988 a qual, *In verbis* leciona que: 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

²⁸² 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.

²⁸³ BRASIL. Justiça Federal de Pernambuco. **Ação Penal nº 0026319-19.2004.4.05.8300 (2004.83.00.026319-3)**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: J. M. D. e outros. Juízo da 4ª Vara Federal de Pernambuco (Recife). Recife 09 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://ww11.jfpe.gov.br/consultaProcessos/resconsproc.asp>. Acesso em: 12 mai. 2011.

²⁸⁴ O Sistema Dólar-Cabo (Euro-Cabo) é uma expressão brasileira de um sistema antigo e mundial, alternativo e paralelo ao sistema bancário ou financeiro “tradicional”, de remessa de valores, através de um sistema de compensações, o qual tem por base a confiança. Podem-se citar três espécies de operações típicas complementares bastante encontradas em investigações criminais: na primeira, um cliente entrega, em espécie ou por transferência bancária, reais a um “doleiro” no Brasil, o qual disponibiliza moeda estrangeira equivalente, em taxa pré-ajustada, em favor do seu cliente, no exterior, em reais ou por transferência bancária; na segunda, o cliente recebe do “doleiro”, no Brasil, em reais, recursos em moeda estrangeira que mantinha no exterior e que disponibilizou lá fora ao “doleiro”; na terceira, o “doleiro” aproveita a existência simultânea de clientes nas duas posições anteriores e determina a troca de recursos entre esses clientes, no Brasil e no exterior, atuando como um “banco de compensações” (clearing), isto é, movimentando recursos sem que nada passe por contas de sua titularidade. Isso se torna mais complexo quando mais de um “doleiro” entram em ação empresando entre si recursos, ou harmonizando clientes em posições opostas, numa mesma operação. Ao operar nesse sistema, é comum que o “doleiro” mantenha conta no exterior em nome de uma empresa off-shore por ele controlada. Sistemas semelhantes existem por todo o mundo, como o hawala na Índia, Paquistão e Irã, ou ainda o sistema chop, chit ou flying money, os quais, quando não são legítimos ou reconhecidos pelos países em que operados, são categorizados como underground banking. O dólar-cabo ou euro-cabo é um sistema muito procurado, no Brasil, para lavagem de ativos, uma vez que não existe um controle ou informação das Autoridades Públicas sobre as operações. A atuação de “doleiros” no sistema de dólar-cabo caracteriza vários crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e pode caracterizar lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/gtld/crimes-contra-o-sistema-financeiro/glossario/>. Acesso em: 12 jun. 2011.

O esquema foi considerado um dos maiores casos de crime contra o sistema financeiro em Pernambuco pelo MPF/PE e o principal responsável pelos negócios ilícitos da empresa era o empresário J. M. D, atualmente residente em Portugal, considerado o idealizador da aludida organização criminosa.

Em 16 de junho de 2005, a defesa técnica do réu J. M. D e mais sete acusados, impetraram *Habeas Corpus* com pedido de liminar perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região - HC nº 2184/PE - contra decisão do Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, na Ação Penal nº 2004.83.00.026319-3, o qual determinou a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico dos pacientes. O argumento basilar do pedido de HC foi no sentido de que a autorização judicial não teria sido bem fundamentada, de tal sorte eivando de ilicitude os elementos probatórios colhidos a partir da atuação da autoridade policial.

O objetivo da defesa era a declaração de ilicitude das provas obtidas por força das medidas deferidas pelo Juízo de primeiro grau e, por conseguinte, o desentranhamento de tais provas dos autos do referido processo criminal. A defesa alegou que a denúncia oferecida buscou justificar a partir de uma série de provas ilícitas produzidas desde a fase inquisitorial, onde os sigilos telefônicos, bancários e fiscais dos pacientes foram violados sem que dos autos constasse decisão judicial fundamentada nos estritos ditames da lei.

A juntada de informações sigilosas acerca da movimentação financeira de diversas pessoas físicas e jurídicas, sigilo fiscal e dados e ainda de conversas telefônicas envolvendo supostos diálogos entre os acusados - entre estes e outras pessoas na Ação Penal -, careceu de fundamentação adequada por ocasião das concessões de interceptação telefônica. Defenderam também no *writ* que as provas obtidas na fase inquisitorial, a partir da interceptação das comunicações telefônicas, desprovidas de decisão judicial que as motivasse, revelam-se ilícitas por natureza ou por derivação, a configurar o constrangimento ilegal a que se submeteriam os pacientes.

A liminar foi deferida pelo Desembargador Federal relator em 28 de outubro de 2005, suspendendo o curso da ação penal até a apreciação do mérito pelo colegiado. Em 10 de novembro de 2005, decidiu a Terceira Turma, por unanimidade, denegar a ordem de *Habeas Corpus* nos termos do voto do Relator, que em síntese, concluiu:

Não há nulidade na decisão judicial que acolhe os fundamentos jurídicos do pleito formulado pelo Ministério Público Federal, ao determinar, neste caso, a interceptação das comunicações telefônicas dos pacientes, acusados da possível

prática de delitos contra o sistema financeiro nacional, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha.²⁸⁵

A defesa técnica, inconformada com a decisão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, protocolou novo pedido de *Habeas Corpus* com pedido de liminar, no Superior Tribunal de Justiça, HC nº 51.586 – PE,²⁸⁶ em 14 de dezembro de 2005. O argumento foi no sentido de que buscou-se com o *Habeas Corpus* originário o reconhecimento e a declaração da ilicitude das provas produzidas a partir de decisões não motivadas e que tal reconhecimento não dependia de dilação probatória ou exame aprofundado de provas. Esclareceu que tal pedido não vislumbrava o trancamento da ação penal, mas a declaração da ilicitude das provas obtidas a partir de interceptação telefônica, busca e apreensão e quebra de sigilo fiscal e de dados, ordenados por decisões imotivadas.

O requerimento da defesa girou também em torno da suspensão do curso do processo em caráter liminar e no mérito, pugnaram pela concessão da ordem para declarar a ilicitude das provas produzidas a partir da interceptação telefônica; das provas produzidas quando da realização da busca e apreensão; da quebra do sigilo bancário e o desentranhamento destas provas dos autos. A liminar foi indeferida em 16 de dezembro de 2005.

O *writ* foi levado em mesa para julgamento pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 24 de agosto de 2007, tendo a Ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura e os Ministros Paulo Gallotti, Hamilton Carvalhido e Carlos Fernando Mathias - juiz convocado do TRF 1ª Região-, votado no sentido de conceder ordem apenas para declarar a ilicitude da busca e apreensão realizada, bem como as provas dela derivadas. O Ministro Nilson Naves, em voto vista, concedeu a ordem em sua totalidade.

A ementa publicada versou sobre a concessão da ordem tão somente pela ausência de fundamentação da decisão que decretou a busca e a apreensão. No pedido referente às decisões que decretaram a quebra do sigilo bancário e a interceptação telefônica ao se remeterem expressamente aos fundamentos utilizados pelo Ministério Público e pela autoridade policial, o colegiado por maioria decidiu que restaram suficientemente motivadas e

²⁸⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). **Habeas Corpus nº 2184-PE (2005.05.00.016400-8)**. Impetrante Ademar Rigueira Neto e outros. Impetrado: Juízo da 4ª Vara Federal de Pernambuco (Recife). Paciente: Jacinto Monteiro Dias e outros. Relator: Desembargador Federal Paulo Gadelha – Terceira Turma. Recife, 10 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do>. Acesso em: 12 mai. 2011.

²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus nº 51586/PE (2005/0211467-6)**. Impetrante: Ademar Rigueira Neto e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal (5. Região). Paciente: Jacinto Monteiro Dias e outros. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma. Distrito Federal, 05 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200502114676&pv=0000000000>. Acesso em: 12 mai. 2011.

que não ficou demonstrado que a interceptação telefônica ultrapassou o prazo previsto em lei, não podendo se falar em ilicitude da prova assim obtida.

Com a concessão parcial do *Habeas Corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça, HC nº 51.586, a defesa técnica impetrou novo *Habeas Corpus* com pedido de liminar, no Supremo Tribunal Federal - HC nº 96056/PE²⁸⁷ em 05 de setembro de 2008, requerendo liminarmente a suspensão do curso da Ação Penal nº 2004.83.00.026319-3, em trâmite na 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Pernambuco. No mérito, requereram a ilicitude das provas produzidas a partir da quebra dos sigilos fiscal, bancário, telefônico e de dados dos pacientes, bem como seu imediato desentranhamento dos autos, pelo motivo de que as decisões judiciais que decretaram a quebra dos sigilos fiscal, bancário, telefônico e de dados dos pacientes não foram devidamente fundamentadas, pois simplesmente se remeteu aos fundamentos do pedido do Ministério Público e se limitou a afirmar a possibilidade jurídica da quebra em tese, sem reportar-se ao fato concreto.

Alegaram, ainda, que o Delegado da Polícia Federal que presidia às investigações teve acesso a informações acobertadas por sigilo fiscal, sem a devida autorização judicial, posteriormente solicitando a quebra do sigilo ao juízo, configurando mera tentativa de convalidação de prova irremediavelmente ilícita e neste sentido, pugnaram que as provas derivadas de tais medidas devessem ser consideradas nulas e por consequência, desentranhadas do processo.

A liminar foi indeferida em 10 de setembro de 2008 e no mérito, julgado em 28 de junho de 2011, a decisão foi unânime no sentido de conhecer em parte o *Habeas Corpus* e, nesta parte, deferir a ordem, para reconhecer a ilicitude das provas produzidas a partir da quebra dos sigilos fiscais, bancários e telefônicos das pacientes, sem a devida fundamentação, determinando-se o desentranhamento destas provas dos autos da Ação Penal 2004.83.00.026319-3, nos termos do voto do Relator. O julgamento foi proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 28 de junho de 2011.

Neste caso sob comento, foram impetrados três *Habeas Corpus*: o primeiro, perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, HC nº 2184/PE em 16 de junho de 2005, o qual foi denegado à ordem; o segundo, perante o Superior Tribunal de Justiça - HC nº 51.586 em 14 de dezembro de 2005, o qual foi dado parcial provimento; o terceiro, no Supremo Tribunal Federal, HC nº 96056/PE em 05 de setembro de 2008, que por unanimidade, concedeu ordem

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 96056-PE (2008/124483)**. Impetrante: Ademar Rigueira Neto e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Jacinto Monteiro Dias e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Distrito Federal, 28 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637465>. Acesso em: 12 mai. 2011.

de *Habeas Corpus*, reconhecendo a ilicitude das provas produzidas a partir da quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico dos pacientes, sem a devida fundamentação. Em resumo, transcorreram seis anos, de 16 de junho de 2005 a 28 de junho de 2011, para ser reconhecida a ilegalidade apontada em sede de *Habeas Corpus*, pela falta de fundamentação. A Ação Penal nº 2004.83.00.026319-3 foi conclusa para sentença em 19 de julho de 2011.

No mesmo sentido, a Operação Pacenas deflagrada em 10 de agosto de 2009, cujo objetivo foi o combate de fraudes em licitações de obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) em Cuiabá/MT, teve suas interceptações telefônicas²⁸⁸ anuladas pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *Habeas Corpus* nº 2009.01.00.050287-7/MT²⁸⁹ em 17 de novembro de 2009, por não estarem devidamente fundamentadas e por prorrogação concedidas por antecipação, prorrogação automática de interceptação telefônica. O Ministério Público Federal impetrou Recurso Especial,²⁹⁰ o qual foi inadmitido pelo vice-presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª região, sendo Interposto Agravo de Instrumento, que ainda está em tramitação.

3.1.2 Operação Nicotina

A Operação Nicotina foi anulada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do momento em que foi indeferido pelo juízo de 1º grau o pedido de degravação/transcrição das conversas telefônicas apontados pelo Ministério Público Federal e pela defesa na Ação Penal. A base para a concessão do *writ* encontrou amparo na violação do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal pátria e artigo 6º parágrafo 1º da Lei nº 9.296/96, como também em relação à falta de perícia técnica nos áudios de interceptações apontados pela defesa, ocasionando ofensa aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

A operação policial foi deflagrada em três Estados, Bahia, Paraná e Distrito Federal, porém cada Estado ficou responsável pelas investigações das pessoas neles residentes. No

²⁸⁸ BRASIL. Justiça Federal, Mato Grosso (7. Vara Federal). **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, nº 2007.36.00.016226-0- MT (16226-38.2007.4.01.3600)**. Interessado Departamento de Polícia Federal. Autorização: Juízo Federal da 7ª Vara-MT. Juiz: Paulo César Alves Sodré. Mato Grosso, MT, 12 de novembro de 2007. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?Secao=MT&proc=200736000162260>. Acesso em: 10 abr. 2011.

²⁸⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (3. Turma). **Habeas Corpus nº 2009.01.00.050287-7-MT**. Impetrante Ulisses Rabaneda dos Santos. Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara-MT. Paciente: Jose Antônio Rosa. Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Brasília, DF, 17 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>. Acesso em: 10 abr. 2011.

²⁹⁰ Recurso Especial publicado na WEB, pela Procuradoria Regional da República da 1ª Região. Disponível em: <http://www.prr1.mpf.gov.br/noticias/REsp%20pacenas.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2011.

Estado do Paraná, especificamente na cidade de Foz do Iguaçu, a investigação foi desenvolvida através do monitoramento telefônico no sentido de se apurar crimes de contrabando ou descaminho, quadrilha ou bando e falsificação de papéis públicos. O Procedimento Criminal Diverso nº 2002.70.02.006666-0 deu origem aos autos da Ação Penal nº 2002.70.02.006666-0/PR em 17 de outubro de 2002. No decorrer da Ação Penal, o Ministério Público e as defesas técnicas requereram a degravação/transcrição das fitas de interceptação telefônica como dispõe a Lei nº 9.296/96, artigo 6º, parágrafo 1º,²⁹¹ e bem como perícia técnica referentes as mesmas, dentre outros requerimentos, sendo que tais pedidos foram indeferidos pelo juízo de 1º grau.

As defesas técnicas juntaram aos autos de Ação Penal, laudos de confronto de autoria vocal, questionando a presença de sinais típicos de tratamento digital. As defesas inconformadas com o indeferimento dos pedidos de degravação/transcrição e perícia das interceptações telefônicas que serviram de base para a Ação Penal, corroborado pelo resultado dos laudos dando conta de manipulação digital, impetraram *Habeas Corpus* junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª região, HC nº 2003.04.01.015554-6/PR em 09 de abril de 2003, sendo denegado à ordem por unanimidade em 10 de junho de 2003, acordão publicado no DJU de 02 de julho de 2003.²⁹²

Em 04 de setembro de 2003, ingressaram com novo *writ* no Superior Tribunal de Justiça, HC nº 30.545/PR²⁹³ o qual, por unanimidade também foi denegado em 20 de novembro de 2003, sob o argumento de que não foi abordada na impetração originária a afirmação de que parte das gravações telefônicas efetuadas diziam respeito a períodos não

²⁹¹ Artigo 6º da Lei nº 9296/96: Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização. Paragrafo 1º: No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

²⁹² HABEAS CORPUS. DEGRAVAÇÃO DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS ARMAZENADAS EM CD'S ROMS. PERÍCIA. INDEFERIMENTO. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CERCEAMENTO. O indeferimento de realização de degravação de CD's Roms com a análise pericial sobre a autenticidade de seu conteúdo não implica cerceamento de defesa, pois a necessidade ou conveniência da produção da prova ficará ao prudente arbítrio do juiz, podendo o mesmo indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou inconvenientes. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Habeas Corpus nº 2003.04.01.015554-6-PR**. Impetrante: Jose Carlos da Costa Pereira e outro. Impetrado: Juízo Federal da 1. Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu. Paciente: Mario Augusto Passos e outros. Relator: Desembargador Federal José Luiz B. Germano da Silva. Porto Alegre, RS, 10 de junho de 2003. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=200304010155546&selorigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=c2dfe25e7a8ba7c390f6af75ba22e507&txtPalavraGerada=ctzq&PHPSESSID=fb02449a6bc54e3bf42bc057588154b4. Acesso em: 09 set. 2011.

²⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 30.545/PR (20030167547-5)**. Impetrante Andrei Zenkner Schmidt e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal 4. Região. Paciente: João Celso Minosso. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 20 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200301675475&pv=000000000000>. Acesso em: 05 nov. 2004.

abrangidos pela autorização judicial, tornando a apreciação impossível, sob risco de ocorrer supressão de instância. A violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório não ficou caracterizada vez que, apesar de ter sido indeferido o pleito de degravação das conversas telefônicas, possibilitou-se o acesso da defesa ao seu conteúdo durante a instrução processual, “podendo o acusado, como de fato o fez defender-se da prova que contra si fora produzida”.

A denegação teve por foco não ter havido prejuízo à defesa e que a alegação de que as investigações policiais estariam eivadas de parcialidade, não teriam o condão de desconstituir a presunção de veracidade “de que são revestidos os atos praticados por agentes dotados de fé pública”. A ementa/acordão deste julgado foi publicada em 15 de dezembro de 2003.

Neste ínterim, foi prolatada sentença em 17 de junho de 2003, nos autos da Ação Penal nº 2002.70.02.006666-0/PR²⁹⁴ condenando os réus e, em 30 de novembro de 2004, foi julgado o recurso de apelação nº 2002.70.02.006666-0/TRF4²⁹⁵ mantendo a condenação, porém, com parcial provimento aos apelos no sentido de reduzir as penas carcerárias. A defesa técnica ingressou com novo *writ* no Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 83983/PR, em 06 de fevereiro de 2004, o qual foi deferido o pedido por maioria de votos em

²⁹⁴ Recebidos do juiz: Sentença condenatória quanto aos crimes 334, c/c71 do CP, art. 288, do CP, art. 1,V,§ 4, da Lei 9613/98 e absolutória quanto ao art. 293,I do CP. Conforme movimento processual em 17/06/2003. BRASIL. Justiça Federal do Paraná. **Ação Penal nº 2002.70.02.006666-0-PR (0006666-43.2002.404.7002)**. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Joao Cezar Passos e outros. Juízo Federal da 1. Vara Federal de Foz do Iguaçu (PR). Foz do Iguaçu, PR 17 de junho de 2003. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=2002.70.02.006666-0&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&hdnRefId=c2dfe25e7a8ba7c390f6af75ba22e507&txtPalavraGerada=ctzq&PHPSESSID=fb02449a6bc54e3bf42bc057588154b4. Acesso em 07 set. 2011.

²⁹⁵ EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. QUADRILHA. DESCAMINHO. LAVAGEM DE DINHEIRO. Após a prolação da sentença condenatória, está preclusa a alegação de inépcia da denúncia. Precedentes desta Corte e do STJ. 2. É cediço que a interceptação de ligações telefônicas sob autorização judicial é procedimento investigatório legal e constitucional, constituindo, especialmente em casos como o dos autos, em que se averigua a prática de crimes perpetrados por criminosos organizados, que fazem da prática delituosa um "negócio", uma modalidade importantíssima de prova. 3. Vigem em nosso Direito o princípio "*pas de nullité sans grief*", ou seja, não há nulidade sem prejuízo. A defesa fez um longo relatório acerca dos ramais telefônicos investigados, sobre as autorizações judiciais e datas, mas não referiu, ao fim, qual o prejuízo efetivo de que foi vítima. A mera insinuação de violação a abrangentes princípios constitucionais como o direito à privacidade, à ampla defesa, contraditório, cerceamento de defesa, não se ajustam à necessária indicação do prejuízo efetivo no caso concreto. 4. A palavra dos policiais que funcionaram na apuração do crime deve merecer tanto crédito quanto merece qualquer testemunha idônea, não havendo nenhuma razão lógica para desqualificá-los só porque são policiais, muito menos quando vêm testemunhar em juízo, mediante compromisso e sob o crivo do contraditório, prestando depoimento coerente e harmônico com o conjunto das provas. 5. O indeferimento justificado de provas prescindíveis ou inconvenientes está contido no prudente arbítrio do Juiz presidente do processo. [...]. BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Região (7. Turma). **Recurso de Apelação nº 2002.70.02.006666-0-PR**. Apelante: João Cezar Passos e outros. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal Amaury Chaves de Athayde. Porto Alegre, RS, 30 de novembro de 2004. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtPalavraGerada=ctzq&hdnRefId=c2dfe25e7a8ba7c390f6af75ba22e507&selForma=NU&txtValor=2002.70.02.006666-0&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspertes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&paginaSubmeteuPesquisa=letras. Acesso em: 10 nov. 2008.

04 de dezembro de 2007, nos termos do voto do Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, conforme ementa/acordão publicado em 23 de maio de 2008.

Habeas Corpus nº 83983/PR – STF (2004/10699).²⁹⁶

HABEAS CORPUS *VERSUS* RECURSO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO DA IMPETRAÇÃO. O fato de a matéria versada no *habeas* constar como causa de pedir de apelação não o prejudica.

HABEAS CORPUS – OBJETO. De início, tema veiculado no *Habeas Corpus* há de ter sido examinado pelo órgão anterior àquele a quem incumba o julgamento.

PROVA – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – FITAS – DEGRAVAÇÃO. Consoante dispõe a Lei nº 9.296/96, deve-se proceder à degravação de fitas referentes à interceptação telefônica.

A ausência de transcrição das conversas interceptadas, segundo a decisão, afronta o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96. Esta circunstância, juntamente com o indeferimento da realização de perícia para aferição da veracidade da autoria dos diálogos apontados como sendo dos pacientes, cercearam o direito ao contraditório e à ampla defesa, levando a nulidade o processo criminal em tela, a partir do momento em que indeferido o pleito de degravação/transcrição das fitas contendo as interceptações telefônicas, tornando insubsistente, com isso, o decreto condenatório em primeiro grau e em segundo grau.

A Ação Penal teve início em 17 de outubro de 2002 e sua parcial anulação se deu em 04 de dezembro de 2007, ou seja, mais de 4 anos para ser reconhecido o direito ao Devido Processo Legal.

3.1.3 Operação Pôr do Sol

O terceiro estudo de caso refere-se à anulação das interceptações telefônicas por afronta ao artigo 5º da lei nº 9.296/96 e ao Princípio da Razoabilidade, decorrente das sucessivas renovações das interceptações. O Superior Tribunal de Justiça ressaltou que os demais elementos de convicção produzidos judicialmente eram válidos e que os autos deveriam retornar ao juízo de origem para que tomasse às providências cabíveis, com o desentranhamento das provas ilícitas declaradas, para prolação de nova sentença, devendo ser

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. turma). **Habeas Corpus nº83983-PR (2004/10699)**. Impetrante Andrei Zenkner Schmidt e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: João Celso Minosso. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 04 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2200011>. Acesso em: 08 set. 2011.

avaliada a necessidade de alteração da peça acusatória, que transcreve trechos de conversas obtidas nas escutas tidas por ilegais.

