

EXMO. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA***HABEAS CORPUS*****DISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO AO MIN. NILSON NAVES (HC 71.363/PR)**

CEZAR ROBERTO BITENCOURT (OAB/RS 11.483), ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO (OAB/DF 4.107), ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ (OAB/DF 11.305), JULIANO BREDÁ (OAB/PR 25.717) e ANDREI ZENKNER SCHMIDT (OAB/RS 51.319), o primeiro e o último com escritório profissional em Porto Alegre, na Av. Getúlio Vargas, 774/602, o segundo e a terceira em Brasília/DF, SCN Quadra 2, Bloco D, Torre A, sala 1125, e o quarto em Curitiba/PR, na Rua Ébano Pereira, 11, 4º andar, vêm, respeitosamente, perante V. Exa., impetrar ***HABEAS CORPUS*** em favor de

ISIDORO ROZENBLUM TROSMAN, uruguaio, casado, aposentado,
e

ROLANDO ROZENBLUM ELPERN, uruguaio, casado, ambos residentes e domiciliados em Curitiba/PR,

tendo em vista o constrangimento ilegal a que foram submetidos nos autos do Habeas Corpus nº 2006.04.00.031493-8, julgado pela 7ª Turma do TRF da 4ª Região que, de sua vez, reconheceu como legítimo o monitoramento telefônico (objeto dos PCDs nº 2004.70.00.019229-2 e 2005.70.00.027065-9) que embasou a propositura da ação penal nº 2006.70.00.0019980-7, em tramitação perante a 2ª Vara Federal Criminal. Sustenta-se a impetração com base nos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

I – BREVE SÍNTESE FÁTICA

O Ministério Público Federal, em 09.08.2006, ofereceu denúncia contra os pacientes – juntamente contra outros co-réus – imputando-lhes a prática, em tese, dos crimes arrolados nos arts. 288, 333 e 347, todos do Código Penal. Isso porque, sintetizando a exordial acusatória, os pacientes teriam corrompido auditores da Receita Federal (também denunciados neste processo) a fim de interferir em procedimento fiscal requisitado pelo juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR.

Uma breve leitura da denúncia referida (fls. 02/150 – **ANEXO 1**) é suficientemente elucidativa no sentido de que a propositura da ação penal referida teve como base a “Operação OCCASU” (PCD 2004.70.00.019299-2 – **ANEXO 2**), que, posteriormente, desdobrou-se na “Operação OAVESSO” (PCD 2005.70.00.027065-9 – **ANEXO 3**). Consoante dito pela própria exordial acusatória (fls. 05/06 – **ANEXO 1**):

*A operação OCCASU (PCD 2004.70.00.019229-2) foi iniciada perante esse r. Juízo com o objetivo de investigar, **mediante interceptação telefônica e de dados**, organização criminosa, ora chamada ‘GRUPO SUNDOWN (“GRUPO”)*, que há muitos anos age em território paranaense, estruturada por diversas pessoas físicas e jurídicas que giram ao redor da FAMILIA ROZENBLUM, expressão aqui usada para se referir a ISIDORO ROZENBLUM, NOEMI ELPERN KOTLIAREVSKI ROZENBLUM, ROLANDO ROZENBLUM ELPERN e KARINA ROZENBLUM.

Os monitoramentos revelaram ao longo do tempo a prática de inúmeros crimes de diversas naturezas praticados pelo GRUPO SUNDOWN, que se revelou talvez a mais complexa, intrincada e nociva rede empresarial do Estado do Paraná, por lesões de elevada magnitude ao erário público.

Ao detectar a vinculação à organização criminosa de um funcionário da instituição financeira MERRIL LYNCH, que desempenhou em favor do GRUPO atividades do mercado paralelo ou negro de câmbio, chamado ALEXANDRE CALADO, foram as apurações desmembradas, instaurando-se um Procedimento Criminal Diverso específico para investigá-lo, em um trabalho que foi chamado de operação OFATO (PCD 2005.70.00.027064-7), e acabou por abarcar as atividades ilícitas do doleiro curitibano NEI ROBERTO ANTUNES (o “NEI”).