A operação policial denominada Operação Pôr do Sol ou Operação Occasu²⁹⁷ teve por finalidade a investigação de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional - Lei nº 7.492/86 -, praticados em tese pelos sócios da empresa do Grupo Sundown. A investigação iniciou-se por intermédio da Representação Criminal nº 2004.70.00.019229-2/PR²⁹⁸ - Procedimento Criminal Diverso - em 17 de maio de 2004. A representação criminal retro sofreu um desdobramento, surgindo a Operação denominada Oavesso - Representação Criminal nº 2005.70.00.027065-9/PR²⁹⁹ -, cuja finalidade foi investigar a prática de corrupção dos Auditores Fiscais da Receita Federal J. L. A. e A. G. C. O. A, os quais estavam incumbidos em fiscalizar pessoas físicas e jurídicas da organização criminosa denominada Grupo Sundown.

Os Procedimentos Criminais Diversos referentes às representações criminais acima, abarcaram: interceptação telefônica, quebras de sigilos bancário e fiscal, os quais tiveram duração por mais de dois anos. Finda as investigações, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra integrantes do Grupo Sundown em 09 de agosto de 2006, surgindo desta a Ação Penal nº 2006.70.00.019980-5/PR, a qual reuniu os Procedimentos Criminais Diversos nº 2004.70.00.019299-2 e nº 2005.70.00.027065-9, imputando-lhes a prática, em tese, dos crimes de formação de quadrilha, corrupção ativa e fraude processual, respectivamente artigos 288, 333 e 347, todos do Código Penal.

Os denunciados teriam corrompido auditores da Receita Federal, os quais foram também denunciados no mesmo processo pelos crimes Contra a Ordem Tributária, artigo 1º ao 3º da Lei nº 8.137/90 e artigo 1º da Lei nº 4.729/65. A propositura da Ação Penal referida teve como base a Operação Occasu, Procedimento Criminal Diverso nº 2004.70.00.019299-2

²⁹⁷ A operação Occasu teve como objetivo, investigar, mediante interceptação telefônica e de dados, organização criminosa, ora chamada Grupo Sundown, que há muitos anos agia em território paranaense, estruturada por diversas pessoas físicas e jurídicas.

²⁹⁸ BRASIL. Justiça Federal do Paraná. **Representação Criminal nº 2004.70.00.019229-2-PR (0019229-07.2004.404.7000)**. Representante: Ministério Público Federal. Órgão Julgador: Juízo Federal da 2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba (PR). Curitiba, PR 17 de maio de 2004. Disponível em: 3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200470000192292&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todaspartes=S&selForma=NU&todasfases=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em: 06 set. 2011.

²⁹⁹ BRASIL. Justiça Federal do Paraná. **Representação Criminal nº 2005.70.00.027065-9-PR (0027065-94.2005.404.7000)**. Representante: Ministério Público Federal. Órgão Julgador: Juízo Federal da 2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba (PR). Curitiba, PR 21 de outubro de 2005. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?selForma=NU&txtValor=2005.70.00.027065-9&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=PR&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em: 06 set. 2011.

que, posteriormente, desdobrou-se na Operação Oavesso, Procedimento Criminal Diverso nº 2005.70.00.027065-9.

Encerrada a instrução, o juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, julgou-a parcialmente procedente para o fim de absolver os réus em relação ao crime de quadrilha ou bando e fraude processual. Na sentença, a materialidade do delito de corrupção restou toda fundamentada com base no monitoramento telefônico.

Chama à atenção neste estudo de caso, a rapidez em que foi prolatada a sentença na Ação Penal nº 2006.70.00.019980-5/PR.³⁰⁰ Conforme extrato de movimentação processual, o juiz da causa levou nada mais que dois dias para lavrá-la. O Ministério Público entregou suas alegações finais em 10 de novembro de 2006, as defesas técnicas apresentaram seus memoriais, juntando as alegações finais dos réus: I. T. R., R. R., N. R., K. R. E. e A. G. C. O, em 20 de novembro de 2006. Em 21 de novembro de 2006, os autos ficaram conclusos para sentença, sendo a mesma proferida em 23 de novembro de 2006. O que se vislumbra na prática processual, uma ação penal de tamanha complexidade não é prolatada sentença com tamanha celeridade!

O juiz proferiu sentença com Resolução de Mérito - Condenatória Para R. R., I. R. e S. V. I, por três vezes às penas do artigo 333, paragrafo único, do Código Penal; sentença com Resolução de Mérito - Condenatória Para J. L. A., por duas vezes, às penas do artigo 3º, inciso II da Lei nº 8.137/90; sentença com Resolução de Mérito - Condenatória em desfavor de A. G. C. O. às penas do artigo 3º, inciso II da Lei nº 8137/90 e artigo 22, paragrafo único da Lei nº 7492/86 e sentença com Resolução de Mérito - Absolutória em favor de K. R. e P. O., por não existir prova suficiente para condenação - artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. No mesmo dia, foi lavrada certidão de recebimento, publicação e registro da Sentença.

A defesa, inconformada com o resultado da Ação Penal e de sua sentença, impetrou *Habeas Corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 4ª região, HC nº 2006.04.00.031493-8/PR³⁰¹ em 26 de novembro de 2006, contestando a legalidade do monitoramento telefônico

³⁰⁰ BRASIL. Justiça Federal do Paraná. **Ação Penal nº 2006.70.00.019980-5-PR (0019980-23.2006.404.7000)**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: R. R. E. e outros. Órgão Julgador: Juízo Federal da 2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba (PR). Curitiba, PR 23 de novembro de 2006. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200670000199805&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em: 11 mai. 2011.

³⁰¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Região (7. Turma). **Habeas Corpus nº 2006.04.00.031493-8-PR**. Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt e outros. Impetrado: Juízo Federal da 2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba (PR). Paciente: R. R. E. e I. R. T. Relator: Desembargador Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Porto Alegre, RS, 24 de outubro de 2006. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200604000314938

que originou todo o suporte probatório da Ação Penal nº 2006.70.00.019980-5. A defesa técnica alegou, em síntese, serem ilícitas as provas da materialidade e indícios da autoria, consistentes em monitoramento telefônico realizado no Procedimento Criminal Diverso nº 2004.70.00.019229-2 e 2005.70.00.027065-9, cuja autorização judicial e posteriores renovações careceriam de fundamentação jurídica adequada, ofendendo neste sentido o artigo 5º da Lei nº 9.296/96 e artigo 93, IX, da Constituição Federal pátria. Alegou ainda no pleito que, além de não serem especificadas, na autorização de quebra de sigilo telefônico, a indispensabilidade da medida e o objeto da investigação, o monitoramento telefônico por mais de dois anos extrapolou e feriu o princípio da razoabilidade.

Não foram apontados também os dados concretos da indispensabilidade e renovação da medida, bem como o pedido de afastamento do sigilo baseou-se em documento apócrifo da Secretaria da Receita Federal, além de não fundamentado e deixou de indicar qual seria o crime antecedente de lavagem de dinheiro imputado aos investigados. A tese defensiva acabou não sendo acolhida pelo colegiado da 7ª Turma do TRF da 4ª Região, conforme decisão ementada, a qual concluiu que não houve 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.

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 imprescindível tal meio de prova. As sucessivas renovações das interceptações restaram, demonstradas pela efetiva necessidade das medidas para apuração dos ilícitos, inexistindo afronta ao Princípio da Razoabilidade, atendendo aos preceitos legais dispostos nos artigos 2º e 5º da Lei nº 9.296/96. Por tais motivos, a ordem foi denegada em 08 de novembro de 2006.

Diante do não provimento do *Habeas Corpus* nº 2006.04.00.031493-8/TRF, a defesa técnica ingressou com novo *writ* no Superior Tribunal de Justiça em 13 de fevereiro de 2007, HC nº 76.686/PR³⁰², no intuito de obter o reconhecimento das ilegalidades perpetradas no monitoramento telefônico autorizado judicialmente em detrimento dos pacientes, no bojo dos PCDs 2004.70.00.019229-2 e 2005.70.00.027065-9, com a decretação da nulidade de todo o Processo Penal nº 2006.70.00.0019980-7.

&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todaspartes=S&selForma=NU&todasfases=S&hdnRefId=&txtPalavraGerada= . Acesso em: 11 mai. 2011.

³⁰² Ver inicial da defesa, *Habeas Corpus* nº 76.686/PR. Disponível em: http://www.conjur.com.br/dl/HC_76686_inicial.pdf. Acesso em 02 out. 2009.

Para tanto, alegaram a ilegalidade da interceptação telefônica por ter sido renovada sucessivamente no PCD nº 2004.70.00.019229-2, por evidente desproporcionalidade e irrazoabilidade quanto ao excesso de prazo no monitoramento telefônico decretado nos autos, o qual perdurou por mais de dois anos ininterruptos (!), como também a falta de fundamentação das decisões de prorrogações dos mesmos, ofensas estas delineadas no artigo 2º, caput, incisos I e II e artigo 5º da Lei nº 9.296/96, como também nos artigos 5º, XII, e 93, IX, da Constituição Federal.

Pleitearam ainda, a nulidade por derivação, não só do recebimento da denúncia, mas também dos demais atos praticados no bojo da Ação nº 2006.70.00.019980-5. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça ao analisar a tese defensiva, julgou o HC nº 76.686/ PR em 09 de setembro de 2008,³⁰³ concedendo a ordem por unanimidade no sentido de anular as interceptações telefônicas por excesso de renovações, conforme ementa/ acórdão publicado no DJe em 10 de novembro de 2008. O Ministério Público Federal recorreu da decisão e o Recurso Extraordinário nº 625263, encontra-se em trâmite no Supremo Tribunal Federal desde 14 de junho de 2010, aguardando julgamento.

A Operação Pôr do Sol ou Operação Occasu teve início em 17 de maio de 2004 e a sua anulação, apesar de estar *sub judice*, só foi reconhecida em 09 de setembro de 2008, ou seja, após quatro anos, o Devido Processo Legal foi restaurado.

³⁰³ EMENTA: 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 e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. HC nº 76.686/ PR. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 76686-PR (2007/0026405-6)** Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal 4. Região. Pacientes: R. R. E. e I. R. T. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 9 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=0000000>. Acesso em: 10 nov. 2008.

3.1.4 Operação Castelo de Areia

A quarta operação policial analisada foi anulada pelo Superior Tribunal de Justiça por afronta ao artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal pátria, por ter a interceptação telefônica iniciada com base em denúncia anônima, como também por falta de fundamentação na decisão judicial que autorizou o fornecimento de senhas a policiais federais para que pudessem acessar os bancos de dados das empresas telefônicas com intuito de obter dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários a serem investigados, sendo considerado genérico o pedido da autoridade policial neste sentido, ferindo o comando do artigo 5º da lei nº 9.296/96.

A denominada Operação Castelo de Areia, cuja investigação se deu em torno de doleiros e funcionários da construtora Camargo Correa, foi deflagrada pela Polícia Federal³⁰⁴ em dia 25 de março de 2009, em São Paulo e Rio de Janeiro, tendo por objetivo o combate contra crimes financeiros e lavagem de dinheiro. A operação visava desarticular quadrilha inserida numa grande construtora nacional. As investigações começaram em 10 de janeiro de 2008 com o pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, nos autos do Procedimento Criminal Diverso nº 2008.61.81.000237-1³⁰⁵ autuado na 6ª Vara Federal da Justiça Federal/SP e em 24 de abril de 2009 foi instaurado o Inquérito Policial nº 2009.61.81.004839-9.³⁰⁶

Distribuído por dependência ao Procedimento Criminal Diverso acima citado e após um ano e dois meses de investigação sigilosa por intermédio de monitoramento telefônico foi autuada em 05 de junho de 2009 a Ação penal nº 2009.61.81.006881-7/ 6ª Vara Federal da Justiça Federal/SP³⁰⁷ com doze réus. Houve prisões preventivas, buscas e apreensões nas residências dos acusados/Réus, bloqueio de contas correntes, quebra de sigilo bancário e fiscal e arresto de imóveis.

A defesa técnica dos acusados ao tomar ciência dos fatos, concluíram que as investigações sigilosas fundadas em quebra de sigilo de dados, interceptação telefônica,

³⁰⁴ Disponível em: http://www7.dpf.gov.br/DCS/Resumo_OP_2009.html#Castelo. Acesso em: 10 mai. 2009.

³⁰⁵ BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, nº 2008.61.81.000237-SP (0000237-18.2008.4.03.6181)**. Interessado: Delegado da Polícia Federal em São Paulo. Autorização: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. São Paulo, SP, 10 de Janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 09 abr. 2011.

³⁰⁶ BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Inquérito Policial, nº 2009.61.81.004839-9-SP (0004839-18.2009.4.03.6181)**. Autor: Justiça Pública. Responsável: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. São Paulo, SP, 24 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 09 abr. 2011.

³⁰⁷ BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Ação Penal nº 2009.61.81.006881-7-SP (0006881-40.2009.4.03.6181)**. Autor: Justiça Pública. Réus; K.P.P. e outros. Responsável: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. São Paulo, SP, 05 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 09 abr. 2011.

telemática, escuta ambiental e monitoramento de pessoas, iniciaram com base em denúncia anônima. Com esta conclusão, impetraram dois *Habeas Corpus* junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o *Habeas Corpus* nº 2009.03.00.014446-1³⁰⁸ - paciente K. P. P., em 24 de abril de 2009 e *Habeas Corpus* nº 2009.03.00.027045-4³⁰⁹ - pacientes P. F. G. B. e F. D. G., em 03 de agosto de 2009, onde alegam os defensores que as investigações são nulas desde seu nascedouro, em virtude de terem sido iniciadas a partir de denúncia anônima, sustentando também que todas as provas que sucederam aquela primeira seriam também imprestáveis, dada a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada - *fruits of poisonous tree*.

Asseveravam faltar efetiva fundamentação à decisão que determinou o fornecimento de senhas aos agentes policiais, a fim de que estes pudessem acessar o banco de dados das companhias telefônicas, confrontando o que preceitua o artigo 5º da Lei nº 9.296/96, pontuando que a generalidade da determinação que envolveria pessoas não identificadas, configurou constrangimento ilegal, conforme artigo 2º parágrafo único da Lei nº 9.296/96.

A falta de transcrição integral dos diálogos interceptados, comando do artigo 6º parágrafo 1º da Lei nº 9.296/96 foi apontado, como também a exacerbação da duração da interceptação telefônica, que perdurou por mais de um ano. Aduzindo que, neste ponto, foi desrespeitado o prazo previsto no artigo 5º da Lei nº 9.296/96. Ao final, pediram o reconhecimento da imprestabilidade de toda a prova colhida a partir da denúncia anônima, incluídos os elementos obtidos através das quebras de sigilo, interceptações telefônicas e mandados de busca e apreensão.

No dia 01 de dezembro de 2009, o Tribunal Regional da 3ª região apreciou o mérito do *Habeas Corpus* nº 2009.03.00.027045-4 concedendo a ordem em parte, tão somente "para garantir aos pacientes, por intermédio de seus advogados regularmente constituídos, o direito de acesso a todas as investigações preliminares, concomitantes ou mesmo, posteriores ao procedimento de interceptação telefônica". Na mesma data foi julgado pelo mesmo Tribunal o *Habeas Corpus* nº 2009.03.00.014446-1, sendo concedida a ordem, de ofício, nos mesmos termos do *Habeas Corpus* anterior, ambos publicados no D.E., em 11 de dezembro de 2009.

³⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Habeas Corpus nº 2009.03.00.014446-1-SP**. Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Impetrado: Juízo Federal da 6. Vara Federal Criminal de São Paulo, SP. Paciente: K.P.P. Relatora: Desembargadora Federal Cecilia Mello. São Paulo, SP, 02 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26&acao=consulta>. Acesso em: 11 abr. 2011.

³⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Habeas Corpus nº 2009.03.00.027045-4-SP**. Impetrante: Celso Sanches Vilardi. Impetrado: Juízo Federal da 6. Vara Federal Criminal de São Paulo, SP. Pacientes: P. F. G. B. e F. D. G. Relatora: Desembargadora Federal Cecilia Mello. São Paulo, SP, 02 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26&acao=consulta>. Acesso em: 11 abr. 2011.

Diante da não apreciação de grande parte da tese aventada pelas defesas, as mesmas impetraram, cada uma delas, os *Habeas Corpus*: nº 137.349/SP³¹⁰ em 27 de maio de 2009 e nº 159.159/SP³¹¹ em 12 de janeiro de 2010 apontando como autoridade coatora a Desembargadora Relatora dos dois *Habeas Corpus*: nº 2009.03.00.014446-1 e nº 2009.03.00.027045-4, ambos com alegações semelhantes. O *Habeas Corpus* nº 137.349/SP³¹² foi impetrado logo após o indeferimento da liminar no *Habeas Corpus* nº 2009.03.00.027045-4/TRF3.

A Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, em caráter liminar, a qual foi negada em 27 de maio de 2009 manifestou-se no seguinte sentido: “No presente caso, ao menos em um juízo de cognição sumária, entendo que não se justifica a atuação desta Corte Superior antes do julgamento do mérito do prévio *writ* pelo Tribunal de origem, uma vez que a questão sobre nulidade confunde-se com o mérito da impetração.” Tal *Habeas Corpus* em questão, teve que aguardar o mérito do *Habeas Corpus* impetrado no TRF 3º região.

Já o segundo *Habeas Corpus* nº 159.159/SP, impetrado em 12 de janeiro de 2010, teve a liminar deferida pelo Presidente da Corte para sobrestar o curso da Ação Penal nº 2009.61.81.006881-7 oriunda da 6ª Vara Federal da Justiça Federal/SP. Houve impetração de agravo regimental, pelo MPF, contra a decisão deferitória da liminar, o qual não foi conhecido pela Sexta Turma, preventa em virtude do HC nº 137.349/SP.

Em suma, os dois *Habeas Corpus* possuem contornos semelhantes, apontando os impetrantes às ilegalidades da quebra do sigilo telefônico em face da existência de denúncia anônima. Marcada a data do julgamento para ambos os *Habeas Corpus*, sessão do dia 14 de setembro de 2010, teve como resultado o julgamento parcial, nos seguintes termos: "após o voto da Sra. Ministra Relatora concedendo parcialmente a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Og Fernandes. aguardam os Srs. Ministros Celso Limongi - Desembargador convocado do TJ/SP e Haroldo Rodrigues - Desembargador convocado do TJ/CE."

³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 137.349-SP (2009/0101038-5)** Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal 3. Região. Paciente: K. P. P. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 05 de abril de 2011. Disponível em: Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901010385&pv=0000000000>. Acesso em 17 de junho de 2011.

³¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 159.159-SP (2010/0004039-3)** Impetrante: Celso Sanches Vilardi. Impetrado: Tribunal Regional Federal 3. Região. Paciente: P. F. G. B. e F. D. G. e D. B. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 05 de abril de 2011. Disponível em: Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000040393&pv=0100000000&tp=51>. Acesso em 17 de junho de 2011.

³¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 137.349-SP (2009/0101038-5)** Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal 3. Região. Paciente: K. P. P. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 05 de abril de 2011. Disponível em: Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901010385&pv=0000000000>. Acesso em 31 de mai. 2011.

Voltando em mesa para julgamento na sessão do dia 15 de março de 2011, teve como resultado, julgamento parcial nos seguintes termos: "prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Og Fernandes conhecendo parcialmente dos pedidos e, nesta extensão, os denegando, expedindo, contudo, ordem de ofício, pediu vista o SR. Ministro Celso Limongi, aguardando o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues".

Em mesa para julgamento, a Sexta Turma na sessão do dia 05 de abril de 2011, julgou o *Habeas Corpus* nº 159.159/SP – STJ,³¹³ o qual teve como resultado final a concessão parcial da ordem por maioria, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido o Sr. Ministro Og Fernandes, que conhecia parcialmente do pedido de Habeas Corpus e, nessa extensão, denegava a ordem. O acórdão foi publicado no DJE em 27 de maio de 2011. O Ministério Público insatisfeito com a decisão entrou com Embargos de Declaração, o qual por unanimidade restou rejeitado, em 16 de junho de 2011,³¹⁴ cuja publicação do acórdão no DJE, ocorreu em 28 de junho de 2011.

Esta Operação Policial iniciou-se com o Procedimento Criminal Diverso nº 2008.61.81.000237-1 em 10 de janeiro de 2008 e teve seu final marcado com o julgamento dos *Habeas Corpus*: nº 137.349/SP e nº 159.159/SP em 05 de abril de 2011 com a anulação das provas obtidas com base em denúncia anônima. Apesar de estar *sub judice*, aguardando recurso do Ministério Público, transcorreram três anos para ser reconhecido o direito ao Devido Processo Legal.

³¹³ A decisão no *Habeas Corpus* nº 159.159/SP - STJ foi no sentido de que as garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal. A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa. A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social. Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, *in casu*, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual. Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 20096181006881-7.

³¹⁴ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000040393&pv=0000000000>. Acesso em: 28 jun. 2011.

3.1.5 Operação Satiagraha

A quinta operação policial analisada teve como escopo a violação formal da exclusividade constitucional para apuração de crimes, comando do artigo 144, § 1º, inciso IV da Constituição Federal e a violação do artigo 8º e segunda parte, do artigo 10, ambos da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, caracterizando violação ao Estado Democrático de Direito e dos Princípios da Legalidade, da Impessoalidade e do Devido Processo Legal.

A operação foi desencadeada pela Polícia Federal em 8 de julho de 2008 e teve por objetivo investigar sócios e presidência do banco Oportunity dentre outros, com intuito de desmontar um esquema de desvio de verbas públicas, corrupção e lavagem de dinheiro. Cerca de 300 policiais cumpriram 24 mandados de prisão e 56 de busca e apreensão nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília e Salvador. Os mandados foram expedidos pela 2ª Vara Criminal Federal de São Paulo.³¹⁵ Esta operação desenvolveu-se com suporte nos procedimentos criminais diversos, PCD nº 2008.61.81.008291-3/SP³¹⁶ - Ação Controlada -, PCD nº 2007.61.81.010208-7/SP³¹⁷ - Monitoramento Telefônico -, PCD nº 2007.61.81.011419-3/SP³¹⁸ - monitoramento telemático -, os quais, por sua vez subsidiaram a Ação Penal nº 2008.61.81.009002-8/SP³¹⁹ e a Ação Penal nº 2008.61.81.10136-1/SP.³²⁰

Oriunda da 6ª Vara Federal Criminal/SP, a Ação Penal teve início em 16 de julho de 2008 com a finalidade de se apurar crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Lei nº 7.492/86, sendo os investigados denunciados pela prática do crime de corrupção ativa, artigo 333, *caput*, combinado com o artigo 29, *caput*, ambos do Código Penal. O Inquérito

³¹⁵ Disponível em: http://www7.dpf.gov.br/DCS/Resumo_OP_2008.html#Satiagraha Acesso em: 22 jun. 2011.