*Na mesma época, ao desvelar-se a prática de corrupção de Agentes da Receita Federal que estavam incumbidos de fiscalizar pessoas físicas e jurídicas da organização criminosa, sofreu OCCASU outro desdobramento, passando-se a desenvolver uma atividade de apuração criminal nomeada operação OAVESSO (PCD 2005.70.00.027065-9), com foco nos Auditores Fiscais da Receita Federal **JOSÉ LUIZ ALTHEIA e ADRIANA GIANELLO COSTA DE OLIVEIRA**.*

*No bojo dos Procedimentos Criminais Diversos (“PCD’s”) relativos a esses três casos, ao longo dos muitos meses de investigação, foram interceptados telefones de diversas pessoas envolvidas nos esquemas criminosos desenvolvidos pelo GRUPO. **As decisões judiciais que autorizaram***

os monitoramentos levados a cabo nessas três operações formam o dossiê que constitui o Anexo 15. (...)”

Prosseguindo-se na leitura da denúncia, pode-se notar que toda a acusação teve sua origem nos diálogos telefônicos monitorados nos autos do PCD nº 2004.70.00.019299-2 (**ANEXO 2**) que, em seu desenrolar, fez surgir elementos indiciários de crimes de corrupção envolvendo especialmente os pacientes e os auditores fiscais JOSÉ LUIZ ALTHEIA e ADRIANA GIANELLO COSTA DE OLIVEIRA, acarretando, de sua vez, o desdobramento da operação inicial de investigação na “Operação OAVESSO” (PCD 2005.70.00.027065-9 – **ANEXO 3**). Todas as provas constantes nos autos decorrem, diretamente, do monitoramento telefônico inicialmente determinado no PCD nº 2004.70.00.019299-2 (**ANEXO 2**). Prova disso é que a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, ao longo de suas prolixas 150 páginas (sic), faz transcrição expressa de diálogos telefônicos monitorados nos autos do PCD nº 2004.70.00.019299-2 (**ANEXO 2**) em exatas **88 páginas**, a fim de demonstrar a suposta crime de corrupção (v. fls. 18/42, 56/65, 68/89, 105/109, 111/114, 119/123, 127/137, 141/147 – **ANEXO 1**).

A denúncia fora recebida em 10/06/2006 (fls. 246/250 – **ANEXO 1**). Encerrada a instrução, o juízo da 2ª Vara Federal Criminal, em 23/11/2006, julgou-a parcialmente procedente para o fim de (a) absolver os pacientes em relação ao crime de quadrilha ou bando (art. 288) e fraude processual (art. 347), porém (b) condená-los, por 3 vezes, como incurso na sanções do art. 333, parágrafo único, do CP (v. fls. 2406/2449 – **ANEXO 1**). Nessa sentença, a materialidade do delito de corrupção restou toda fundamentada com base no monitoramento telefônico, conforme denota-se da leitura das fls. 2416/2419, 2422/2427 etc. (**ANEXO 1**).

Os pacientes, entretanto, contestaram a legalidade do monitoramento telefônico que originou todo o suporte probatório da ação penal nº 2006.70.00.0019980-7, impetrando, para tanto, o HC nº 2006.04.00.031493-8, que tramitou perante a 7ª Turma do TRF da 4ª Região. A tese – além de outros pedidos – acabou não sendo acolhida pelo colegiado, que acompanhou o voto da Desª Fed. Relatora, lavrado, quanto a essa questão, nos seguintes termos (fls. 122/128 – **ANEXO 4**):

VOTO

O parecer ministerial apreciou com precisão a matéria, razão pela qual peço vênia para adotá-lo como razões de decidir, nos seguintes termos:

"Os impetrantes pretendem seja revogada a decretação da prisão preventiva, alegando, em síntese, serem ilícitas as provas da materialidade e indícios da autoria, consistentes em monitoramento telefônico realizado do PCD nº 2004.70.00.019229-2, cuja autorização judicial e posteriores renovações careceriam de fundamentação jurídica, ofendendo ao art. 5º da Lei nº 9.296/96 e art. 93, IX, da Constituição Federal.