³¹⁶ BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, nº 2008.61.81.008291-3-SP (0008291-70.2008.4.03.6181)**. Interessado: Delegado da Polícia Federal em São Paulo. Autorização: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. São Paulo, SP, 12 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 22 jun. 2011.

³¹⁷ BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, nº 2007.61.81.010208-7-SP (0010208-61.2007.4.03.6181)**. Interessado: Delegado da Polícia Federal em São Paulo. Autorização: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. São Paulo, SP, 20 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 22 jun. 2011.

³¹⁸ BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, nº 2007.61.81.011419-3-SP (0011419-35.2007.4.03.6181)**. Interessado: Delegado da Polícia Federal em São Paulo. Autorização: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. São Paulo, SP, 11 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 22 jun. 2011.

³¹⁹ BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Ação Penal nº 2008.61.81.009002-8-SP (0009002-75.2008.4.03.6181)**. Autor: Justiça Pública. Réus: Daniel Valente Dantas e outros. Juízo processante: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. São Paulo, SP, 25 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 22 jun. 2011.

³²⁰ BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Ação Penal nº 2008.61.81.010136-1-SP (0010136-40.2008.4.03.6181)**. Autor: Justiça Pública. Réus: Hugo Sergio Chicaroni e outros. Juízo processante: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. São Paulo, SP, 16 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 22 jun. 2011.

Policial nº 2008.61.81.009002-8/SP transformou-se em ação penal em 16 de julho de 2009 com o recebimento da denúncia pelo Juízo, com a finalidade de apurar crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Lei nº 7.492/86. As defesas técnicas ao tomarem ciência e analisarem os procedimentos acima elencados, depararam-se com diversas ilegalidades, *ad exemplum* a violação aos artigos 144, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal e artigo 4º do Código de Processo Penal, onde detectou-se a utilização de pessoas estranhas aos quadros do Departamento de Polícia Federal nas investigações sob sigilo judicial.

Neste caso sob comento, integrantes da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN e investigador particular contratado pela autoridade policial, procederam monitoramentos telefônico e telemático, atos de vigilância e realização de diligências como fotografias e filmagens dentre outros, em desfavor dos investigados e de forma clandestina, sem autorização judicial. Não havia inquérito policial nas investigações referentes ao período entre fevereiro de 2007 e início de 2008, sendo que o Departamento de Polícia Federal só instaurou o inquérito em 25 de junho de 2008, afrontando o artigo 8º da Lei 9.296/96.

Neste sentido, a defesa técnica de um dos acusados, D.V.D. ingressou com *Habeas Corpus* nº 2008.03.00.044165-7/SP³²¹ em 11 de novembro de 2008 no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com os argumentos acima relatados dentre outros, porém, por unanimidade, foi denegada a ordem em 23 de março de 2009, com o entendimento, resumidamente, de que:

1. não haveria prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, pelo fato de servidores da Agência Brasileira de Informação, hipoteticamente, terem conhecido do conteúdo de conversas telefônicas interceptadas;
2. o compartilhamento de dados e informações sigilosos entre os órgãos encarregados da persecução penal e outros órgãos integrantes do Estado, não é novidade;
3. eventuais nulidades da fase pré-processual não possuem o condão de contaminar a ação penal e que o Código de Processo Penal consagra a dispensabilidade do Inquérito Policial - artigo 39, § 5º -, o que, também, corrobora o raciocínio de que eventuais nulidades verificadas naquele âmbito não contaminam a ação penal, que lhe é posterior e ontologicamente distinta;

³²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Habeas Corpus nº 2008.03.00.044165-7-SP**. Impetrante: Nelio Roberto Seidl Machado. Impetrado: Juízo Federal da 6. Vara Federal Criminal de São Paulo, SP. Paciente: Segredo de justiça. Relatora: Desembargadora Federal Ramza Tartuce. São Paulo, SP, 23 de março de 2009. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26&acao=consulta>. Acesso em: 09 set. 2011.

4. não houve recurso da defesa, apenas Embargos de Declaração o qual também restou rejeitado.

Com a denegação do *writ*, a defesa ingressou com novo *Habeas Corpus*, no Superior Tribunal de Justiça, HC nº 149.250/SP – STJ³²² em 30 de setembro de 2009, o qual foi levado em mesa para julgamento na data de 01 de março de 2011. O Ministério Público Federal no seu parecer opinou pela concessão da ordem³²³ e o Ministro Relator Adilson Vieira Macabu em seu voto, concordou com a tese defensiva, concluindo que houve:

1. participação irregular, indubitavelmente comprovada, de dezenas de funcionários da agência brasileira de informação – ABIN - e de ex-servidor do SNI, em investigação conduzida pela Polícia Federal em manifesto abuso de poder;
2. impossibilidade da atuação efetivada como hipótese excepcionalíssima, capaz de permitir compartilhamento de dados entre órgãos integrantes do sistema brasileiro de inteligência e a inexistência de preceito legal autorizando-a;
3. patente ocorrência de intromissão estatal, abusiva e ilegal na esfera da vida privada, no caso concreto. Violações da honra, da imagem e da dignidade da pessoa humana;
4. indevida obtenção de prova ilícita, porquanto colhida em desconformidade com preceito legal;
5. ausência de razoabilidade;
6. nulidades verificadas na fase pré-processual e demonstradas à exaustão, contaminaram futura ação penal;
7. contrariedade aos princípios da legalidade, da imparcialidade e do Devido Processo Legal caracterizada;

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 149.250-SP (2009/0192565-8)** Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal 3. Região. Paciente: Daniel Valente Dantas. Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu. Brasília, DF, 07 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901925658&pv=000000000000>. Acesso em: 09 set. 2011.

³²³ Excerto extraído do relatório do Sr. Ministro Relator ao transcrever parte do parecer do Ministério Público Federal: O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, "ex officio, para que seja expedida ordem, com força para anular, desde o início, a ação penal declinada nesta manifestação. Se tida como incabível a concessão da ordem de habeas corpus, nos moldes propostos, espero, como agente do Ministério Público, o seu deferimento para que seja anulado o acórdão em que o Tribunal Federal Regional da Terceira Região, através de sua Quinta Turma, indeferiu a súplica originária, para que em seu lugar outro seja proferido, com análise e consideração, pelos seus integrantes, dos documentos que se recusaram a apreciar naquela oportunidade." Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901925658&pv=000000000000>. Acesso em: 09 set. 2011.

8. decisão judicial “distanciada dos parâmetros legais”.

Com base nas conclusões, concedeu a segurança para anular todas as provas produzidas no bojo dos Procedimentos Criminais Diversos nº 2007.61.81.010208-7, nº 2007.61.81.011419-3 e nº 2008.61.81.008291-3 e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a Ação Penal, na mesma esteira do parecer exarado pela Procuradoria da República. O voto foi acompanhado pelos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi e depois do pedido de vistas dos Ministros Gilson Dipp e Ministra Laurita Vaz, os quais denegaram a ordem, o resultado final do julgamento foi no sentido de concessão da ordem por maioria, em 07 de junho de 2011.

As investigações iniciaram-se em 8 de julho de 2008 e a sua anulação ocorreu em 07 de junho de 2011, levando 3 anos para ser reconhecido o Devido Processo Legal. O *Habeas Corpus* sob comento transitou em julgado em 18 de outubro de 2011, não cabendo mais recurso por parte do Ministério Público Federal.

3.2 Questionamentos de ordem processual em casos concretos

Passados 15 anos desde a promulgação da Lei nº 9296/96, diversos problemas foram detectados em sua operacionalização, tangentes ao Devido Processo Legal e aos Direitos Fundamentais. Há questionamentos necessários, pois a interpretação do texto legal regulamentador do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, padece de entendimento uniforme.

A falta desta uniformização de entendimento em relação aos despachos de autorização de quebra do sigilo telefônico na fase pré - processual, tem contribuído para a impetração de *writs* nos Tribunais, os quais questionam e exigem reparo dos procedimentos para a autorização da interceptação telefônica. Tais problemas/questionamentos foram apontados pelas Defesas, via *writs*, aos Tribunais Superiores³²⁴ nesta última década, desde o início das diversas operações policiais de grande vulto apresentas e veiculadas na mídia.

No âmbito de investigações da Polícia Federal,³²⁵ é possível visualizar na tabela I – (ver Apêndice A – p. 178) - as operações realizadas e embora a Polícia Federal afirme que

³²⁴ Vide julgados elencados nas Referências de casos. p. 162.

³²⁵ Fonte: Departamento de Polícia Federal. Disponível em: <http://www7.dpf.gov.br/DCS/operacoes/indexo p.html>. Acesso em: 19 set. 2011.

utiliza de outros meios de investigação antes de utilizar o monitoramento telefônico, asseverando que este instrumento é utilizado somente em casos extremos, não é o que se depreende das informações divulgadas rotineiramente na imprensa nos últimos anos e em observação neste estudo das medidas intentadas nos tribunais pátrios quanto ao uso de interceptação telefônica.

Percebe-se que o uso do monitoramento é a regra, sendo este o protocolo a ser seguido nas investigações como o principal meio de investigação. As investigações das operações, rotineiramente, utilizaram a interceptação telefônica como ferramenta de investigação, conclusão deste estudo ao pesquisar nos Tribunais Federais questionamentos de ordem processual já com trânsito em julgado ou ainda em trâmite, pendentes de julgamento ou em grau de recurso, como também estão aguardando resultado de *Habeas Corpus*, impetrados para a aferição de legalidade quanto ao meio de obtenção de prova e operacionalização da Lei nº 9.296/96. Corroborando com a informação, o Conselho Nacional de Justiça³²⁶ divulgou a informação de que 17.122 linhas telefônicas foram monitoradas legalmente em agosto de 2011 em comparação a agosto de 2010: 17.417 casos.

Nesta linha de raciocínio, em relação à quantidade de pessoas monitoradas, excluindo-se parentes, amigos e outras pessoas que por acaso entraram em contato com o telefone “alvo” monitorado e de alguma forma foram investigados, mas não participaram dos crimes apurados, chega-se a seguinte quantidade de pessoas que foram presas ao serem monitoradas pela Polícia Federal, em relação às operações policiais, entre o ano de 2003 até setembro de 2011: 17.081 casos, conforme tabela II – (ver Apêndice B – p. 184).

³²⁶ **17 mil linhas telefônicas foram monitoradas em agosto de 2011.** 19/09/2011 - 00h00. Pelo menos 17.122 linhas telefônicas foram monitoradas por decisão da Justiça, segundo relatório fechado em agosto de 2011. Esse número é um pouco inferior ao verificado em balanço fechado no mesmo mês do ano passado, quando 17.417 linhas estavam sob monitoramento naquele momento. Os dados são do Sistema Nacional de Controle das Interceptações Telefônicas, coordenado pela Corregedoria Nacional de Justiça. Na Justiça Federal, o Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região realizou o maior número de escutas, 840. Já em relação à Justiça Estadual, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) foi responsável por determinar 2.690 escutas, e o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), por 1349. Também apresentaram números elevados o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), que determinou 833 escutas, o TJ de Goiás (TJGO), 1105 e o TJ do Rio Grande do Sul (TJRS), 1041. A essas escutas somam-se os dados dos telefones monitorados VoIP, ou seja, ligações feitas via internet. Em agosto, 750 telefones Voip foram monitorados no país – sendo 120 somente no Estado de São Paulo. O objetivo do cadastro, que reúne o número de escutas telefônicas realizadas no país, é garantir maior controle sobre a utilização desta ferramenta nas investigações, para evitar o uso indiscriminado de escutas. O Sistema Nacional de Controle das Interceptações Telefônicas também possui dados de endereços eletrônicos monitorados por decisão da Justiça. Em agosto, 320 endereços eletrônicos estavam sob monitoramento, sendo que os maiores números estavam em São Paulo, 87, em Pernambuco, 24, e em Mato Grosso, 23. Luiza de Carvalho, Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15962-17-mil-linhas-telefonicas-foram-monitoradas-em-2011>. Acesso em: 21 de set. 2011.

O exercício de ações investigatórias pelos órgãos incumbidos da persecução penal, segundo Luiz Francisco Torquato Avolio, quase que invariavelmente colide com a barreira protetora que as Constituições erigem em torno dos direitos da personalidade, nos quais se inclui o direito à intimidade, envolvendo liberdade do homem,³²⁷ colidem também com o Devido Processo Legal, ocasionando problemas de ordem processual.

Problemas de ordem processual e/ou não observância dos procedimentos descritos na lei apontados nestes *writs* na ocasião da concessão de interceptação telefônica na fase pré-processual, que por vezes, macularam o Devido Processo Legal foram levantados pelas defesas, *ad exemplum*:

1. ausência de transcrição integral das gravações;
2. ausência de relatório de investigação de campo;
3. ausência de comprovação da materialidade obtida por intermédio da interceptação telefônica (conversa *versus* materialidade);
4. interpretações próprias dos analistas das interceptações;
5. casos de homônimos investigados por falta de investigação policial;
6. problemas técnicos nos equipamentos;
7. prorrogação automática dos 15 dias;
8. falta de utilização de outros meios de investigação;
9. ausência de identificação e qualificação dos proprietários e dados cadastrais dos terminais;
10. autos circunstanciados/relatórios sem justa causa e com dados fictícios;
11. início da investigação embasada em denúncia anônima;
12. volume significativo de monitorados/investigados dificultando a individualização de condutas gerando defeito nas denúncias;
13. autorização do monitoramento telefônico em Procedimentos Criminais Diversos sem o acompanhamento de Inquéritos Policiais ou Ações Penais;
14. utilização de pessoas estranhas às elencadas na Lei nº 9.296/96 e na Resolução nº 59, do Conselho Nacional de Justiça nas investigações sob sigilo judicial, ferindo direitos constitucionais, em especial o Devido Processo Legal.

³²⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 27.

O Procedimento Criminal Diverso ou medida cautelar sigilosa é a fonte originária de grande parte dos procedimentos adotados pelo Poder Público na persecução criminal e transformou-se em fonte principal dos questionamentos apresentados pelas Defesas quando do aviltamento do Devido Processo Legal, uma vez que as prisões dos investigados ocorrem antes mesmo do oferecimento da Denúncia e início da Ação Penal.

Tais Procedimentos Criminais Diversos têm seu nascedouro em representações formuladas por Autoridades Policiais ou Ministério Público, os quais servem como instrumento para guardar sob segredo de justiça o resultado das interceptações telefônicas, telemáticas e ações controladas, bem como outros sigilos referentes a investigados num Inquérito Policial ou numa Ação Penal.

Em linhas gerais, o Procedimento Criminal Diverso ou medida cautelar sigilosa é a peça que se inicia junto ou após o início da persecução penal ou ação penal, através de representação criminal formulada pela Autoridade Policial ou Ministério Público ao Poder Judiciário, o qual reúne os requerimentos de interceptação telefônica realizados pela autoridade policial e suas respectivas decisões judiciais, decisão inicial e decisões subsequentes, inclusive requerimento de prisões cautelares e suas concessões. Posteriormente, passa a fazer parte em autos apartados à ação penal.

A inefetividade das garantias processuais, corriqueiras nos Procedimentos Criminais Diversos, decorrentes de seu descumprimento por juízes, Ministério Público e autoridades policiais, segundo Jânia Maria Lopes Saldanha, verifica-se pela desconsideração aos princípios e assim com a qualidade dos fundamentos de decisões e representações, cedendo espaço à redução do Direito Processual, mas contemporaneamente, à estandartização e à quantificação e mais cedo, a um tipo de autoritarismo judiciário com feições nitidamente liberais.³²⁸

Nesta argumentação, é possível delinear as razões dos problemas que já ocorreram desde a sua aplicação, tangente aos Direitos Fundamentais dos envolvidos. As decisões têm apresentado problemas na fundamentação, com um apego tão-somente aos aspectos filosóficos da relativização dos direitos e pouco afetas ante ao caso concreto.

Os problemas apresentados quanto à aplicação da Lei nº 9.296/96 tem contribuído para afetar o Devido Processo Legal e, em consequência, um número considerável de *Habeas*

³²⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário 2010**, n. 7, Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 123-144, 2010. p. 141.

Corpus estão sendo impetrados nos Tribunais Superiores visando à soltura de investigados presos, anulações e exclusão das interceptações telefônicas, telemáticas dos autos e até mesmo anulação de sentenças.

Os questionamentos em sede de *Habeas Corpus* pelas defesas, geram pedidos de nulidade de Procedimentos Criminais Diversos ou medidas cautelares sigilosas, inquéritos policiais, investigações criminais feitas pelo Ministério Público e de Ações Penais em trâmite ou findas com sentença, sem trânsito em julgado, por absoluta afronta aos princípios e garantias constitucionais pela ilicitude da prova por vício de origem.

Listam-se os problemas recorrentes:

1. impossibilidade de interceptação telefônica com base em denúncia anônima;
2. falta de fundamentação das decisões concessivas de interceptação telefônica;
3. falta de materialidade em relação aos áudios captados;
4. ofensa ao princípio da intimidade, da razoabilidade e proporcionalidade ao mandamento infraconstitucional;
5. ilicitude da prova pelo excesso de prazo e impossibilidade de renovação automática de prazo de interceptação telefônica;
6. ofensa ao Devido Processo Legal, contraditório e ampla defesa, através do indeferimento de transcrição dos diálogos e perícias das conversas interceptadas, onde requerimentos de transcrição das conversas interceptadas, assim como perícia nas gravações, são indeferidos sem uma justificativa plausível;
7. não disponibilização às defesas de áudio de terminais com a devida autorização judicial de quebra de sigilo;
8. ausência de autos circunstanciados/relatórios da autoridade policial acerca da necessidade do monitoramento – ou continuidade - dos mesmos, conforme o disposto no diploma legal específico.

A interpretação feita por analistas é tida como válida, independentemente da confrontação do que efetivamente está gravado em áudio, erros de transcrição por parte dos analistas são validados assim como interpretações absolutamente tendenciosas e em franco desacordo com o áudio efetivamente captado aplicando-se o Princípio da Proporcionalidade às avessas para as defesas. As divergências entre as informações prestadas pelo sistema de monitoramento e pelas companhias telefônicas também são questionadas e tais argumentos

são utilizados pelas defesas como justificativa para a transcrição integral dos diálogos captados e da perícia sobre os áudios.

Ademais, é de bom alvitre ressaltar que as defesas nas ações penais onde foram utilizadas as interceptações telefônicas, raramente possuem o entendimento técnico necessário para apontar falhas e defeitos no monitoramento telefônico, sendo que tais falhas/defeitos seriam imprescindíveis para as defesas do acusados, muitas vezes ocasionados pelo elemento humano operacional e não necessariamente técnico.

Diante desta constatação, listam-se as circunstâncias que podem levar a estes problemas ocorridos em sede de monitoramento telefônico:

1. número relevante de pessoas que por entrarem em contato com o alvo, passam a fazer parte da investigação na condição de sub-alvos;
2. volume infundável de informações advindas das interceptações pouco se prestando a serem usadas para a investigação em curso;
3. “vazamento” de informações e diálogos monitorados para a imprensa;
4. o prazo para a decisão sobre o pedido da concessão é de no máximo de 24 horas, trazendo perigo de erro na concessão ou não da medida, dada à exiguidade do prazo para analisar a complexibilidade do caso e dos números a serem interceptados;
5. pedidos de interceptação telefônica lacônicos, feitos pela Autoridade Policial ou Ministério Público, dando margem a anulações;
6. risco de atingir a imparcialidade do juiz que autoriza a medida;
7. falta de maturidade constitucional ao lidar com as exceções aos Direitos Fundamentais.

A título ilustrativo, a tabela III - (ver Apêndice C - p. 185) - traz pesquisa feita entre o anos de 1996 até setembro de 2011, nos Tribunais pátrios na esfera federal o qual, utilizando-se como critério de pesquisa a expressão: “Interceptação Telefônica”, em relação a julgados diversos, decisões monocráticas e acórdãos envolvendo interceptação telefônica, chegou-se aos números apresentados.

O vício na origem, na colheita de elementos para embasar a denúncia - vício tanto nos procedimentos como na não-observância dos princípios constitucionais - atinge o Devido Processo Legal, cuja nulidade dos atos processuais e até mesmo da ação penal é a medida mais acertada, dado que em Estados que se comprometem em caráter interno e

externo/internacional em respeitar o Devido Processo Legal e a dignidade da pessoa humana, sendo reconhecido por um Estado de Direitos, não se pode admitir – ou coadunar! – com abusos e desrespeitos à lei. A debatida teoria dos frutos da árvore envenenada - *Fruit of the poisonous tree* – onde não são admitidas provas ilícitas em processos coroa esta questão.

Para Luiz Francisco Torquato Avolio, o problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas e tanto a doutrina quanto a jurisprudência, ainda não chegaram a uma posição pacífica, quer no direito comparado, quer no direito brasileiro, em que pese a recente regulamentação da matéria pela Lei nº 11.690 /09.06.2008.³²⁹

Sobre provas ilícitas em processos há debates entre a doutrina e os profissionais do Direito dos mais apaixonados e apaixonantes: desde aqueles que as rechaçam, incondicionalmente, até àqueles que as admitem em nome do bem maior que é a liberdade – invocando o Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade e o Princípio do Estado de Inocência, *Pro Reo*. Há também àqueles que se ocupam na questão terminológica e conceitual: se são ou quando podem ser consideradas como “ilegítimas” ou “ilícitas” ou “ilegítimas” e ao mesmo tempo “ilícitas” ou ainda “lícitas”, porém ilegítimas, por “derivação”. Este estudo não se presta a elencar condutas, procedimentos ou meios de detectar provas “ilícitas”; porém em caráter ilustrativo, “ilícitas” seriam: “provas” obtidas por intermédio da ofensa à integridade física ou moral, intromissão na vida privada, invasão de domicílio, interceptação de correspondência ou comunicações/telecomunicações sem autorização por autoridade ou particular; gravações, anotações, escritos de conteúdo pessoal, filmagens, fotografias.

O número de Investigações Criminais e de Ações Penais que foram ou estão sendo questionadas via *Habeas Corpus*, só demonstraram o quanto é necessário o cumprimento rigoroso do texto legal infraconstitucional à luz da interpretação constitucional, para a operacionalização adequada da Lei nº 9.296/96, para a produção deste meio de prova.

Quanto à utilização das interceptações em investigações e a admissão de provas “ilícitas”, Luiz Francisco Torquato Avolio descreve, de como o tema é tratado fora do contexto nacional, chamando a atenção para o Reino Unido:

A praxe inglesa é a utilização das interceptações apenas como meio de investigação e não como fonte de provas a serem produzidas em juízo. Mas nada obsta que no

³²⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 81. Ver também: *Habeas Corpus* nº 93050-RJ.

sistema inglês, como vimos, uma interceptação indevida, como qualquer outra prova ilícita venha a ser admitida em juízo. Recentes tendências jurisprudenciais atribuem à discricionariedade do juiz a admissão de prova obtida de forma ilícita ou imoral, as quais, se produzidas pela defesa, segundo o critério que a exclusão de uma prova não pode acarretar prejuízo injusto à posição processual do réu, não podem ser consideradas inadmissíveis. Pode-se dizer que, portanto, que o princípio da prova ilícita *pro reo* tem plena acolhida no sistema britânico, o que não exclui a eventual utilização da prova *pro societate*, em nome do princípio da verdade real. Críticável, pois, sob o ponto de vista teórico, dentro da moderna concepção do processo como instrumento de liberdade.³³⁰

Nos Estados Unidos da América, a legislação que rege a matéria sobre interceptação telefônica, a *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, de 1968 é particularmente voltada a conferir à polícia e aos órgãos instrutórios instrumentos mais eficazes na luta contra a criminalidade, especialmente a organizada que, por sua vez só é permitida em regra, mediante ordem judicial,³³¹ porém em casos de urgência a autoridade policial, qualquer investigador ou funcionário executivo especialmente designado, pode, conforme especificado no§ 2.518, n.7,³³² proceder à interceptação telefônica independente de ordem judicial, mas carece de convalidação pelo Judiciário. Na Alemanha, a possibilidade de interceptação telefônica é cercada das mesmas cautelas básicas inseridas na lei estadunidense, ou seja, depende de ordem judicial e em casos de urgência, pode ser ordenada pelo Ministério Público, sujeita a convalidação judicial.

Na Itália, depois de algumas revisões legislativas, a regulamentação das interceptações telefônicas foi absorvida pelo novo estatuto processual penal de 1988, tratando em seu artigo

³³⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 143 - 144.

³³¹ *Ibid.*, p. 136.

³³² Ver: Código dos EUA ou *US Code*, Título 18: Crimes e Processo Penal; Parte I - Crimes (§ § 1-2725); Capítulo 119 -Transferência e interceptção das comunicações eletrônicas e Interceptção de comunicações orais, § 2518. Procedimento para a interceptção de comunicações fio, oral ou eletrônica: n.7: Não obstante qualquer disposição deste capítulo, qualquer agente da autoridade de investigação ou de direito, especialmente designados pelo Procurador Geral, o Procurador-Geral Adjunto, o Procurador-Geral Adjunto, ou pelo advogado de acusação principal de qualquer Estado ou subdivisão deste atuando nos termos do um estatuto desse Estado, que determina que razoavelmente- (A) existe uma situação de emergência que envolve- (I) perigo imediato de morte ou lesão corporal grave a qualquer pessoa, (II) atividades conspiratórias ameaçando o interesse de segurança nacional, ou (III) atividades conspiratórias característica do crime organizado, que requer um fio, oral, ou comunicação eletrônica a ser interceptado antes de uma ordem autorizando tal interceptção pode, com a devida diligência, ser obtido, e (B) há motivos pelos quais uma ordem poderia ser inscrito no presente capítulo para autorizar tal interceptção, podem interceptar tais fio, oral, ou comunicação eletrônica, se um pedido de uma ordem aprovando a interceptação é feita de acordo com esta seção dentro de 48 horas após a interceptção ocorreu, ou começa a ocorrer. Na ausência de uma ordem, tal interceptção deve terminar imediatamente quando a comunicação procurado é obtido ou quando o pedido de ordem é negada, o que ocorrer primeiro. No caso referido pedido de aprovação é negado, ou em qualquer outro caso em que a interceptação é encerrado sem uma ordem ter sido emitida, o conteúdo de qualquer tipo de fio, oral, ou comunicação eletrônica interceptada será tratada como tendo sido obtidas em violação do presente capítulo, e um inventário deve ser servido como prevista na alínea (d) desta seção sobre a pessoa indicada no pedido. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode>. Acesso em 30 dez. 2011.

2666 os limites da admissibilidade da medida.³³³ Quanto aos pressupostos e formas de determinação da medida extrema, o artigo 267 atribuiu especificadamente ao Ministério Público a prerrogativa de requerer ao juiz competente sua autorização, a qual deve ser devidamente motivada e presentes os mesmos requisitos da lei anterior, a Lei nº 98 de 1974, referentes a graves indícios de delito e absoluta indispensabilidade para prosseguimento da investigação. Em casos de urgência, segue semelhante ao ordenamento estadunidense.³³⁴

A doutrina e jurisprudência francesa fundamentam a prerrogativa dos órgãos judiciais e policiais de controlar os telefonemas no artigo 81, caput, do Código de Processo Penal Francês que confere ao juiz instrutor a possibilidade de proceder a todos os atos instrutórios que repute úteis para a apuração da verdade. O procedimento consiste na expedição pelo juiz de uma delegação para a execução das investigações.³³⁵ Na Espanha, a matéria é regulada pela Lei Orgânica 4/1988, de 25 de maio, que conferiu nova redação ao artigo 579 da LECrim, prescrevendo no seu inciso 2 que o juiz poderá autorizar, por decisão motivada, a intervenção nas comunicações telefônicas do processado, o prazo de interceptação é pelo período de até três meses, renováveis conforme inciso 3, porém não faz menção de quantas vezes pode ser renovado e, quanto a investigação, a lei silenciou, fazendo menção apenas na fase processual.³³⁶

Luiz Francisco Torquato Avolio consente que o regime positivo de interceptações telefônicas, expresso no título III do Código de Processo Penal Português é um dos mais avançados textos legislativos sobre a matéria, cujas disposições sobre a sua admissibilidade (art. 187.º) e formalidades das operações (art. 188.º) abrange os demais meios invasivos das comunicações.³³⁷ Tais artigos foram alterados pela Lei nº 48/2007, a qual em seu capítulo IV trata das escutas telefônicas.³³⁸ Este ordenamento jurídico luso, utiliza-se da figura do “Juiz de Instrução” (Art. 17.º) como elemento garantidor do Devido Processo Legal, na fase inquisitorial que se utiliza do meio probante de escuta telefônica.

³³³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.148.

³³⁴ Ibid., p. 150.

³³⁵ Ibid., p.151 – 152.

³³⁶ Ibid., p.154 – 155.

³³⁷ Ibid., p.156 – 157.

³³⁸ Neste sentido ver: PORTUGAL. Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto de 2007. 15.ª alteração ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro de 1987. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult/lei-n-48-2007/downloadFile/file/Lei48-2007.Pdf?nocache=188377881.58>. Acesso em: 30 dez. 2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os graves problemas econômicos, educacionais e sociais que o Brasil enfrenta, o descrédito da sociedade nas instituições e a própria desestruturação do Estado agravaram a criminalidade. Urgia uma postura estatal em termos de segurança e resgate da confiança das organizações estatais: o caminho foi hastear a bandeira do combate à criminalidade.

A solução mais imediata e significativa era fortalecer o Estado no controle social, especialmente em potencializar seu poder em punir. A história do Brasil é marcada por episódios de perseguição e raras punições e modernamente a perseguição prossegue com o apoio das tecnologias e a punição é encarada como exemplo! Elege-se o inimigo da vez, novas leis são promulgadas de maneira a intensificar o controle e o discurso é a defesa da sociedade e do interesse público.

A criminalidade é um fenômeno inegável, cabendo sim ao Estado combatê-lo, enfrentá-lo, mas sem perder as rédeas de direitos subjetivos. A manipulação da sociedade através do medo, levando-a a acreditar que tudo é válido para combater a criminalidade não é o que se espera dos governantes.

O Estado ao fazer uso de tecnologias para investigar, conseqüentemente, invade privacidades e intimidades, macula direitos consagrados de proteção, intervém em cada passo da vida dos cidadãos. Hoje o Estado detém diversas informações, desde qual a formação educacional do indivíduo até suas dívidas pessoais, não necessariamente apenas fiscais. O Estado deve manter-se ético e não meramente exercer o já legitimado: punir, porém não a qualquer custo.

Afastando-se da concepção de que o “Direito está a serviço da classe dominante”, tem-se hoje no Brasil uma ideia de democratização ou popularização da Justiça, sendo esta uma concretização dos anseios da sociedade quase “igualitária” em termos de Direito. Ideologias de diversas matizes apoiam esta ideia de “acesso para todos”, dado que a Justiça e o desenvolvimento social são indissociáveis; sem credibilidade na Justiça, não há desenvolvimento social, tampouco segurança.

Com o objetivo em dar rápida, pronta e eficaz resposta ao jurisdicionado e a urgência em modernizar o Judiciário para abarcar as ações, diversas medidas foram tomadas, iniciativas encampadas por todos do sistema. A economia processual e a agilidade nos procedimentos foram os elementos norteadores e fomentou-se a discussão sobre os recursos vistos como meios protelatórios disponíveis às partes, relegada a plano inferior o Direito ao Duplo Grau de Jurisdição.

Tais iniciativas, denominadas “reformas” visam atender este volume, a quantificação é inegável, porém não há a certeza da qualidade neste atendimento, principalmente no momento de sentenciar. Repete-se o já afirmado neste estudo: os processualistas temem a perda da qualidade do processo sob o perigo de vê-lo como mero instrumento a cumprir uma função submissa aos interesses de outrem que não das partes e da própria Justiça.

Percebe-se que o ideal Democrático com sua premissa maior – interferência mínima do Estado na sociedade e na vida dos cidadãos – tornou-se neste início de milênio no Brasil, um Estado máximo, vigilante, atento à vida dos cidadãos seja na área penal, social, tributária, uma verdadeira exacerbação de que a função do Estado é manter a ordem e o controle social a qualquer custo, afirmar o poder sob a justificativa de uma almejada “paz social”.

Neste caminho de fortalecer o Estado e combater a criminalidade, Direitos Fundamentais são relativizados e a privacidade e a intimidade – aqui tratados como sinônimos, em consonância com grande parte da doutrina - passam a ser de somenos importância, negando os sacrifícios ocorridos na luta para conquistá-los ao longo do processo civilizatório.

Direitos consagrados na Lei Máxima brasileira adquiriram o *status* de não-absolutos, especialmente nesta última década, cuja interpretação e entendimento de suas normas estiveram a serviço de interesses da vez. Inegável que a Constituição de uma nação é um organismo vivo, portanto, mutável por força de sua própria natureza e necessidade, até mesmo para ser exercida como um documento válido.

Como tal, também não é perfeita, passível de lacunas abissais que a construção jurisprudencial vai preenchendo, adequando-se à necessidade de determinada sociedade num determinado período de tempo. Ressalta-se que a constituição de um país não é um testamento, tampouco um “manual de governo” e não se aplica “automaticamente”, devendo ser interpretada de forma racional e contextualizada com a realidade contemporânea com a prioridade na socialdemocracia.

A rigidez constitucional – no sentido de que é necessário procedimentos especiais para alterações - também é observada nos textos constitucionais de maneira que não é fácil modificar/alterar Direitos Fundamentais e cláusulas pétreas, além da separação dos poderes e da posição hierárquica superior da Constituição. Muito embora a Constituição brasileira tenha sofrido diversas – mais de 50 – emendas ao texto original, é fundamental uma observação maior quanto à adaptação dos preceitos constitucionais aos fenômenos sociais e necessidades emergentes da contemporaneidade.

Assim, a Lei da Interceptação Telefônica é o expoente máximo da invasão da privacidade e da intimidade, além da quebra de sigilo bancário/ fiscal e mandados de busca e apreensão amplos, não específicos a um determinado local ou objeto. O Devido Processo Legal é atingido na medida em que esta meta é operacionalizada e o sujeito antes de direitos passa a ser “coisificado”, ao serem desconsiderados alguns de seus Direitos Fundamentais. O que não se espera dos estudiosos e profissionais do Direito e até mesmo da sociedade é a aceitação pacífica das afrontas e abusos ao texto constitucional, pois não é porque a recorrência destes golpes são perpetrados em nome do interesse público, que toda uma sociedade num dado momento histórico de uma nação deva aquiescer e aceitar, mesmo que este período ultrapasse gerações.

O aumento significativo de ações constitucionais como o *Habeas Corpus* nas cortes superiores visando livrar o paciente do constrangimento ilegal ou ainda na busca de reparar algum dano de ordem processual é o resultado observado, pois a relativização abrupta e indiscriminada de Direitos Fundamentais não traz o esperado benefício à sociedade.

O sacrifício destes direitos origina o temor de que não se tenha mais uma garantia de um julgamento justo, cujo processo deveria tramitar sob a mais severa observância ao Devido Processo Legal. O Direito à Intimidade e à Privacidade pertence ao Direito Natural, pois é da natureza humana sua proteção e vital para o equilíbrio social. Os fins invocados como de interesse público jamais podem servir de argumento para desrespeitar a Constituição, ao sustentar os desvios de interpretação de uma lei na busca de meios de obtenção das provas. O Devido Processo Legal, o contraditório e a ampla defesa são assegurados a todos, indistintamente, tal como o Direito à Privacidade e à imagem.

A prudência nas decisões judiciais de autorização de interceptação telefônica e as prorrogações destas é medida acertada, pois o Estado mesmo com o amparo legal não pode devassar vidas, com monitoramento de meses e até anos “esperando” que o sujeito delinque – investigação prospecta. Não se espera do juiz um papel meramente funcional, servil, positivista unicamente; o compromisso com a sociedade é a prioridade.

Entre os doutrinadores, sondou-se a melhor forma de preservar a imparcialidade do juiz nos casos que envolvam interceptação telefônica, inclusive aventando-se a utilização da figura do Juiz de Instrução ou de Garantias, conforme o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal - Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, para a concessão da medida extrema ou ficando a cargo apenas às autoridades investigativas a decisão pelo monitoramento. Desta forma, no primeiro caso, o juiz que concedesse a autorização da interceptação telefônica não seria o mesmo a julgar a ação penal oriunda da mesma

autorização e no segundo caso, o juiz teria conhecimento dos fatos, dos investigados e da própria investigação somente no momento do oferecimento da denúncia, ocasião em que a legalidade de todo o procedimento investigativo e só a receberia se estivesse dentro da perfeita legalidade; caso contrário, o procedimento investigativo seria anulado com a consequente punição dos responsáveis. Como sabido, não é o modelo brasileiro.

Da massificação deste meio investigativo decorreu a banalização das informações pessoais, desde a coleta, ao armazenamento e divulgação ilegal e indiscriminada – fato este que a imprensa corroborou. O investigado ou o suspeito não mais é visto como um sujeito de direitos, mas sim um sujeito à mercê de toda sorte de intromissão e o Princípio da Presunção da Inocência é sangrado sem piedade.

A moderna técnica de investigação da interceptação telefônica é uma forma econômica para o Estado, haja vista que necessita de um investimento prévio inicial em aparelhagem e poucos agentes investigadores servidores públicos, além das informações advindas das operadoras de telefonia; ou seja, não há necessidade de maiores investimentos em armamentos, treinamentos especializados de pessoal, viaturas, ocorrendo uma “automação” da investigação.

O uso reiterado deste meio de investigação, onde inúmeras pessoas foram investigadas/monitoradas, inclusive familiares e usuários comuns do mesmo terminal, corroborou para ampliar o poder do Estado, vez que nunca foi tão vigilante e onipresente com o avanço tecnológico em investigação. A tônica do momento é o combate à criminalidade em suas diferentes manifestações: crime organizado ou de grande vulto, corrupção, crimes cibernéticos a atravessar fronteiras geográficas, além do Brasil colaborar com outros Estados nacionais no combate ao terrorismo.

A excepcionalidade da medida de autorização de interceptação telefônica restringe-se a integrar um contexto probatório ao lado de denúncias de populares formalizadas, resultado de mandados de busca e apreensão, investigações, relatórios de campo, depoimentos. Atualmente, a delação premiada – Lei nº 8.072/90 e Lei nº 9.034/95 – e a interceptação telefônica – Lei nº 9.296/96 – repousam como regra em investigações e seus produtos/resultados parecem ser as provas únicas e necessárias para condenações, quando esta última deveria ser apenas um elemento para o *Parquet* oferecer denúncia - por vezes, o produto das interceptações constituiu o único indício e elemento de prova presente nos inquéritos e nas ações penais.

Estes citados mecanismos não se prestam, unicamente, para formar convicção para sentenças condenatórias, uma vez que necessitam de todo o trâmite de um Devido Processo

Legal, além de um suporte probatório. Não são de todo métodos eficazes, dado que sua aplicação têm se revelado catastróficas por vezes, como demonstrou este estudo, movimentando a máquina do Judiciário, para, ao final, ver sentenças anuladas; ou seja, a desmedida utilização da interceptação telefônica no combate à criminalidade não trouxe os resultados punitivos esperados.

Este estudo adentrou numa mostra dos resultados de 15 anos de operacionalização da lei de interceptação telefônica no Brasil e nesta atual fase não é leviano afirmar que os almejados benefícios de combater a criminalidade através de uma medida de investigação disponibilizada por um avançado aparato tecnológico, golpeou dura e reiteradamente Direitos Fundamentais dos investigados e de outros cidadãos que por razões diversas foram alcançados pela medida. *Ad exemplum*, chegou-se ao extremo de interceptar/monitorar um telefônico público localizado próximo onde supostamente ocorriam fatos ilícitos; conseqüentemente, milhares de comunicações foram interceptadas, comunicações estas de diversas pessoas que em nada se relacionavam com a investigação.

O interesse público em combater a criminalidade e/ou evitar ilícitos ou ainda obter condenações em sentenças, escusa para as incursões na vida pessoal dos jurisdicionados fez com a referida lei fosse utilizada de forma protocolar, não havendo investigação “possível” sem este expediente. As operações policiais, especialmente deflagradas pela Polícia Federal com inúmeras prisões, tornaram-se rotineiras, alardeadas na mídia e a sociedade primeiramente espantada, depois acostumada, presenciou demonstrações heroicas do combate à criminalidade.

Seguidamente, dias após cada deflagração, a mesma mídia noticiava a soltura dos investigados presos, porém sem tanto alarde. Restava à sociedade desavisada ou sem o conhecimento técnico do Direito e do ordenamento processual penal pátrio, questionar as razões da soltura dos presos. Se a sociedade em geral não sabia e não sabe, os profissionais do Direito sabiam e sabem as razões das solturas, objeto também deste estudo: as medidas intentadas pelos defensores dos presos, no âmbito dos tribunais superiores a questionar e pedir providência quanto à não-observância do *Due Process of Law*, prisões arbitrárias, decisões com parca fundamentação.

Este estudo também demonstrou que o instituto do *Habeas Corpus* foi utilizado contra os abusos e não-observância da lei nas ações e inquéritos que envolviam interceptação telefônica, não só como um instrumento de salvaguarda do direito à liberdade de locomoção, como também para questionamentos de ordem processual. As fundamentações nas decisões de concessão de autorização do monitoramento das comunicações, das sentenças e até mesmo

das decisões em sede de *Habeas Corpus*, priorizaram as jurisprudências em detrimento da doutrina pátria e alienígena, decorrente da influência política e econômica, além de rápidas respostas à sociedade ávida, levou à massificação de decisões/sentenças. Assim, súmulas vinculantes, doutrinas de tribunais ou no mínimo, entendimentos de tribunais e parca fundamentação fazem parte hoje do Direito Processual brasileiro, em que se prestigiam o fluxo e a quantificação, sem preocupação com a qualidade das decisões.

Novamente, cita-se a questão da *novatio legis*, a aprendizagem a que os profissionais do Direito devem ter e a cultura constitucional a desenvolver quanto a operacionalizar, interpretar e aplicar leis novas e especialmente aquelas que ferem Direitos Constitucionais. Tais questionamentos apontados em sede de *Habeas Corpus* pelas defesas versavam sobre a não-observância dos requisitos e exigências legais, como ausência de transcrição integral das gravações; ausência de relatório de investigação de campo; ausência de perícia e profissional habilitado; interpretações próprias dos analistas das interceptações; casos de homônimos investigados por falta de investigação policial; problemas técnicos nos equipamentos; prorrogação automática dos 15 dias; a falta de utilização de outros meios de investigação; ausência de identificação e qualificação dos proprietários e dados cadastrais dos terminais; autos circunstanciados/relatórios sem justa causa e com dados fictícios; início da investigação embasada em denúncia anônima; volume significativo de monitorados/investigados dificultando a individualização de condutas gerando defeito nas denúncias, autorização do monitoramento telefônico em Procedimentos Criminais Diversos sem o acompanhamento de Inquéritos Policiais ou Ações Penais, utilização de pessoas estranhas às elencadas na Lei nº 9.296/96 e na Resolução nº 59, do Conselho Nacional de Justiça nas investigações sob sigilo judicial.

A este vício na origem, na colheita de elementos que darão sustentáculo à denúncia e início da ação penal, vício tanto nos procedimentos como na não-observância dos princípios constitucionais decorrente da massificação do instrumento de monitoramento, há o perigo de macular o Devido Processo Legal decorrendo possível nulidade dos atos processuais e até mesmo da ação penal com consequência no âmbito civil de caráter indenizatório e responsabilidades penais para as autoridades públicas. Esta constatação tem por respaldo a conhecida teoria *Fruit of the poisonous tree*, não sendo admitidas provas ilícitas e sua derivação em processos de Estados que primam pela dignidade da pessoa humana e pelo respeito ao Devido Processo Legal.

Talvez a resposta aos questionamentos e problemas apresentados na operacionalização da lei de interceptação telefônica esteja nas propostas apresentadas pelos poderes Legislativo,

Executivo e Judiciário, os quais, após constatações em casos concretos, apresentaram soluções em resposta à insegurança jurídica decorrente da Lei nº 9.296/96. *Ad exemplum* o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal - Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 de iniciativa do Legislativo, apresentando inovações como a criação da figura do juiz das garantias nos moldes do juiz instrutor luso, com atuação exclusiva na fase de investigação e com a alteração dos procedimentos dispostos na Lei nº 9.296/96.

O Executivo com o Projeto nº 3.272/2008, ainda em trâmite, visa sanar os defeitos apresentados pela Lei nº 9.296/1996 decorrentes de sua aplicação. Já o Judiciário se fez presente com a publicação da Resolução nº 59 de 09 de setembro de 2008, disciplinando e uniformizando as rotinas com vistas ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário a que se refere à Lei nº 9.296/1996. Há outros Projetos que visam à substituição da Lei nº 9.296/1996 como é o caso do Projeto de Lei do Senado, nº 525 de 2007.

Os princípios constitucionais do direito ao Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, da Privacidade e ainda da impossibilidade de Tribunal de Exceção são para garantir um princípio maior e inafastável: o respeito e a preservação da dignidade da pessoa. Submeter qualquer pessoa ao vexame, à humilhação e à execração pública – onde a imprensa contribui – é atentar contra dignidade. A regra é o sigilo, a exceção é o afastamento do sigilo por ordem judicial e, mesmo assim, para investigações ou instrução criminal, diante de caso concreto. Os órgãos investigativos também têm de se submeter a balizas constitucionais.

O escárnio a que investigados são submetidos não coaduna com o Estado Democrático de Direitos. Esta demonstração pública de combate à corrupção e outros delitos é elemento de afirmação de um Estado perante a sociedade, onde o que se busca não é a retribuição ao ato lesivo tipificado, mas sim um sistema de persecução orquestrado com vistas à vantagem política e visibilidade internacional. Para tanto, nomes, documentos, diálogos advindos da interceptação telefônica - que deveriam estar protegidos pelo sigilo judicial - são revelados nas praças públicas modernas: nos noticiários, nas redes sociais, na rede em geral.

A concentração de poderes estimula o excesso e é própria de regimes totalitários, além de colocar em risco permanente a Constituição. A socialdemocracia deve acontecer pilarizada em acessibilidade, igualdade e concretização dos Direitos Sociais Constitucionais. A imperatividade legal deve ser observada, o Estado deve seguir as leis de maneira uniforme, pois sua natureza é, como sabido, *erga omnes*. A relação simbiótica entre Estado, Sociedade e Justiça tem por liame as leis, especialmente os comandos constitucionais, a sociedade precisa ter conhecimento se esta relação é promissora com a aplicação e observância de tais, se dela

decorre a justiça, se há tratamento igualitário aos cidadãos, considerando raças, descendências, posição socioeconômica.

A obsessão na promoção da justiça social em todos os segmentos da sociedade decorreu – em grande parte - da abertura democrática do acesso ao Judiciário enquanto organismo capaz de ajudar nesta luta de minimizar os problemas sociais e fomentar a igualdade. Os juízes deixaram de permanecer “encastelados e alienados” em seus gabinetes para ouvir a sociedade, numa tentativa de afastamento da aplicação pura e simples da norma abstrata vigente, especialmente nos “anos de chumbo” para modernamente, decidir sob a égide do contexto social do caso levado à apreciação.

O Ministério Público – o qual os Iluministas contribuíram com preceitos basilares de atuação – não é mais uma instituição a ser admirada enquanto concepção filosófica de controle, mas sim para atuar no enfrentamento dos problemas sociais. Assim, foi possível observar o *Parquet* nestas últimas duas décadas à frente de questões ambientais, saúde, segurança, educação e na defesa das populações minoritárias como os quilombolas e os indígenas.

Sedimentar um Estado de Direitos com plenitude democrática e participação cidadã é o ideal desta sociedade, o que só se alcançará com reconhecimento e efetivação de direitos, com o fortalecimento das estruturas políticas e administrativas e com o alinhamento do poder público com o Direito, especialmente o Constitucional; aliás, o fomento de recursos financeiros para efetivar direitos é função do poder público, o que não pode ancorar-se unicamente no aumento da tributação.

A Ordem Jurídica e o Estado Democrático de Direitos devem ser preservados, pois a lei não deve ter compromisso, nem deve vassalagem às forças políticas! Um Estado democrático é inimigo da arbitrariedade e de interesses de um segmento social ou ainda do governo da vez.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições De Prova Em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. Trad. Alex Martins. Coleção A obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ARGENTINA. Constituição. **Constitución de la Nación Argentina**. Disponível em: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>. Acesso em: 10 ago. 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **O Processo e Ideologia: O paradigma Racionalista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA, Rui. **República: teoria e prática**. Petrópolis: Vozes, 1978.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

_____. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf. Acesso em: 24 set. 2011.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. p.1-46. [S.l.: s.n.], [2009 ou 2010]. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em 02 out. 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1. ed. 4. Reimpressão. Trad. Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. (Pensamento crítico, 63).

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As Crises do Estado. **O Estado e suas crises**. MORAIS, José Luiz Bolzan de(org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 9-28. 2005.

_____. Estado, função social e (os obstáculos da) violência. Ou: do mal estar na civilização à síndrome do medo na barbárie. **Política Criminal, Estado e Democracia: Homenagem aos 40 anos do curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v., p. 69-80. 2007.

_____. **Estado Constitucional, Direitos Fundamentais: limites e possibilidades**. Caderno de Direito Constitucional: módulo 5. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **O Poder Judiciário e o parágrafo 1º da Constituição do Brasil**. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 1, n. 2, p. 187-209, 1998. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25710>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. ver. atual, São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2011.

_____. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF, 24 de julho de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm. Acesso em: 15 jan. 2010.

_____. **Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm. Acesso em: 15 jan. 2010.

_____. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.** Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações, DF, 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4117.htm>. Acesso em: 08 fev. 2010.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Institui o Código Processo Penal. Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 10 ago. 2009.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/default.asp>. Acesso em 17 set. 2011.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 17 set. 2011.

_____. **TRIBUNAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO.** Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/index.htm>. Acesso em 17 set. 2011.

_____. **TRIBUNAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO.** Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/Paginas/paginainicial.aspx?js=1>. Acesso em 17 set. 2011.

_____. **TRIBUNAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.** Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>. Acesso em 17 set. 2011.

_____. **TRIBUNAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO.** Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em 17 set. 2011.

_____. **TRIBUNAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO.** Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/>. Acesso em 17 set. 2011.

CASTRO, Antônio Carlos de Almeida. Após decisão do STJ, provas de quatro operações da PF estão sob forte ameaça. [19 setembro 2011]. Entrevistador: Vannildo Mendes. Entrevista concedida ao Jornal Estado de São Paulo - O ESTADÃO. COM. BR. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,apos-decisao-do-stj-provas-de-quatro-operacoes-da-pf-estao-sob-forte-ameaca,774601,0.htm?p=2>. Acesso em 20 set. 2011.

CALLEGARI, André Luís. et al. **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direito Penal e Constituição: condições de possibilidades de uma adequada aplicação da pena. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário 2006, n. 3, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, Porto Alegre: São Leopoldo, p. 61-72, 2007.

_____. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário 2007, n. 4, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: São Leopoldo, p. 203-222, 2008.

_____. A expansão do Direito Penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário 2008, n. 5, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, Porto Alegre: São Leopoldo, p. 239-252, 2009.

_____. Sociedade de Risco e Direito Penal. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário 2010, n. 7, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: São Leopoldo, p. 25-46, 2010.

CASANOVA, Pablo Gonzáles. **As novas ciências e as humanidades: da academia à política**. São Paulo: Boitempo, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. **Um Novo Sistema do Direito Penal – Considerações Sobre a Teoria de Jakobs**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Constituição da República Portuguesa**. Lei do Tribunal Constitucional. 8. ed, 2. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CÍCERO, **Dos deveres**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção A obra prima de cada autor).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Resolução **RE nº 59, de 09 de setembro de 2008**. Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere à Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12198-resolucao-n-84-de-6-de-julho-de-2009>. Acesso em: 14 ago. 2011.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado democrático de direito nos países de modernidade tardia**. Revista do instituto de Hermenêutica Jurídica - Em busca dos direitos perdidos, n. 1, Porto Alegre: IHJ, p. 11-23, 2003.

_____. **Constituição, Direito Penal e Redes Sancionatórias: uma perspectiva de projeção do sistema normativo criminal ao Estado Democrático de Direito. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário 2005, n. 2, programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, Porto Alegre: São Leopoldo, p. 39-56, 2006.

_____. **A re-construção jurisdicional da Constituição Federal de 1988.** RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n. 46, p. 135-167, jul./dez. 2006. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18585/A_\(Re\)_Constru%C3%A7%C3%A3o_Jurisdicional.pdf?sequence=2](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18585/A_(Re)_Constru%C3%A7%C3%A3o_Jurisdicional.pdf?sequence=2). Acesso em: 20 dez. 2011.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: Tutela penal da intimidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed. rev. e atual., 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Os riscos para a Democracia de uma Compreensão Indevida das Inovações no Controle de Constitucionalidade. In: **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 93-116, 2009.

DA ROCHA, Álvaro Felipe Oxley. Judiciário, Mídia e Cidadania. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.** Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, Porto Alegre: São Leopoldo, p. 135-152, 2007.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. Disponível em: <http://www7.dpf.gov.br/DCS/operacoes/indexop.html>. Acesso em: 19 set. 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça.** Com a tradução de texto de Lon L. Fuller, parte da obra *The morality of law*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DORF, Michael C. Tribe, Laurence H. **Hermenêutica Constitucional,** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **O Crocodilo e Notas de Inverno Sobre Impressões de Verão.** São Paulo: Editora 34, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira, 3. Ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação? **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 29-72, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2. ed. rev. atual., e ampl. 2. tir.com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. Nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis. RJ: Vozes, 2010.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Tradução do original em inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Fabris, 1976.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. **Verdade e método II: complementos e índice**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **in Interceptações Telefônicas**. São Paulo: RT, 1997.

GRESPLAN, Jorge. **MARX Introdução a uma teoria crítica da sociedade**, Tradução Antonio Carlos Braga, 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, Forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 2.ed. Trad. Alex Martins. Coleção A obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2008.

JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manoel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Atual. e ampl.,2. Tir. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord). **Processo e constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ. Ed., 2011.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KNJNJK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACHADO, Agapito. **Reformas no direito processual penal**. Revista CEJ [Online], 1 12 Dez 1997. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/124/167>. Acesso em: 25 mai.2011.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução Maria Júlia Goldwasser. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. **Vida e Pensamentos**. São Paulo: Martin Claret, 1997.

MARIN, Jeferson Dytz. **Jurisdição e Processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Jurisdição e Processo**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Jurisdição e Processo**. Vol. III. Curitiba: Juruá, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Constitucional e governança na América Latina e no Caribe. **(Textos) do I encontro de juristas da América Latina e do Caribe- Reflexões**. Vol.VI. Fundação Alexandre de Gusmão. Brasília: p. 115-124, 2010.

MARX, Karl. **A miséria da Filosofia**, Tradução Antonio Carlos Braga, 2. ed. São Paulo: Escala, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos. 1998.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da “civil law”**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. 1689 – 1755. **O espírito das leis**. Introdução, Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6.ed. rev., ampl. e atual. com a EC nº22/99. São Paulo: Ed. Atlas, 1999.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte. Ano 15, n. 59. p. 131 – 138. Jul./set. 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Miscelânea de Opiniões e Sentenças**, Tradução Antonio Carlos Braga e Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2007.

_____. **Além do Bem e do Mal**. Tradução Antonio Carlos Braga, 2. ed. São Paulo: Escala, 2007.

_____. **Crepúsculo dos Ídolos**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009.

_____. **A Genealogia da Moral**. Tradução Antonio Carlos Braga. 3. ed. São Paulo: Escala, 2009.

O Flautista de Hamelin. Irmãos Grimm. [S.l.: s.n.]. [12--?]. Disponível em: <http://victorian.fortunecity.com/postmodern/135/hamelin.htm>. Acesso em: 11 set. 2011.

PACHECO, José Ernani de Carvalho. **Habeas Corpus: Doutrina, Legislação, Jurisprudência, Prática**. 7. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

PASQUALINI, Alexandre. Sobre a interpretação sistemática do direito. **Revista do Tribunal Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 7, n. 4, p. 95-109, out./dez. 1995. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22178/interpretacao_sistemica_direito.pdf?sequence=1. Acesso em: 23 out. 2011.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PORTUGAL. Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto de 2007. 15.ª alteração ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro de 1987. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult/lei-n-48-2007/downloadFile/file/Lei48-2007.Pdf?nocache=188377881.58>. Acesso em: 30 dez. 2011.

Projeto de Lei do Senado nº 525 de 2007. Regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição, altera o art. 581 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e revoga a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, e dá outras providências. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=82352. Acesso em: 15 nov. 2011.

Projeto de Lei do Executivo/MJ nº 3272 de 2008. Normatiza a quebra de sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal. Revoga a Lei nº 9.296, de 1996; altera os Decretos-Leis nºs 2.848, de 1940 e 3.689, de 1941. Regulamenta a Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=391056>. Acesso em: 16. Nov. 2011.

Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>. Acesso em: 15 nov. 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

_____. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela.** Coleção Alvaro de Oliveira Estudos de Processo e Constituição - Vol.02. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Esboço de uma teoria processual do direito.** In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário 2007, n.4, programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 53-64.

ROCHA, Leonel Severo; King, Michael; Schwartz, **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROSSEAU, Jean Jaques. **Do Contrato Social.** Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2010.

SACCO, Rodolfo, **Introdução ao Direito Comparado**, tradução Véra Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O Poder Judiciário olhando diferente para os direitos fundamentais do homem através da hermenêutica. **I Seminário Nacional de Filosofia e Educação - Confluências**, 2004, Santa Maria, RS: Anais, p. 1-10. 2004. Disponível em: <http://www.ufsm.br/gpforma/1senafe/bibliocon/opoderdo.rtf>. Acesso em: 3 jun. 2011.

_____. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:** Anuário 2010, n. 6, Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: São Leopoldo, p. 75-100, 2010.

_____. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção

de um direito processual internacional dos direitos humanos. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário 2010, n. 7, Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, Porto Alegre: São Leopoldo, p. 123-144, 2010.

_____. Tempos de processo pós-moderno: o dilema cruzado entre ser hipermoderno e antimoderno. **Processo e constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ Ed., p. 237-280, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHEID, Carlos Eduardo. **Motivação das Decisões Penais a partir da teoria garantista**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCRIBONI, Marília. **Remédio contra abusos. Habeas Corpus resguarda o Devido Processo Legal**. Revista Consultor Jurídico, 27 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-ago-27/habeas-corpus-resguarda-devido-processo-legal-defendem-advogados>. Acesso em: 15 set. 2011.

SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito processual penal; estudos e pareceres**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

SOBRINHO, José Wilson Ferreira. **O Stare Decisis Brasileiro**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 05 de set. de 2000. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/322/O_STARE_DECISIS_BRASILEIRO>. Acesso em: 30 de dez. de 2011.

SOUZA, Gelson Amaro de. Legitimidade ad causam na Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, n. 15, p. 73 - 101, ago./nov. 1996. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20396/legitimidade_causam_costituicao_federal.pdf?sequence=3. Acesso em 10 out. 2010.

STEIN, Ernildo. **Uma Breve Introdução à Filosofia**. 2. ed. Ver. Ijuí: Unijuí, 2005.

_____. **Antropologia Filosófica**. 2. ed. Ver. Ijuí: Unijuí, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais - Sociais no Brasil. In: **Novos Estudos Jurídicos**. Revista do curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280. Acesso em: 04 mai. 2011.

_____. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**, Porto Alegre: São Leopoldo, p. 223-272, 2003.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Verdade e Consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. et al. **20 Anos de Constituição: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política**. São Leopoldo: Oikos, 2009.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. O Direito de obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: a Necessária Concretização dos Direitos Humanos. **Hendu – Revista Latino-americana de Derechos Humanos**. v. 1, n. 1, p. 93-105, 2010. Disponível em: <http://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374>. Acesso em: 14 out. 2011.

TASSINARI, Clarissa. et al. **Estudos sobre (neo) constitucionalismo**. Sob orientação de Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Okios, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 14. ed. Revisada e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1998.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Escutas Telefónicas: da Excepcionalidade à Vulgaridade**. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2008.

WALKER, Ralph. **Kant e a lei moral**. Trad. Oswaldo Giacóia Júnior. São Paulo: UNESP, 1999. (coleção grandes filósofos).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

REFERÊNCIAS DE CASOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Habeas Corpus nº 68530-DF**. Impetrante: Jesus Aranha. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Jesus Aranha. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 05 de março de 1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1512261>. Acesso em: 23 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus nº 69912 segundo - RS**. Impetrante Aluisio Martins. Impetrado: Tribunal Regional Federal (4. Região) . Paciente: Lourival Mucilo Trajano. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília/DF, 16 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1551753>. Acesso em: 10 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 72463 - SP**. Impetrante Jair Visinhani. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Neuza Edite Rodrigues. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília/DF, 01 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1611021>. Acesso em: 10 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 73311-MS**. Impetrante Narciso Fuser. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Pacientes: Geraldo Vilela dos Santos, Aeldio Vilela de Queiroz, Jose Aparecido Vilela de Queiroz e Dulcimar Vilela de Queiroz. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília/DF, 30 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1628837>. Acesso em: 10 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus nº 73351-SP**. Impetrante Marcos Roberto Alexander e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Jose Pereira da Rosa. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília/DF, 09 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1629314>. Acesso em: 10 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma), **Habeas Corpus nº 80379-SP**. Impetrante: Sergei Cobra Arbex. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Pablo Russel Rocha. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 18 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1841391>. Acesso em: 12 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570-DF**. Requerente Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Advogado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília/DF, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 01 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus nº 83515-RS**. Impetrante Andrei Zenkner Schmidt. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Juarez Marin e outros. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 16 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?Incidente=2166467>. Acesso em 20 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. turma). **Habeas Corpus nº 84409-SP**. Impetrante Antônio Cláudio Mariz de Oliveira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Ali Mazloum. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=HC&numero=84409&origem=AP>. Acesso em: 12 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.450-DF**. Requerente Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Advogado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 31 de março de 2005. Disponível em: <http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2282869>. Acesso em: 16 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 86097 - SP**. Impetrante: Nilton Vieira Cardoso. Impetrado: Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Regional do Trabalho da 2. Região. Paciente: Tânia Aparecida Guido. Relator: Ministro Eros Grau.

Brasília/DF, 13 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2303359>. Acesso em: 23 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Questão de Ordem em Inquérito nº 2424-4-RJ**. Autor Ministério Público Federal. Denunciado: P.G.O.M; J.R.S.R; J.E.C.A; J.S.L.P; E.L.P.D; V.O.M. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília/DF, 25 de abril de 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/arquivos//peluso-ementa-voto-20-06.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 93050-RJ**. Impetrante: Gustavo Eid Bianchi Prates. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 10 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2576066>. Acesso em: 10 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.112-DF**. Requerente Partido Trabalhista Brasileiro - PTB. Advogado: Wladimir Sérgio Reale. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Advogado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 22 de julho de 2008. Disponível em: <http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2630565>. Acesso em 12 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. turma). **Habeas Corpus nº 89.310-SP**. Impetrante Adriano Salles Vanni e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Casem Mazloun. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 31 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2392818>. Acesso em: 12 mai. 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma), **Habeas Corpus nº 96056-PE (2008/124483)**. Impetrante: Ademar Rigueira Neto e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Jacinto Monteiro Dias e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Distrito Federal, 28 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637465>. Acesso em: 12 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 9328 - PE (1999/0107868-7)**. Recorrente: Daniel João da Silva. Recorrido: Tribunal de Justiça de Pernambuco. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília/DF, 14 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199901078687&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 23 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 30.545/PR (20030167547-5)**. Impetrante Andrei Zenkner Schmidt e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal 4. Região. Paciente: João Celso Minosso. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 20 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200301675475&pv=000000000000>. Acesso em: 05 nov. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 57.624-RJ (2006/0080302-3)**, Impetrantes: Fernando Augusto Fernandes e outros. Impetrado: Primeira turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2. Região. Paciente: Marinaldo Rosendo de Albuquerque. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 12 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600803023&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 10 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. turma). **Habeas Corpus nº 73.039-PR (20060279317-3)**. Impetrante Luiz Fernando Comegno. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Paciente: Délcio Augusto Rasesa. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 22 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?Numreg=200602793173&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 28 jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 96.344 - SP (2007/0293646-1)**. Impetrante: Márcia Miyuki Oyama Matsubara e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal (3. Região). Paciente: "Lili" e "Megh", chipanzés de nome científico Pan Troglodytes, neste ato representadas por seu proprietário e fiel depositário Rubens Forte. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília/DF, 05 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702936461&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 13 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma), **Habeas Corpus nº 51586/PE (2005/0211467-6)**. Impetrante: Ademar Rigueira Neto e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal (5. Região). Paciente: Jacinto Monteiro Dias e outros. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma. Distrito Federal, 05 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200502114676&pv=000000000000>. Acesso em: 12 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 64.096-PR (2006/0171344-7)**, Impetrante: Bruno Franco Lacerda Martins. Impetrado: Sétima Turma do Tribunal Regional da 4. Região. Paciente: Roberto Ângelo Siqueira. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 27 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601713447&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 10 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 76.686-PR (2007/0026405-6)** Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal 4. Região. Pacientes: R. R. E. e I. R. T. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 9 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=000000000000>. Acesso em: 10 nov. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 61.440-SP (2006/0135675-0)**. Impetrante David Teixeira de Azevedo e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Maria Regina Yazbek. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília/DF, 14 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601356750&pv=000000000000> . Acesso em: 15 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 23.945 - RJ (2008/0142326-4)**, Recorrente: Nabil Kardous. Recorrido: Tribunal Regional Federal 2. Região. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801423264&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 11 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 143.697 - PR (2009/0148654-5)**, Impetrante: Jacinto Nelson Miranda Coutinho e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4. Região. Paciente: Osni Muccellin Arruda. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 22 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901486545&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 10 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Recurso Especial nº 1.177.289-PR (2010/0014526-4) Recorrente:** Ministério Público Federal. Recorrido: Osni muccellin Arruda. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 11 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000145264&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 09 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 89.023-MS (2007/0194360-0)**, Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo. Impetrado: Tribunal Regional Federal 3. Região. Paciente: Walter Chede Domingos. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, DF, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701943600&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 09 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 137.349-SP (2009/0101038-5)** Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal 3. Região. Paciente: K. P. P. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 05 de abril de 2011. Disponível em: Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901010385&pv=000000000000>. Acesso em 17 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 159.159-SP (2010/0004039-3)** Impetrante: Celso Sanches Vilardi. Impetrado: Tribunal Regional Federal 3. Região. Paciente: P. F. G. B. e F. D. G. e D. B. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 05 de abril de 2011. Disponível em: Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000040393&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 31 de mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 190.334 - SP (20100209758-8)**, Impetrante: Eduardo Antônio Lucho Ferrão e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: José Antônio Bortoleto de Campos. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 10 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201002097588&pv=0100000000&tp=51>. Acesso em: 10 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 185.999 - RJ (20100175738-6)**, Impetrante: Henrique Pereira Baptista. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2. Região. Paciente: André Jorge Gomes Abrunhosa. Relator: Ministro Aroldo Rodrigues. Brasília, DF, 19 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201001757386&pv=0100000000&tp=51>. Acesso em: 10 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 149.250-SP (2009/0192565-8)** Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal 3. Região. Paciente: Daniel Valente Dantas. Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu. Brasília, DF, 07 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901925658&pv=0000000000>. Acesso em: 09 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma), **Habeas Corpus nº 151.773 - AL (2009/0210233-7)**. Impetrante: Carlos Augusto de Andrade Jenier e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Paciente: Antônio Rodrigues Filho, Carlos Alberto Rocha e Silva e Jorge Luiz Lemos Palmeira. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Distrito Federal, 14 de junho de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15558742&sReg=200902102337&sData=20110628&sTipo=5&formato=HTML. Acesso em: 13 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Habeas Corpus nº 203.405-MS (2011/0082331-3)**. Impetrante Raquel Botelho Santoro e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Paciente: J.R.M.F. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília/DF, 28 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Jus>

tica/detalhe.asp?numreg=201100823313&pv=0100000000000&tp=51. Acesso em: 28 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 160.696 – MS (2010/0015686-5)**. Impetrante Alberto Zacharias Toron e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal (3. Região). Paciente: André Puccinelli Júnior. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília/DF, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000156865&pv=000000000000>. Acesso em: 16 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 191.378 - DF (2010/0216887-1)**, Impetrante: Eduardo Antônio Lucho Ferrão e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1. Região. Paciente: João Odilon Soares Filho. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 15 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201002168871&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 23 out. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Região (3. Turma). **Habeas Corpus nº 2002.01.00.044759-4-DF**. Impetrante: Claudio Bonato Fruet. Impetrado: Juízo Federal da 12. Vara-DF. Paciente: Nelson Monteiro Lopes. Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Brasília, DF, 28 de janeiro de 2003. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc /ctrf1proc.php>. Acesso em: 10 abr. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Região (3. Turma). **Habeas Corpus nº 2005.01.00.003090-3-RR**. Impetrante Ministério Público Federal. Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara-RR. Paciente: Sigiloso. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc /ctrf1proc.php>. Acesso em: 10 abr. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1. Região. (4. Turma). **Agravo de Instrumento nº 200201000120490- GO**. Agravante: Carlos Humberto de Sousa. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes. Brasília/DF,

17 de maio de 2005. Disponível em:<http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>. Acesso em: 12 ago. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Região (2. Seção). **Mandado de Segurança nº 2005.01.00.029187-1-BA**. Impetrante: Maurício Vasconcelos. Impetrado: Juízo Federal da 2. Vara-BA. Paciente: Rodrigo dos Santos Leitão. Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz. Brasília, DF, 24 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>. Acesso em: 10 abr. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Região (3. Turma). **Habeas Corpus nº 2005.01.00.068503-8-GO**. Impetrante: Helio Ferreira Heringer Junior. Impetrado: Juízo Federal da 11. Vara-GO. Paciente: Sigiloso. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>. Acesso em: 10 abr. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Região (3. Turma). **Habeas Corpus nº 2008.01.00.059558-2-DF**. Impetrante: Amâncio da Conceição Machado. Impetrado: Juízo Federal da 10. Vara-DF. Paciente: Aldibra Assessoria e Planejamento LTDA e Wagner dos Santos. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Brasília, DF, 02 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>. Acesso em: 11 abr. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3. Região (5. Turma). **Habeas Corpus nº 2008.03.00.044165-7-SP**. Impetrante: Nelio Roberto Seidl Machado. Impetrado: Juízo Federal da 6. Vara Federal Criminal de São Paulo, SP. Paciente: Segredo de justiça. Relatora: Desembargadora Federal Ramza Tartuce. São Paulo, SP, 23 de março de 2009. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26&acao=consulta>. Acesso em: 09 set. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1. Região (3. Turma). **Habeas Corpus nº 2009.01.00.050287-7-MT**. Impetrante Ulisses Rabaneda dos Santos. Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara-MT. Paciente: Jose Antônio Rosa. Relator: Desembargador Federal Cândido

Ribeiro. Brasília, DF, 17 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>. Acesso em: 10 abr. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3. Região (2.Turma). **Habeas Corpus nº 2009.03.00.014446-1-SP**. Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Impetrado: Juízo Federal da 6. Vara Federal Criminal de São Paulo, SP. Paciente: K.P.P. Relatora: Desembargadora Federal Cecilia Mello. São Paulo, SP, 02 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26&acao=consulta>. Acesso em: 11 abr. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3. Região (2.Turma). **Habeas Corpus nº 2009.03.00.027045-4-SP**. Impetrante: Celso Sanches Vilardi. Impetrado: Juízo Federal da 6. Vara Federal Criminal de São Paulo, SP. Pacientes: P. F. G. B. e F. D. G. Relatora: Desembargadora Federal Cecilia Mello. São Paulo, SP, 02 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26&acao=consulta>. Acesso em: 11 abr. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Região (7. Turma). **Habeas Corpus nº 2003.04.01.015554-6-PR**. Impetrante: Jose Carlos da Costa Pereira e outro. Impetrado: Juízo Federal da 1. Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu. Paciente: Mario Augusto Passos e outros. Relator: Desembargador Federal José Luiz B. Germano da Silva. Porto Alegre, RS, 10 de junho de 2003. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=200304010155546&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=c2dfe25e7a8ba7c390f6af75ba22e507&txtPalavraGerada=ctzq&PHPSESSID=fb02449a6bc54e3bf42bc057588154b4. Acesso em: 09 set. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Região (8. Turma). **Mandado de Segurança nº 2003.04.01.020230-5-1-PR**. Impetrante: Ministério Público Federal. Impetrado: Juízo Federal da 1. Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu-PR. Interessados: Nabil Assad Boultaif e outros. Relator: Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro. Porto Alegre, PR, 06 de agosto de 2003. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200304010202305&selOrigem=TRF&chkMostra

rBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=S&hdnRefId=&txtPalavraGerada=.

Acesso em: 10 abr. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Região (7. Turma). **Recurso de Apelação nº 2002.70.02.006666-0-PR**. Apelante: João Cezar Passos e outros. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal Amaury Chaves de Athayde. Porto Alegre, RS, 30 de novembro de 2004. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtPalavraGerada=ctzq&hdnRefId=c2dfe25e7a8ba7c390f6af75ba22e507&selForma=NU&txtValor=2002.70.02.006666-0&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&paginaSubmeteuPesquisa=letras. Acesso em: 10 nov. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Região (4. Turma). **Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.70.02.008443-5-PR**. Apelante: União Federal. Apelado: Geraldo Rosenberg Augusto de Faria e outros. . Relator: Desembargador Federal Amaury Chaves de Athayde. Porto Alegre, PR, 29 de março de 2006. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=817024&hash=105987811ad67963c1a6dd84b5c0b6b7. Acesso em: 10 abr. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Região (7. Turma). **Habeas Corpus nº 2006.04.00.031493-8-PR**. Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt e outros. Impetrado: Juízo Federal da 2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba (PR). Paciente: R. R. E. e I. R. T. Relator: Desembargador Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Porto Alegre, RS, 24 de outubro de 2006. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200604000314938&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todaspartes=S&selForma=NU&todasfases=S&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em: 11 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Região (7. Turma). **Mandado de Segurança nº 2007.04.00.025894-0-PR**. Impetrante: Ricardo Marques Anhaia e outros. Impetrado: Juízo substituto da 2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba- PR. Relator: Desembargador Federal NÉFI CORDEIRO. Porto Alegre, RS, 20 de julho de 2007. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=2

00704000258940&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada= Acesso em: 10 abr. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Região (7. Turma). **Habeas Corpus nº 2009.04.00.005399-8-PR**. Impetrante: Jacinto Nelson Miranda Coutinho e outros. Impetrado: Juízo Substituto da 1. Vara Federal Criminal e JEF de Foz do Iguaçu (PR). Paciente: Osni Muccellin Arruda. Relator: Desembargador Federal Tadaaqui Hirose. Porto Alegre, RS, 05 de maio de 2009. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=200904000053998&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=S&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&PHPSESSID=3ab67b602559b2a88ef9016728bd9551. Acesso em: 11 mai. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 5. Região (3. Turma). **Habeas Corpus nº 2184-PE (2005.05.00.016400-8)**. Impetrante Ademar Rigueira Neto e outros. Impetrado: Juízo da 4ª Vara Federal de Pernambuco (Recife). Paciente: Jacinto Monteiro Dias e outros. Relator: Desembargador Federal Paulo Gadelha – Terceira Turma. Recife, 10 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do>. Acesso em: 12 mai. 2011.

BRASIL. Justiça Federal, Mato Grosso (7. Vara Federal). **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, nº 2007.36.00.016226-0-MT (16226-38.2007.4.01.3600)**. Interessado Departamento de Polícia Federal. Autorização: Juízo Federal da 7ª Vara-MT. Juiz: Paulo César Alves Sodré. Mato Grosso, MT, 12 de novembro de 2007. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=MT&proc=200736000162260>. Acesso em: 10 abr. 2011.

BRASIL. Justiça Federal do Paraná (1. Vara Federal de Foz do Iguaçu-PR). **Ação Penal nº 2002.70.02.006666-0-PR (0006666-43.2002.404.7002)**. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Joao Cezar Passos e outros. Juízo Federal da 1. Vara Federal de Foz do Iguaçu (PR). Foz do Iguaçu, PR 17 de junho de 2003. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=2002.70.02.006666-0&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&hdnRefId=c2dfe25e7a8ba7c390f6af75ba22e507&txtPalavraGerada=ctzq&PHPSESSID=fb02449a6bc54e3bf42bc057588154b4. Acesso em 07 set. 2011.

BRASIL. Justiça Federal do Paraná (2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba-PR). **Representação Criminal nº 2004.70.00.019229-2-PR (0019229-07.2004.404.7000)**. Representante: Ministério Público Federal. Órgão Julgador: Juízo Federal da 2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba (PR). Curitiba, PR 17 de maio de 2004. Disponível em: 3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200470000192292&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todaspartes=S&selForma=NU&todasfases=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em 07 set. 2010.

BRASIL. Justiça Federal do Paraná (2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba-PR). **Representação Criminal nº 2005.70.00.027065-9-PR (0027065-94.2005.404.7000)**. Representante: Ministério Público Federal. Órgão Julgador: Juízo Federal da 2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba (PR). Curitiba, PR 21 de outubro de 2005. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?selForma=NU&txtValor=2005.70.00.027065-9&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=PR&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em 06 set. 2011.

BRASIL. Justiça Federal do Paraná (2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba-PR). **Ação Penal nº 2006.70.00.019980-5-PR (0019980-23.2006.404.7000)**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: R. R. E. e outros. Órgão Julgador: Juízo Federal da 2. Vara Federal Criminal e SFN de Curitiba (PR). Curitiba, PR 23 de novembro de 2006. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200670000199805&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em: 11 mai. 2011.

BRASIL. Justiça Federal de Pernambuco. **Ação Penal nº 0026319-19.2004.4.05.8300 (2004.83.00.026319-3)**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: J. M. D. e outros. Juízo da 4ª Vara Federal de Pernambuco (Recife). Recife 09 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://ww11.jfpe.gov.br/consultaProcessos/resconsproc.asp>. Acesso em: 12 mai. 2011.

BRASIL. Justiça Federal de São Paulo (12. Vara Federal Cível). **Ação Ordinária nº 2004.61.00.025420-0-SP (0025420-79.2004.4.03.6100)**. Autor: Hugo Sterman Filho. Réu: União Federal. Juízo substituto da 12. Vara Federal de São Paulo (SP). São Paulo, 22 de

junho de 2007. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 10 mai. 2011.

BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, nº 2007.61.81.010208-7-SP (0010208-61.2007.4.03.6181)**. Interessado: Delegado da Polícia Federal em São Paulo. Autorização: Juízo Federal da 6. Vara-SP. São Paulo, SP, 20 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 22 jun. 2011.

BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, nº 2007.61.81.011419-3-SP (0011419-35.2007.4.03.6181)**. Interessado: Delegado da Polícia Federal em São Paulo. Autorização: Juízo Federal da 6. Vara-SP. São Paulo, SP, 11 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 22 jun. 2011

BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, nº 2008.61.81.000237-SP (0000237-18.2008.4.03.6181)**. Interessado: Delegado da Polícia Federal em São Paulo. Autorização: Juízo Federal da 6. Vara-SP. São Paulo, SP, 10 de Janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 09 abr. 2011.

BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, nº 2008.61.81.008291-3-SP (0008291-70.2008.4.03.6181)**. Interessado: Delegado da Polícia Federal em São Paulo. Autorização: Juízo Federal da 6. Vara-SP. São Paulo, SP, 12 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 22 jun. 2011.

BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Ação Penal nº 2008.61.81.009002-8-SP (0009002-75.2008.4.03.6181)**. Autor: Justiça Pública. Réus: Daniel Valente Dantas e outros. Juízo processante: Juízo Federal da 6. Vara-SP. São Paulo, SP, 25 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 22 jun. 2011.

BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Ação Penal nº 2008.61.81.010136-1-SP (0010136-40.2008.4.03.6181)**. Autor: Justiça Pública. Réus: Hugo Sergio Chicaroni e

outros. Juízo processante: Juízo Federal da 6. Vara-SP. São Paulo, SP, 16 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 22 jun. 2011.

BRASIL. Justiça Federal, São Paulo (6. Vara Federal). **Inquérito Policial, nº 2009.61.81.004839-9-SP (0004839-18.2009.4.03.6181)**. Autor: Justiça Pública. Responsável: Juízo Federal da 6. Vara-SP. São Paulo, SP, 24 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 09 abr. 2011.

BRASIL. Justiça Federal de Santa Catarina (2. Vara Federal de Itajaí-SC). **Ação Ordinária nº 2009.72.08.002641-0-SC (0002641-04.2009.404.7208)**. Autor: Roberto Carlos Castagnaro. Réu: União-Advocacia Geral da União. Juízo substituto da 2. Vara Federal de Itajaí (SC). Santa Catarina 31 de março de 2009. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?selForma=NU&txtValor=200972080026410&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspertes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em 11 jul. 2011.

BRASIL. Justiça Federal de Santa Catarina (2. Vara Federal de Itajaí-SC). **Ação Ordinária nº 2009.72.08.002687-2-SC (0002687-90.2009.404.7208)**. Autor: Érica Giovana de Moraes. Réu: União-Advocacia Geral da União. Juízo substituto da 2ª Vara Federal de Itajaí (SC). Santa Catarina 01 de setembro de 2011. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200972080026872&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspertes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em 11 jul. 2011.

BRASIL. Justiça Federal de Santa Catarina (2. Vara Federal de Itajaí-SC). **Ação Ordinária nº 2009.72.08.002688-4-SC (0002688-75.2009.404.7208)**. Autor: Edna de Moraes Tosin e outro. Réu: União-Advocacia Geral da União. Juízo substituto da 2ª Vara Federal de Itajaí (SC). Santa Catarina 01 de setembro de 2011. Disponível em: http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?txtValor=200972080026884&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspertes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em 11 jul. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. (2. Câmara Criminal). **Habeas Corpus nº 0002637-70.2010.8.19.0000-RJ**. Impetrante: Heron Jose de Santana Gordilho e outros. Impetrado: 5. Vara Criminal de Niteroi-RJ. Paciente: Jimmy, chipanzé de nome científico Pan Troglodytes. Relator: Desembargador Jose Muinos Pineiro Filho. Rio de Janeiro/RJ, Brasília/DF, 19 de abril de 2011. Disponível em:http://webserver2.tjrj.jus.br/ejud/Consulta_Processo.aspx?N=201005900611. Acesso em: 13 out. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Sétima Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 70018683508-RS**. Agravante A.S.P. Agravado: A.P. (Segredo de Justiça). Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. Porto Alegre/RS, 02 de abril de 2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 15 ago. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2. Câmara Criminal). **Habeas Corpus nº 70039916408/RS**. Impetrante: Francisco de Paula Marques. Paciente: Jaime Decio Azambuja da Silva. Impetrado: Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de São Gabriel. Relator: Desembargador Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Porto Alegre/RS, 16 de dezembro de 2010. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70039916408&num_processo=70039916408&codEmenta=3963477&temIntTeor=true. Acesso em: 28 set.. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Sétima Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 70026905455-RS**. Agravante A.V.F. Agravado: J.J.M.F. (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Sergio Fernando Vasconcellos Chaves. Porto Alegre/RS, 28 de junho de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 15 ago. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (2. Câmara Criminal). **Recurso Criminal nº 2006.023869-0, Sombrio/SC**. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Alexandre de Melo. Relator: Desembargador Irineu João da Silva. Florianópolis/SC, 29 de agosto de 2006. Disponível em: <http://tjsc6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>. Acesso em: 28 set.. 2011.

APÊNDICE A - Tabela com as operações Policiais de grande vulto desencadeadas pela Polícia Federal

Tabela 1 – Operações Policiais de grande vulto – Polícia Federal

		(continua)
Ano	Denominação das Operações Policiais	Total
2003	Águia, Sucuri, Nicotina II, Planador, Trânsito Livre, Praga do Egito, Cavalo de Tróia, Anaconda, Concha Branca, Setembro Negro, Drake, Garça, Tempestade no Oeste, Medusa, Paz no Campo, Lince.	16
2004	Feliz Ano Velho, Zaqueeu, Fraude Zero, Soro, Pandora, Matusalém, Mamoré, Barrilha, Pindorama, Operação Vampiro, Rosa dos Ventos, Shogun, Tamar, Operação Lince II, Pensacola, Caso Unaí, Orcrim Esa, Zumbi, Albatroz, Farol da Colina, Cavalo de Tróia II, Pardal, Mucuripe, Chacal, Pororoca, Capela, Poeira no Asfalto, Cataratas, Midas Catuaba, Faraó, Águia II, Operação S.J. dos Campos, Mascates, Perseu, Sentinela, Castelo, Faroeste, Mar Azul, Cavalo de Aço, Saia Justa, Fênix.	42
2005	Alcatéia, Predador, Petisco, Pretorium, Big Brother, Clone, Terra Nostra, Caronte, Ajuste Fiscal, Dragão, Buritis, Março Branco, Tango, Castanhola, Hidra, Guabiru, Spectro, Curupira, Anjo da Guarda, Panorama, Cevada, Tentáculos, Tâmara, Mercúrio, Monte Éden, Narciso, Confraria, Lion, Tech, Falsário, Macunaíma, Babilônia, Matinta Perêra, Encaixe, Caá-Ete, Curupira II, Serraluz, Pégasus, Roupas Sujas, Trevo, Anjo da Guarda II, Fronteira Legal, Mercado Negro, Tentáculos III, Bye Bye Brasil, Canaã e Overbox, Trevo II, Dublê, Mandrake, Pedra Bonita, Bloqueio, Campus Limpo, Ouro Verde, Argus, Corona, Êxodo, Plata, Centurião, Rio Pardo, Ponto Com, Canil, Breakdown, Firula, Anfíbio, Trinca Ferro, Crepúsculo.	67
2006	Cruz Vermelha, Capitão Gancho II, Ilha da Fantasia, Águas Seguras, Cangaço, Decadência Total, Coqueiro, Araripe, 3X1, Toga, Tic-Tac, Cegonha, Carbono, Tm, Scan, Brother, Azahar, Câmbio, Xeque-Mate, Mar Egeu, Esfinge, Safári, Mercado Preso, Cassinos II, Balaústre, Doublê, Cidade Baixa, Tarantela, Suíça, Urutau, Dissolve, Fim da Linha, Tarô, Boas Vindas II, Paralelo 251, Cerrado, Calouro, Galiléia, Caloria, Piraíba, Sanguessuga, Pólo, Hélios, Boneco de Pano, Carta Marcada, Vidas Secas II, Branca De Neve, Oceanos Gêmeos, Abertura, Macunaíma, Desmanche, Torniquete, Senil, Castores, Bala Doce, Escudo, Alecto, Carro Zero, Casa Velha, Violeta, Charrua, Guarú, Novo Empate, Tibagi, Geralda Tocopreto, Aroeira, Faxina, Lusa, Depósito, Mercador, 14 Bis, Terra Prometida, Artemis, Conta Conjunta, Nobilis, Ícaro, Fox, Zapatta, Cerol, Com Dor, Mão-de-Obra, Tanque Cheio, Sintonia, Asfalto Limpo, Enguia, Dominó, Tigre, Isaías, Saúva, Dilúvio, Roncador, Cabo, Víspera Ii, Exodus, Harmonia, Galáticos, Gládio, Amigos da Onça, Gavião, Euterpe, Campo Fértil, Fação Toupeira, Daniel, Corsário, Castela E Madri, Replicante, Vermelho 27, Harmonia-Retomada, Sansão, Abstinência, Eros, Tridente, Gabarito, Aço Forte, Tráfico.Com, Gato De Botas, Felina, Voto Livre, Grandes Lagos, Overlord, Seja Legal,	167

Tabela 1 – Operações Policiais de grande vulto – Polícia Federal

(continuação)

Ano	Denominação das Operações Policiais	Total
	Bola de Fogo, Defeso do Camarão, I-Commerce, Caraxué, Copa, Anos Dourados, Ciclone, Caribe, Venezuela, Silvestre, Vesúvio, Reação, Víspera III, Alcatrão, Rêmora, Alcaides, Pebra, Corsário II, Kayabi, Castelhana, Davi, Esporão, Drake, Tsunami, Hook, Crivo, Licomedes, Câmbio Livre, Control+Alt+Del, Cristal Negro, Passagem, Sentença, Oráculo, Bingo, Caça-Níqueis, Telhado de Vidro, Afrodite, Gladiador, Tingüí, Ouro de Tolo, Maçaranduba, Pinóquio, Boca Limpa, Caiman, Puerto Libre, Afrodite II, São Matheus.	
2007	Linhas Cruzadas, Vintém, Sodoma, Passe Livre, Tv Pirata, Aliança, Kolibra, Parabellum, Cedro-Maracá, Tubarão, Roseira, Big-Apple, Valáquia, Sintonia, Piratas Da Lavoura, Rio Nilo, 387, Savana, Ananias, Xingu, Casão, Truco, Morpheu, Miragem, Naciente, Byblos, Jota, Derrame, Antídoto, Platina, Âncora, Curitiba, Interferência, Testamento, Malha Sertão, Ouro Verde, Conexão Alfa, Malha Fina, Aveloz, Arara Preta, Hurricane, 42 Graus, Cobra D'água, Kaspar, Lacraia, Game Over, Oeste, Terra do Sol, Vaga Certa, Moeda Verde, 274, Campo Verde, Cacique, Paraíso, Iscariotes, Conexão Criciúma, Navegantes, Pó da China, Carimbo, Mappinguari, Navalha, Hipócrates, Contranicot, Banco Imobiliário, Ouro Negro, Hiena, Guarany, Bruxelas, Xequé-Mate, Espiral, Senhor dos Anéis, Rosa dos Ventos Iv, Prometeu, Rota Oeste, Zaqueu, Sétimo Dia, Vitória, Caipora, Rússia, Lavrador, Alcatéia, Camaleão, Freud, Tv Legal, Oriente, Abatedouro, Reluz, Columbus, Matamento, Pen Drive, Bumerangue, Game Over, Sabinas, Ouro Verde II, Lobo Guerreiro, Hipócrates, Águas Profundas, Aliança, Alaska, Placebo, Pluma, Gerússia, Selo, Convento, Macuco, Farrapos, Zebu, Catraca, São Francisco, Colossus, Tubarão, Aposta, Revisão, Zeus, Contestado, Zebra, Tabaco, Patrimônio, Carranca de Tróia, Colméia, Barão, Faxina, Pedra Lascada, Interferência II, Vênus, Pulverizador, Espectro Negro, Ribeirão, Minotauro, Duna Branca, Cárcere, Metalose, Profeta, Via Salária, Triade, Área Livre, Persona, Wood Stock, Alquimista, Gaia, Ouro Branco, Esfinge, Metástase, X-9, Solanácea, Iara, Alquila, Veneza, Rodin, Mecenas, Kaspar II, Vento Sul, Roterdam, Lenha Branca, Metamorfose, Cia do Extermínio, Ilíada, Carranca, Sete Erros, Revisão II, Veredas, Ceres, Constelação, Xadrez, Avc, Curto Circuito, Fênix, Jaleco Branco, Casa Nova, Oitava Praga, Muro De Fogo, Lolicon, Taturana, Sofia, Repique, Corvina, Feitoria, Monte Líbano, Spoter, Garoa, Rapina, Império, Toscano, Naufrágio, Toca, Al Capone, Carrossel, Good Vibes.	188
2008	Moeda, Mula, Amálgama, Boas Vindas III, Rede Marginal, Iceberg, Interferência, Arredores, Centro, Hígia, Kabuf, Pirita, Desvio Químico, Arco de Fogo, São José, Varredura, Aldeia Livre, Flash Back, Centelha, Madri, Tarrafa, Integrada Afrodite, Telhado de Vidro, Pinóquio, Fariseu, Cola, Pórtico, Paralelo, Pleno Emprego, Contramão, Rapina II, Titanic, Pechisbeque, Parságada, Muralha,	235

Tabela 1 – Operações Policiais de grande vulto – Polícia Federal

(continuação)

Ano	Denominação das Operações Policiais	Total
	Contato, Nautilus, Butiá, Auxílio-Sufrágio, Santa Teresa, Termes, Treviso, Anjos do Sol, Bolsa-Receita, Camaleão, Nêmesis, Cardume, Lactose, Neve No Cerrado, Diamante Negro, Vorax, Colheita, Camulflagem, Caipora, Segurança Pública S/A, Canal 70.1, Cartada Final, Sinal Vermelho, Albergue, Savana, Pedra Fogo, Esperança, Banacre, Arcanjo, Placebo II, Rosa dos Ventos V, Cariri Sem Drogas, Capelinha, Passadiço, Fronteira Sul, Cana Brava, De Volta Para Parságada, Lambari, Hígia, Gestão Plena, Pampa, Guarani, Balaiada, Clone, Influenza, João-de-Barro, Porto, Teimoso, Jogo Proibido, Miami, Houdini, Quixadá, Loki, Posto Seguro, Epidemia, Arredores II, Serpente Negra, Arquipelago, Conexão, I-Commerce II, Play Back, Olympia, Mão Invisível, Satiagraha, Bicho Mineiro, Colheita Norte, Combate, Mãos Dadas, Toque De Midas, San Lucca, Kirão, Akator, Ferreiro, Norne, Psicose, Pedreira III, Minuano, Conexão Vermelha, Pedra Redonda, Terra Das Águas, Canto Da Sereia, Guaporé, Capricórnio, Alvará, Paulicéia, Integração, Conexão Holanda, Fura-Fila, Coiote, Oásis, X, Mercador I, Impunis, Moita, Quimera, Logística, Linha Cruzada, Sobrevida, Dupla Face, Lama, Fiscalização, Macedônia, Terra Limpa, Trânsito Livre, Ilicitação, Tarja Preta, Seis Fronteiras, Downtown, Casa Branca, Sorte Grande II, Clareira, Frenagem, Cascavel, Fronteira Oeste, Embuste, Saque Seguro, Carrossel II, Deserto, Porto Lindo, Galo Capote, Coroa, Providência, Pedreira Legal, Voto Sem Cabresto, Game Over Iv, Boi Branco, Gerião, Dríade, Anteparo, Triângulo, Areal, Vanguarda, Livre Sufrágio, Resplendor, Stratocaster, Eleições 2008, Athena, Poeta, 24 de Janeiro, Hipócrates, Arca de Noé, Teia, Encosto, Caronte, Rei Artur, Avalanche, Hydra, Nas Ondas da Rádio 2008, Voto Nulo, Pedregulho, Estranho No Ninho, Alienígena, Anubis, Ponto a Ponto, Tanque Limpo, Nova Aliança, Coleta, Data Venia, 1357, Escambo, Marambaia, Dé Ja Vu, Ninho Livre, Anopheles, Metralha, Fantoche, Grilhões, Índio Cidadão II, Vulcano, Marconi I, Fraude, Caça-Níqueis, Rapina, Pacajá II, Marisco, Divisas, Chacrinha, Sonho Encantado, 334, Tnt, Terminal, Dalton, Negócio da China, Férias, Fora dos Trilhos, Bastilha, Terra Fria, Jussara, Noroeste, Distímia, Cascelho, Fast Food, Primeira Fase, Epitáfio, Salus II, Naufrágio, Mordança I, Aracne, Vassoura de Bruxa, Voto de Cabresto, Gemini, Inseminação Artificial.	
2009	Visconde, Abrantes, Alfa, Top Gun, Harpia, Vôo Livre, São José, Espantalho, Própolis, Aquário, Excalibur, Nocaute E Trilha Albis, Catingueira, Fragata, Capela, Grau Zero, Queixada, Silêncio, Nova Aliança II, Líquido Bom, Etanol, Uaiara, Pedra de Fogo, Exérese, Rapina III, Cotrape, Carga Pesada, Oxóssi, Calcanhar de Aquiles, Atalaia, Êxodo-7, Satélite, Controle Remoto, Aimara, Persistência, Face Oculta, Dupla Identidade, 9 Mm, Arrastão, Castelo de Areia, Moeda da Sorte, Cachoeira, Livre Frequência II, Rio Ita, Res Publica, Zero Grau, Freio de Ouro, Deain, Cinquentinha,	288

Tabela 1 – Operações Policiais de grande vulto – Polícia Federal

(continuação)

Ano	Denominação das Operações Policiais	Total
	Reincidência, Espelho, Viúva Negra, Tolerância, Chronos, Matuto, Rapina Iv, Capitão Jack, Sinos, Catingueira II, Alvorada, Aracaçá, Rebite, Ahoy, Iara II, 'M', Riqueza, Pantera Negra, Turko, Luxúria, Drágea, Contramão, Timburibá, Crash, Simbiose, Covil, Grande Família, Angustifolia, Capelo, Sol Nascente, Ares II, Trilha, Ciranda, Açaí em Pó, Opa, Atlântico, Denário, F-40, Nômade, Antídoto, Contrafação, Hércules, Cosme e Damião, Tarja Preta, Olho Vivo, Esporão II, Virtua Pharma, Conexão do Sertão, Limalha, Stalingrado, Fronteira Branca, Trampolim, Abate, Saisine, Pindorama, Zagaia, Conexão Itafoz, Fumaça, Três Oitão, El Cid, Estorno, Alienista, Falso, American Travel, Cruzada, Rábula, Lanterna, Presença, Luxo, Serraria, Girassol, Alto da Serra, Inocência, Pluma, Farejador, Owari, Terminal II, Peçonha, Volver, Porto Europa, Mediador Iv, Tefé, Pitágoras, Mercador, Bituca, Terra Colorada, Ártico, Harém, Ouro-de-Tolo, Biqueira Seca, Justa Causa, Cataratas, Aluga-Se o Brasil, Pacenas, Potiguara, Pentateuco, Abaçai, Heket, Roleta Russa, Netsafer, Central, Sebta, Dia de Sorte, Carga Pesada, Pracuuba, Cerebrum, Jabre, Bengala, Messalina, Odaiá, Duty Free, Força I, Cooperação Nigéria, Cana Azeda, Manjedoura, Barroco, Sofismo, Mirmidão, Corsário, Fantoche II, Harina, Álea, Cercadinho, Morto-Vivo, Caleidoscópio, Ponto 45, Caroá, Tempestade, Roubo S/A, Brasão, Olho Grande, Laio, Seringueira, Mascate, Clonagem, Wei Jin, Linha Cruzada, Letícia II, Cantoria, Satélite, Retomada, Presença Federal, Integração II, Fumaça, Maranello, Parolim, Tora, Pureza, Ressaca, Ronda, Antídoto II, Conexão, Nariz de Pedra, Marambaim, Zepelim, Blackout, Mão Verde, Drusa, Am/Fm, Higéia, São Caetano, Charco, Safari, Terramar, Catingueira Iv, Triângulo, Severina, Pérola, Stalingrado, Flagelo Ii, Costeira, Cartão Mágico, Terminal 12 Horas, Senhor Dos Anéis, São Cristóvão, Stellio, Inapto, Safari II, Transparência, Curaçao, Corsário – Rj, Paco, Sexta-Feira 13, Halloween, Castelo, Orthoptera, Juçara, Vidência, Passagem Livre, Stones, Tolerância Zero, Bioenergia, Quadrilha, Efeito Colateral, Arakem II, Fronteira II, Beija-Flor, Cris, Pacarana, Caixa De Pandora, Filho Pródigo, Raposa, Presença, Fachada, Benevício, Bicho Solto, Balada, Sintonia, Combate, Safári III, Papa Yankee, Arapuca, Varredura, Nova Aliança V, Navegador Oriente, Sem Fronteiras, Litoral, Gárgula, Piàn Jú, Antipirético, Kollektor, Sede Campestre, Sanatório, Joio, Transparência (Santa Catarina), Campos do Norte, Conta Fria, Pesque e Pague, Quileros, Caiman II, Cristal, Aldeia Livre II, Interferência, Jogos Compulsivos, Antídoto III.	
2010	Ossorico, Moeda Falsa, Pathos, Campo Limpo, Verão, Ritcher, Bismarck, Aliança, Caixa Postal, Aimara, Oma, Grande, Oriente, Montanhas, Dinheiro Fácil, Serpentina, Ferradura, Triângulo da Sorte, Bala Perdida, Eco do Cafezal, Clavina, Cassino, Malhado, Repelente, Ícaro, Simulacro, Tatuí, Escudo, Campinote, Ferrari,	270

Tabela 1 – Operações Policiais de grande vulto – Polícia Federal

(continuação)

Ano	Denominação das Operações Policiais	Total
	Torre de Controle, Sentinela, Rio Preto, Chama Azul, Malus, Réplica, Gizé, Carcaça, Rapina, V, Delicti, Piratinga, Bruxo, Patativa, Divisas, Quaresma, Usurpação, Profeta, Hygéia, Gatilho, Chumbo Grosso, Estoque, Delta, Alvará, Atenéia, Liamba II, Prisma, Caminho das Pedras, Monalisa, Ekemona, Evidencia, Alquimia, Risco Duplo, Desvio, Gárgula II, Neverland, Caften, Saturnus, Registro, Parceria, Conexão, Troika, Gêmeos, Certame, Savana, Ventania, Ressaca, Asafe, Arremesso, Alça de Mira, Jurupari, Saci, Conaf, Rastro, Revolver, Staff, Ghost, Fortaleza, Boa Viagem, Monte Belo, Fox, Postal, Pluto, Damasco, Precatório, Tormenta, Sintonia, Patente, Cruzeiro, Globo da Sorte, Bateia, Recarga, Zíngara, Pista Livre, Goliath, Malta, Mosaico, Gato de Botas, Borduna, Pedreira, Puerpério, Formatura, Tronco Serrado, São Francisco, Caça Mg, Matuto, Pilantropia, Araguaia, Pluto II, Bacaxá, Encruzilhada, Rio Branco, Tango Bravo, Sim, Liderança, Keno, Conexão Amazônia, Mônaco, Corujão, Orthoptera II, Blecaute, Jaguar, Tapete Persa, Floresta Viva II, Colorado, Giguaçu, Trojan, Invasão, Mão Dupla, Cama de Gato, Última Cartada, Audácia, Canal Vermelho, Disfarce, Sentença Final, Arcos, Anhanguera, Jaleco, Bloqueio, Adamas, Acuti, Carranca, Cdc, Ágora, Sevilha, Damasco (Sp), Tellus, Positus, Camaleão, Uragano, Poseidon, Ramp, Azarudu, Mercari, Fobo, Sanare, Felino e Lion, Cone, Mãos Limpas, Comodoro, Moeda de Troca, Cebus Apella, Venturapera, Espelho, Alicerce, 500, Casamata, Guia, Colônia, Muisca, Sete de Ouros, Maré Alta, Fazenda Brasil, Camisa 10, Cortina de Fumaça, Perfil, Lua Nova, Panacéia, Engodo, Catenga, Goa, Al Capone, Tocaia, Cabo II, Trem das Sete, Halteres, Cuca, Olho Grande III, Placebo, Caixa/Ferro e Fogo, Terra Caída, Portal, Deus Dos Mares, Via Ápia, Céu De Brigadeiro, Carade-Pau, Turquesa, Salus, Teníase, Trem Fantasma, Ana Maria, Firewall, Carcará Da Bahia, Hidrocarboneto, Arquipelago, Alquimista, Rota 33, Démarche, Conexão (Rpo), Térmita, Deserto, Dezoito, Joio, Mercadores, Atlântida, Las Vegas, Prestige, Fazenda Brasil 2, Cadafalso, Mão Negra II, Vide Bula, Vitruviano, Longa Manus, Nêmesis, Halloween, Matriz, Podium, Piranet, Pharisaio, Cantiga, Avatar, Dose Única, Reset, Cinco Estrelas, Sobrecarga, Anúbis, Panacéia II, Itabira, Thysanura, Libra, Oxi, Paga, Quijarro, Sem Limites, C4, Ojuara, Alvorecer, Jogata, Germinal, Prestador, Octopus, Comic Br, Piratas do Sertão, Príncipe da Beira, Em Nome do Filho, Check In, Maet, Charqueadas, Encomenda, Dezoito I, Dieta, Trevo, Precatório	
2011	Cupim, Recreio, Máscara de Ferro, Dallas, Grammata, Afluente, Salva-Vidas, Geleira, Mitos, Semana da Previdência, Verde Vinho, Sarc, Astiages, liquidação, Internet Segura, Cobre, Asfixia, Alegoria, Serrote, Sexto Mandato, Conífera, Estrangulamento, Saque Seguro, Efeito Colateral, Retomada, Dupla Face, Integração II, Ilhas, Persa, Passe Livre, Merlot, Dupla Identidade, Cidadela, Amparo, Canal	181

Tabela 1 – Operações Policiais de grande vulto – Polícia Federal

		(conclusão)
Ano	Denominação das Operações Policiais	Total
	Vermelho, Olhos de Águia, Hiena, Lixa, Pisca-Alerta S.A, Mapinguari, Asfixia, Cômigo, Mascotch, Acamatanga, Brabo, Upiara, Déja Vu II, Senzala, Balista, Carniça, Olho de Boi, Convite Certo, Radar, Quatro Rodas II, Raio-X, Estivas, Bancarrota, Bruxo-Doc, Highlander, Pós-Habilitado, Arthropoda, Bolo, Peter Pan, Conexão Ásia, Arremate, Niva, Casa Nova III, Incongruência, Papa-Léguas, Usura, Maternidade, Filtragem, Bloqueio II, Caroá II, Apate, Saúde, Questor, Pintando o Sette, Félix, Adipócito, Hades, Opala, Bastille, Cerco Fechado, Xadrez, Bélini, Pré-Sal, Dinizia II, Faixa Vermelha, 1665, Loki, Comodoro II, Efebo, Seminarista, Open Air, Padrasto, Babushka, Alegoria da Caverna, Robalo, Cid-F, Gasparzinho, Desfalque, Hidra de Lerna, Ouro Preto, Ouro Branco II, Urupês, Íris, Ribeirão, Samedi, Postal, Catimbó, Pomar, Fim de Jogo, Maet, Jus Postulandi, Nicot, Matadores de Aluguel, Pirâmide, Trapézio, El Niño, Tríplice Aliança, Alambique, Planária, Meros, Crédito Fácil, Canudos, Censura, Kiju, Monte Pascoal, Triângulo, Susto, Insistência, Desmantelo, Paraíso Fiscal, Lyria, Guararapes, Astreia, Anjo da Guarda, Voucher, Arapongas, Estrela do Norte, Índio Dragão, Skank, Aceiro, Torre, Mercador, Tekoha, Alquimia, Vip, Pa Siba Re, Avatar, Pandilha, Nevasca, Alicerce II, Mar de Lama, Colossal, Arataca, Fim de Jogo II, Mercúrio, Vôo Livre, Carga Suja, Exaustor, Voyage, Velhos Amigos, Mercado Central, Painel, Macambira, Conexão Rio, Shekel, Marco 334, Hefesto, Insider, Açores, Arbeit, Canal Vermelho, Limite, Tabanga, Grilo, Eco 40.	

Fonte: Departamento de Polícia Federal (2011).

APÊNDICE B – Tabela referente ao Total de presos monitorados nas operações desenvolvidas pela Polícia Federal

Tabela 2 - Total de presos monitorados nas operações desenvolvidas pela Polícia Federal³³⁹

Ano	Presos monitorados
2011	1327
2010	2734
2009	2663
2008	2475
2007	2876
2006	2673
2005	1407
2004	703
2003	223
Total	17081

Fonte: Departamento de Polícia Federal (2011).

³³⁹ Elaborado por Paulo Biskup de Aquino. Fonte: Departamento de Polícia Federal (2011). Disponível em: <http://www7.dpf.gov.br/DCS/operacoes/indexop.html>. Acesso em: 19 set. 2011.

APÊNDICE C – Tabela referente à quantidade de Julgados e Acórdãos envolvendo Interceptação Telefônica

Tabela 3 - Julgados e Acórdãos envolvendo Interceptação Telefônica³⁴⁰

ANO	TRF1	TRF2	TRF3	TRF4	TRF5	STJ	STF
2011/SET	08	09	31	100	10	58	09
2010	19	07	49	198	11	90	14
2009	19	15	57	147	12	64	07
2008	21	25	44	29	08	43	14
2007	16	19	20	25	02	39	09
2006	03	09	08	16	02	38	05
2005	10	05	07	06	03	34	03
2004	02	07	02	06	01	20	08
2003	08	08	04	07	00	14	02
2002	03	05	03	03	00	07	04
2001	02	01	02	01	00	06	05
2000	01	02	00	03	00	10	03
1999	01	02	02	03	00	02	02
1998	00	00	00	00	00	03	00
1997	00	00	01	00	00	03	03
1996	00	00	00	00	00	01	05
Total	113	114	230	544	49	432	98

Fonte: Tribunais Federais e Cortes Superiores (2011).

³⁴⁰ Elaborado por Paulo Biskup de Aquino. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/default.asp>; http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/emgine.wsp; <http://www.trf1.jus.br/index.htm>; <http://www.trf2.jus.br/Paginas/paginainicial.aspx?js=1>; <http://www.trf3.jus.br/>; <http://www.trf4.jus.br/trf4/>; <http://www.trf5.jus.br/>.

ANEXO A – Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.

art. 5º, inciso XII da Constituição Federal

Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

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

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. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

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

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

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

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.

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

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

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

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

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

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

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

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 24 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 25.7.1996

ANEXO B – Projeto de Lei nº 3272 de 16 de abril de 2008 que regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição e dá outras providências.

PROJETO DE LEI

Regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1º Esta Lei disciplina a quebra, por ordem judicial, do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza, para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza todo ato que intervém no curso dessas comunicações com a finalidade de conhecer as informações que estão sendo transmitidas, incluindo a interceptação, escuta e gravação.

§ 2º O registro, a análise e a utilização da informação contida nas comunicações, objeto de quebra de sigilo por ordem judicial, sujeitam-se, no que couber, ao disposto nesta Lei.

§ 3º O disposto nesta Lei aplica-se ao fluxo de comunicações em sistemas de tecnologia da informação e telemática.

Art. 2º A quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza é admissível para fins de investigação criminal e instrução processual penal relativas aos crimes apenados com reclusão e, na hipótese de crime apenado com detenção, quando a conduta delituosa tiver sido realizada por meio dessas modalidades de comunicação.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese poderão ser utilizadas as informações resultantes da quebra de sigilo das comunicações entre o investigado ou acusado e seu defensor, quando este estiver atuando na função.

Art. 3º A gravação de conversa própria, com ou sem conhecimento do interlocutor, não se sujeita às disposições desta Lei.

**CAPÍTULO II
DO PROCEDIMENTO**

Art. 4º O pedido de quebra de sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza será formulado por escrito ao juiz competente, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, ouvido, neste caso, o Ministério Público, e deverá conter:

- I - a descrição precisa dos fatos investigados;
- II - a indicação da existência de indícios suficientes da prática do crime objeto da investigação;
- III - a qualificação do investigado ou acusado, ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;
- IV - a demonstração de ser a quebra de sigilo da comunicação estritamente necessária e da inviabilidade de ser a prova obtida por outros meios; e
- V - a indicação do código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido, e sua relação com os fatos investigados.

Art. 5º O requerimento ou a representação será distribuído e autuado em separado, sob sigredo de justiça, devendo o juiz competente, no prazo máximo de vinte e quatro horas, proferir decisão fundamentada, que consignará de forma expressa, quando deferida a autorização, a indicação:

- I - dos indícios suficientes da prática do crime;
- II - dos indícios suficientes de autoria ou participação no crime, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;
- III - do código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido, e sua relação com os fatos investigados; e
- IV - do prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações.

§ 1º 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.

§ 2º O prazo correrá de forma contínua e ininterrupta e contar-se-á a partir da data do início da quebra do sigilo das comunicações pela prestadora responsável pela comunicação, que deverá comunicar este fato, imediatamente, por escrito, ao juiz.

§ 3º Para cada prorrogação será necessária nova decisão judicial fundamentada, observado o disposto no **caput**.

§ 4º Durante a execução da medida de quebra de sigilo, caso a autoridade policial identifique que o investigado ou acusado passou a fazer uso de outro número, código ou identificação em suas comunicações, poderá formular, em caráter de urgência, pedido oral, que será reduzido a termo, de nova interceptação ao juiz, cuja decisão deverá ser proferida no prazo máximo de vinte e quatro horas.

§ 5º Adotadas as providências de que trata o § 4o, os autos seguirão para manifestação do Ministério Público e retornarão à autoridade judiciária que, então, reapreciará o pedido.

Art. 6º Contra decisão que indeferir o pedido de quebra de sigilo caberá recurso em sentido estrito do Ministério Público, podendo o relator, em decisão fundamentada, conceder liminarmente o pedido de quebra.

Parágrafo único. O recurso em sentido estrito tramitará em segredo de justiça e será processado sem a oitiva do investigado ou acusado, a fim de resguardar a eficácia da investigação.

Art. 7º Do mandado judicial que determinar a quebra do sigilo das comunicações deverá constar a qualificação do investigado ou acusado, quando identificado, ou o código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido.

§ 1º O mandado judicial será expedido em duas vias, uma para a prestadora responsável pela comunicação e outra para a autoridade que formulou o pedido de quebra do sigilo das comunicações.

§ 2º O mandado judicial poderá ser expedido por qualquer meio idôneo, inclusive o eletrônico ou similar, desde que comprovada sua autenticidade.

Art. 8º A prestadora responsável pela comunicação deverá implementar a quebra do sigilo autorizada, indicando ao juiz o nome do profissional responsável pela operação técnica, no prazo máximo de vinte e quatro horas, contado do recebimento da ordem judicial, sob pena de multa até o efetivo cumprimento da ordem, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Parágrafo único. A prestadora a que se refere o **caput** não poderá alegar como óbice para a implementação da quebra do sigilo questão relativa ao ressarcimento dos custos pelos serviços de sua responsabilidade prestados para esse fim, que serão gratuitos.

Art. 9º A decretação da quebra de sigilo de comunicação caberá ao juiz competente para o julgamento do crime investigado ou responsável pelo inquérito.

Art. 10. A execução das operações técnicas necessárias à quebra do sigilo das comunicações será efetuada sob a supervisão da autoridade policial e fiscalização do Ministério Público.

Art. 11. Findas as operações técnicas, a autoridade policial encaminhará, no prazo máximo de sessenta dias, ao juiz competente, todo o material produzido, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

Parágrafo único. Decorridos sessenta dias do encaminhamento do auto circunstanciado, a autoridade policial inutilizará qualquer material obtido em virtude da quebra do sigilo das comunicações, salvo determinação judicial em contrário.

Art. 12. Recebido o material produzido, o juiz dará ciência ao Ministério Público para que, se julgar necessário, requeira, no prazo de dez dias, diligências complementares.

Art. 13. Não havendo requerimento de diligências complementares ou após a realização das que tiverem sido requeridas, o juiz intimará o investigado ou acusado para que se manifeste, fornecendo-lhe cópia identificável de todo o material produzido.

Art. 14. As dúvidas a respeito da autenticidade ou integridade do material produzido serão dirimidas pelo juiz, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 145 a 148 do Código de Processo Penal.

Art. 15. Conservar-se-á em cartório, sob sigredo de justiça, as fitas magnéticas ou quaisquer outras formas de registro das comunicações cujo sigilo fora quebrado até o trânsito em julgado da sentença, quando serão destruídos na forma a ser indicada pelo juiz, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

Parágrafo único. Não se procederá a referida destruição enquanto for possível a revisão criminal.

Art. 16. Na hipótese de a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza revelar indícios de crime diverso daquele para o qual a autorização foi dada e que não lhe seja conexo, a autoridade deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis.

Art. 17. A prova obtida por meio da quebra de sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza realizada sem a observância desta Lei não poderá ser utilizada em qualquer investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza.

Art. 18. Correrão em sigredo de justiça os inquéritos e processos que contiverem elementos informativos ou provas obtidos na forma desta Lei.

CAPÍTULO III DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 20. As gravações ambientais de qualquer natureza, quando realizadas pela autoridade policial, sujeitam-se às disposições desta Lei, no que couber.

Art. 21. Fica o Poder Executivo autorizado a instituir, para fins exclusivamente estatísticos e de planejamento de ações policiais, sistema centralizado de informações sobre quebra de sigilo de comunicações telefônicas de qualquer natureza, na forma do regulamento.

Parágrafo único. O sistema de que trata o **caput** não conterà o conteúdo das comunicações realizadas nem os códigos de identificação ou outros elementos e meios capazes de identificar os envolvidos, inclusive investigados e acusados.

Art. 22. A Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL regulamentará, no prazo de cento e oitenta dias, o padrão dos recursos tecnológicos e facilidades necessárias ao cumprimento desta Lei, a serem disponibilizados gratuitamente por todas as prestadoras responsáveis pela comunicação.

Art. 23. O Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte dispositivo:

“Violação do sigilo das comunicações telefônicas

Art. 151-A. Violar sigilo de comunicação telefônica de qualquer natureza, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem violar segredo de justiça de quebra do sigilo de comunicação telefônica de qualquer natureza.” (NR)

Art. 24. O art. 581 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“XXV - que indeferir o pedido de quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza.” (NR)

Art. 25. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei, no que com ela não colidirem, as disposições do Código de Processo Penal e do Código de Processo Penal Militar.

Art. 26. Revoga-se a Lei no 9.296, de 24 de julho de 1996.

Art. 27. Esta Lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Brasília,

6 EMI nº 00037 - MJ/MC

Brasília, 26 de fevereiro de 2008.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submetemos à consideração de Vossa Excelência o anexo anteprojeto de lei elaborado a partir das conclusões da Comissão instituída pela Portaria nº 116, de 13 de fevereiro de 2003, do Ministério da Justiça, com o objetivo de regulamentar a última parte do inciso XII do art. 5º da Constituição da República, possibilitando a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, exclusivamente para fins de investigação criminal e instrução penal.

2. A quebra do sigilo de comunicações telefônicas constitui-se em poderoso meio posto à disposição do Estado para fins de obtenção de prova, mas também em instrumento insidioso de quebra da intimidade, não só do investigado como também de terceiros.

3. Diante desse quadro, e em respeito ao princípio da reserva de lei proporcional, a regulamentação da matéria há de resultar da escrupulosa ponderação dos valores em jogo, observado o princípio da proporcionalidade, entendido como *justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados*, que deve levar em conta os seguintes elementos: a) *adequação*: a aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos; b) *necessidade*: como exigência de limitar um direito para proteger outro, igualmente relevante; c) *proporcionalidade estrita*: a ponderação entre a restrição imposta (que não deve aniquilar o direito); e d) a vantagem alcançada.

4. Aponta-se na doutrina especializada como grande defeito da atual Lei de Interceptação (Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996), a inobservância do princípio da proporcionalidade, pois ao mesmo tempo em que permite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza relativamente a todos os crimes punidos com reclusão, independentemente da

conduta criminosa, deixa à margem os crimes punidos com detenção para os quais a quebra do sigilo se apresentaria como meio mais adequado de investigação como, por exemplo, no crime de ameaça feita pelo telefone. Este defeito é corrigido no art. 2º do texto pretendido que, mantendo a previsão de quebra do sigilo de comunicações telefônicas de qualquer natureza para as hipóteses relacionadas a crimes apenados com reclusão, estende esse mecanismo de investigação/prova aos delitos apenados com detenção quando a conduta delituosa tiver sido cometida através de meios de comunicação instantânea. Assim, crimes como ameaça e estelionato, quando praticados pelo telefone, não ficarão fora da possível quebra do sigilo de comunicações telefônicas, o que facilitará de forma significativa a apuração e elucidação do caso, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

5. Mas há outros graves defeitos na atual Lei, como, por exemplo, quando não dá vista ao membro do Ministério Público do requerimento da diligência requerida pela autoridade policial; quando não dispõe com clareza sobre o incidente probatório no qual se deve dar conhecimento às partes do conteúdo das operações técnicas, em desrespeito à garantia do contraditório, portanto; quando omite completamente o tratamento das chamadas interceptações ambientais; e, sobretudo, a Lei em vigor não trata dos controles necessários para evitar os abusos a que frequentemente sua aplicação dá margens: 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.

6. O presente projeto é fruto, além dos trabalhos da Comissão instituída para esse fim, da incorporação de sugestões de vários órgãos públicos, entidades públicas e privadas e profissionais do setor que, além de avançar nos aspectos jurídicos, não se distanciaram das normas técnicas de interferência nas comunicações telefônicas, no intuito de garantir a segurança, a inviolabilidade e a preservação do sigilo.

7. O projeto destaca, no seu art. 1º, § 1º, que se considera quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza todo ato que intervenha no curso dessas comunicações com a finalidade de conhecer as informações que estão sendo transmitidas, incluindo a interceptação, a escuta e a gravação. Sendo que, no § 3º, estende ao fluxo de comunicações em sistemas de tecnologia da informação e telemática a possibilidade de quebra do sigilo, entendendo, como o fazem juristas do porte de Tércio Sampaio Ferraz, entre outros, que a Constituição ao dizer *comunicação telefônica* refere-se a todo e qualquer meio de comunicação instantânea sendo, portanto, possível a quebra deste sigilo embasada por ordem judicial.

8. O art. 2º, além de manter a possibilidade de quebra de sigilo para os delitos apenados com reclusão, estendeu essa possibilidade para as hipóteses de crimes punidos com detenção, como já mencionado no item 4 da presente EMI. Entretanto, importante destacar que no parágrafo único do citado artigo proíbe-se a utilização das informações resultantes da quebra de sigilo das comunicações entre o investigado ou acusado e seu defensor, quando este estiver atuando na função, resguardando-se, assim, a constitucional relação advogado/cliente.

9. A partir do art. 4º inicia-se o capítulo que cuida do procedimento da quebra de sigilo, sendo mais detalhado e, portanto, inovando significativamente em relação à atual Lei.

10. O próprio art. 4º determina que o pedido de quebra de sigilo deverá ser feito por escrito ao juiz, sempre com a participação do membro do Ministério Público, contendo a descrição

precisa dos fatos investigados; a indicação da existência de indícios da prática do crime que autoriza a quebra de sigilo; a qualificação do investigado ou acusado; a demonstração de ser a quebra de sigilo imprescindível às investigações; e, quando conhecido, a indicação do código de identificação do sistema de comunicação utilizado.

11. Como se vê, Senhor Presidente, o requerimento de quebra de sigilo das comunicações passa a ser disciplinado de forma mais rigorosa e objetiva, diferente da Lei atual que sequer exige a forma escrita para tal. Este procedimento mais detalhado é fruto do entendimento sobre a quebra do sigilo telefônico, pois se por um lado é importante meio de prova, por outro deve ser disciplinado de forma precisa, considerando que não deixa de ser odioso meio de interferência estatal na vida do particular.

12. Sempre sob sigilo 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.

13. Objetivando maior celeridade da ordem judicial, o § 2º do art. 7º autoriza que o mandado judicial seja encaminhado por qualquer meio idôneo, inclusive o eletrônico, desde que comprovada a sua autenticidade.

14. O art. 8º reza que a prestadora de serviço de comunicação, ao implementar a quebra do sigilo, indicará ao juiz o nome do funcionário responsável, e também que é inadmissível a recusa da prestação do serviço sob justificativa de necessidade de ressarcimento dos custos.

15. Após a realização das operações técnicas, a autoridade policial encaminhará, no prazo máximo de sessenta dias, ao juiz competente, todo o material produzido, acompanhado de auto circunstanciado que deverá conter o resumo das operações realizadas. Feito o encaminhamento, e não havendo ordem judicial em sentido contrário, a autoridade policial inutilizará por completo todo o material que se mantiver sob sua esfera de responsabilidade. Havendo, entretanto, ordem judicial para que se mantenha o material, este, sob nenhuma hipótese, ficará sob os cuidados da autoridade policial após o trânsito em julgado da sentença absolutória ou expirado o prazo de revisão criminal, quando, então, tanto o material mantido pelo juiz quanto o guardado pela autoridade policial serão destruídos (art 15).

16. Não havendo requerimento de diligências complementares por parte do Ministério Público, o juiz intimará o investigado ou acusado para que se manifeste, em atenção ao princípio do contraditório. Objetivando impedir a quebra do sigilo de justiça, todas as cópias disponibilizadas, em mídia eletrônica ou equivalente, serão identificáveis. Assim substitui-se a obrigação de transcrição das cópias destinadas às partes, muitas vezes infactível dependendo da quantidade de horas gravadas, pela entrega de cópias identificáveis com o mesmo teor da versão original.

17. O Capítulo III (arts. 20 a 26) traz as disposições finais, merecendo destaque o art. 21. Nele, fica autorizado o Poder Executivo a instituir sistema centralizado de dados estatísticos sobre quebra do sigilo de comunicações.

18. O referido sistema será utilizado, assim como outros países já o fazem, como elemento de controle da sociedade sobre esse meio de invasão de privacidade que é a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza. Objetivará informar a quantidade de quebras de sigilo autorizadas e em curso em cada unidade da Federação, as espécies de crimes, o tempo médio de sua duração, entre outras informações de cunho exclusivamente estatístico a serem disciplinadas em regulamento. Em nenhuma hipótese o sistema conterà o conteúdo das comunicações realizadas nem os códigos de identificação ou outros elementos e meios capazes de identificar os envolvidos, inclusive investigados e acusados.

19. Por fim, o art. 23 traz para o âmbito do Código Penal a conduta delituosa prevista na atual Lei de escuta, por ser de melhor técnica jurídica. Com efeito, corrige-se a forma pela qual o tipo penal hoje é previsto, sem, contudo, modificar o núcleo do tipo. Destarte, não se trata de criminalizar nova conduta, nem de *abolitio criminis*, visto tratar-se de mera adequação redacional, em consonância com a construção dos tipos penais pátrios.

20. Assim, Senhor Presidente, submetemos ao elevado descortino de Vossa Excelência o anexo anteprojeto de lei, acreditando que, se aceito, estará o Brasil adotando um poderoso meio de investigação adequado aos fins a que se destina, sem, contudo, abalar as garantias constitucionais.

Respeitosamente,

Assinado por: Tarso Fernando Herz Genro, Helio Calixto da Costa

ANEXO C – Projeto de Lei do Senado nº 525, de 2007

TEXTO FINAL APROVADO PELA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 525, DE 2007

Regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição, altera o art. 581 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e revoga a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1º Esta Lei disciplina a quebra, por ordem judicial, do sigilo das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

§ 1º O sigilo das comunicações telefônicas compreende o conteúdo de conversas, sons, dados e quaisquer outras informações transmitidas ou recebidas no curso das ligações telefônicas.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se quebra do sigilo das comunicações telefônicas a interceptação, escuta, gravação, decodificação ou qualquer outro procedimento que permita a obtenção das informações e dados de que trata o § 1º.

§ 3º Aos registros de dados referentes à origem, destino, data e duração das ligações telefônicas aplicam-se, no que couber, as disposições desta Lei.

§ 4º As disposições desta Lei também se aplicam ao fluxo de comunicações em sistemas de tecnologia da informação e telemática.

Art. 2º A quebra do sigilo das comunicações telefônicas não será admitida na investigação criminal ou instrução processual penal de crimes de menor potencial ofensivo, assim definidos em lei, salvo quando a conduta delituosa tiver sido realizada por meio dessa modalidade de comunicação.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese poderão ser utilizadas as informações resultantes da quebra de sigilo das comunicações entre o investigado ou acusado e seu defensor, quando este estiver no exercício da atividade profissional.

**CAPÍTULO II
DO PROCEDIMENTO**

Art. 3º O pedido de quebra de sigilo das comunicações telefônicas será formulado por escrito ao juiz competente, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, ouvido, neste caso, o Ministério Público, e deverá conter:

I – a descrição precisa dos fatos investigados;

II – a indicação da existência de indícios suficientes da prática do crime objeto da investigação;

III – a qualificação do investigado ou acusado, ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;

IV – a demonstração de ser a quebra de sigilo da comunicação estritamente necessária e da inviabilidade de ser a prova obtida por outros meios;

V – a indicação do código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido, e sua relação com os fatos investigados;

VI – a indicação do nome da autoridade investigante responsável por toda a execução da medida;

VII – a indicação do número do procedimento policial ou ministerial a que esteja vinculada a solicitação.

Art. 4º O requerimento ou a representação será distribuído e autuado em separado na forma de incidente processual, sob sigilo de justiça, devendo o juiz competente, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, proferir decisão fundamentada, que consignará de forma expressa, quando deferida a autorização, a indicação:

I – dos indícios da prática do crime;

II – dos indícios de autoria ou participação no crime, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;

III – do código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido, e sua relação com os fatos investigados;

IV – do prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações.

§ 1º O prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações não poderá exceder a 60 (sessenta) dias, permitida sua prorrogação por igual período, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida, até o máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias ininterruptos, salvo quando se tratar de crime permanente, enquanto não cessar a permanência.

§ 2º O prazo correrá de forma contínua e ininterrupta e contar-se-á a partir da data do início da quebra do sigilo das comunicações pela prestadora responsável pela comunicação, que deverá comunicar este fato, imediatamente, por escrito, ao juiz.

§ 3º Para cada prorrogação será necessária nova decisão judicial fundamentada, observado o disposto no *caput*.

§ 4º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo, observadas as seguintes hipóteses:

I – quando a vida de uma pessoa estiver em risco, podendo o juiz dispensar momentaneamente um ou mais requisitos previstos no *caput* do art. 4º e seus incisos;

II – durante a execução da medida de quebra de sigilo, caso a autoridade policial identifique que o investigado ou acusado passou a fazer uso de outro número, código ou identificação em suas comunicações, havendo urgência justificável.

§ 5º Despachado o pedido verbal e adotadas as providências de que trata o *caput* do § 4º, os autos seguirão para manifestação do Ministério Público e retornarão à autoridade judiciária, que, em seguida, reapreciará o pedido.

Art. 5º Contra decisão que indeferir o pedido de quebra de sigilo caberá recurso em sentido estrito do Ministério Público, podendo o relator, em decisão fundamentada, conceder liminarmente o pedido de quebra.

Parágrafo único. O recurso em sentido estrito tramitará em segredo de justiça e será processado sem a oitiva do investigado ou acusado, a fim de resguardar a eficácia da investigação.

Art. 6º Do mandado judicial que determinar a quebra do sigilo das comunicações deverá constar a qualificação do investigado ou acusado, quando identificado, ou o código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido.

§ 1º O mandado judicial será expedido em 2 (duas) vias, uma para a prestadora responsável pela comunicação e outra para a autoridade que formulou o pedido de quebra do sigilo das comunicações.

§ 2º O mandado judicial poderá ser expedido por qualquer meio idôneo, inclusive o eletrônico ou similar, desde que comprovada sua autenticidade.

Art. 7º A prestadora de serviços de telecomunicações deverá disponibilizar, gratuitamente, os recursos e meios tecnológicos necessários à quebra do sigilo telefônico, indicando ao juiz o nome do profissional encarregado.

§ 1º A ordem judicial deverá ser cumprida no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária até o efetivo cumprimento da medida, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

§ 2º No caso de ocorrência de qualquer fato que possa colocar em risco a continuidade da interceptação, incluindo as solicitações do usuário quanto a portabilidade ou alteração do código de acesso, suspensão ou cancelamento do serviço e transferência da titularidade do contrato de prestação de serviço, a prestadora deve informar ao juiz no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas contadas da ciência do fato, sob pena de multa diária, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Art. 8º A decretação da quebra de sigilo de comunicação caberá ao juiz competente para o julgamento do crime investigado ou responsável pelo inquérito.

Art. 9º A execução das operações técnicas necessárias à quebra do sigilo das comunicações será fiscalizada diretamente pelo Ministério Público.

Art. 10. Findas as operações técnicas, a autoridade investigante encaminhará, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, ao juiz competente, todo o material produzido, acompanhado de auto circunstanciado, que detalhará todas as operações realizadas.

§ 1º Decorridos 60 (sessenta) dias do encaminhamento do auto circunstanciado, o juiz, ouvido o Ministério Público, determinará a inutilização do material que não interessar ao processo.

§ 2º A inutilização do material será assistida pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou da parte interessada, bem como de seus representantes legais.

Art. 11. Recebido o material produzido, o juiz dará ciência ao Ministério Público para que requeira, se julgar necessário, no prazo de 10 (dez) dias, diligências complementares.

Art. 12. Não havendo requerimento de diligências complementares ou após a realização das que tiverem sido requeridas, o juiz intimará o investigado ou acusado para que se manifeste, fornecendo-lhe cópia identificável do material produzido exclusivamente em relação à sua pessoa.

Art. 13. As dúvidas a respeito da autenticidade ou integridade do material produzido serão dirimidas pelo juiz, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 145 a 148 do Código de Processo Penal.

Art. 14. Conservar-se-á em cartório, sob sigilo de justiça, as fitas magnéticas ou quaisquer outras formas de registro das comunicações cujo sigilo fora quebrado até o trânsito em julgado da sentença, quando serão destruídos na forma a ser indicada pelo juiz, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos, observado o disposto no art. 17.

Art. 15. Na hipótese de a quebra do sigilo das comunicações telefônicas revelar indícios de crime diverso daquele para o qual a autorização foi dada e que não lhe seja conexo, a autoridade deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis.

Art. 16. A prova obtida por meio da quebra de sigilo das comunicações telefônicas realizada sem a observância desta Lei não poderá ser utilizada em qualquer investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza.

Art. 17. Finda a instrução processual, dar-se-á ciência a todas as pessoas que tiveram comunicações telefônicas interceptadas, tenham ou não sido indiciadas ou denunciadas, salvo se o juiz entender, por decisão fundamentada, que a providência poderá prejudicar outras investigações.

Art. 18. A autoridade que tomar conhecimento da existência de abuso ou irregularidade no procedimento de quebra de sigilo das comunicações telefônicas remeterá ao Ministério público os documentos e as provas de que dispuser, para a apuração da responsabilidade.

CAPÍTULO III DAS SANÇÕES PENAIS

Art. 19. Violar o sigilo de comunicação telefônica, de informática ou telemática, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem viola o segredo de justiça decorrente do procedimento de que trata esta Lei.

§ 2º A pena é aumentada de um terço até metade se o crime previsto no *caput* ou no § 1º deste artigo é praticado por funcionário público no exercício de suas funções.

Art. 20. Fazer afirmação falsa com o fim de induzir a erro a autoridade judicial no procedimento de interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

Art. 21. Oferecer serviço privado de interceptação telefônica ou telemática:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 22. Utilizar conteúdo de interceptação telefônica ou telemática com o fim de obter vantagem indevida, constranger ou ameaçar alguém:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

CAPÍTULO IV DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 23. A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise sujeitam-se às disposições desta Lei, no que couber.

Art. 24. É o Poder Executivo autorizado a instituir, para fins exclusivamente estatísticos e de planejamento de ações policiais, sistema centralizado de informações sobre quebra de sigilo de comunicações telefônicas, na forma do regulamento.

Parágrafo único. O sistema de que trata o *caput* não conterá o conteúdo das comunicações realizadas nem os códigos de identificação ou outros elementos e meios capazes de identificar os envolvidos, inclusive investigados e acusados.

Art. 25. A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL regulamentará, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, o padrão dos recursos tecnológicos e facilidades necessárias ao cumprimento desta Lei, a serem disponibilizados gratuitamente por todas as prestadoras responsáveis pela comunicação.

Art. 26. É proibida a comercialização de equipamentos destinados especificamente à interceptação, escuta, gravação e decodificação das comunicações telefônicas, incluindo programas de informática e aparelhos de varredura, salvo nas hipóteses e condições fixadas no regulamento desta Lei, sendo obrigatório o registro no órgão competente.

Art. 27. O art. 581 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art. 581.
XXV – que indeferir o pedido de quebra do sigilo das comunicações telefônicas.” (NR)

Art. 28. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei, no que com ela não colidirem, as disposições do Código de Processo Penal e do Código de Processo Penal Militar.

Art. 29. Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

Art. 30. É revogada a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.