Referem que os sete primeiros meses de monitoração telefônica são desprovidos de fundamentação, tanto dos requerimentos do MPF e agentes policiais, quanto das decisões judiciais que os deferiram. Apontam uma série de irregularidades consistentes no seguinte:

a) não foram especificadas, na autorização de quebra de sigilo telefônico, a indispensabilidade da medida e o objeto da investigação;

b) inexistência de fundamentos apontando dados concretos da indispensabilidade e renovação da medida;

c) o monitoramento mantido por mais de dois anos extrapola o princípio da razoabilidade;

d) o pedido de afastamento do sigilo baseia-se em documento apócrifo da Secretaria da Receita Federal, além de não fundamentado e deixar de indicar qual seria o crime antecedente de lavagem de dinheiro imputado aos pacientes;

e) as decisões que deferiram a quebra de sigilo e renovação da medida carecem de fundamentos, sendo os pedidos deferidos de forma genérica e vaga, sem avaliação dos fatos;

f) a decisão de fl. 80 do Anexo 4 faz referência à "aparente pertinência dos diálogos", situação que não estaria contida na degravação destes, constantes nas fls. 70-75 do mesmo anexo;

g) as prorrogações do monitoramento telefônico foram deferidas com base em diálogos já interceptados, os quais não demonstram elementos pertinentes aos ilícitos, em tese, imputados aos pacientes;

h) há nulidade na decisão de fl. 124 do anexo 4 por distorcer a manifestação do agente responsável pela operação de monitoramento, tendo ele desqualificado a prova colhida, referente ao monitoramento do celular do paciente ROLANDO, sendo os diálogos utilizados para fundamentar os pedidos anteriores à última renovação, quando esta deve se dar por circunstâncias atuais e demonstrada a necessidade imediata da prova;

i) houve a banalização do expediente de renovação do monitoramento telefônico, o que se depreende de pedido de agente federal idêntico ao anterior, deferido pelo despacho de fls. 146 do anexo 4.

Tais ilegalidades afetariam os monitoramentos supervenientes aos sete primeiros meses, tendo a quebra do sigilo se estendido por mais de dois anos, nos quais, supostamente, estariam os indícios da prática delituosa. Alegam que as provas da materialidade e indícios de autoria encontrados em monitoramento posterior aos sete meses iniciais não afastam a ilegalidade anterior e por consequência, restam afetados os requisitos apontados no decreto de prisão preventiva. Requerem o reconhecimento incidental da ilegalidade da totalidade da prova, a qual teriam reflexos na prisão preventiva decretada.

No entanto, as questões referentes à análise dos elementos concretos existentes nas sucessivas renovações dos monitoramentos telefônicos deverão ser melhor examinados nos autos da ação penal, evidenciando-se necessário o exame aprofundado das provas referentes aos diálogos monitorados. Saliente-se, desde já, que muitas das mensagens trocadas pelos investigados são por código e utilização de nomes fictícios, visando encobrir as tratativas ilícitas.

Quanto ao período inicial dos monitoramentos, as decisões que os deferiram bem fundamentaram a necessidade da produção de tal prova, tendo os impetrantes pinçado do conjunto probatório apenas excertos isolados do todo, querendo, com isso, demonstrar pretensas nulidades.

A decisão proferida nos autos do Processo nº 2004.7000019229-2, a qual deferiu o pedido de interceptação telefônica dos integrantes do Grupo SUNDOWN, em 17 de maio de 2004 considerou (fls.65-66):

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

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

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

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

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

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

Vê-se que a decisão refere a relevantes elementos de prova quanto à atuação da organização criminosa liderada pelos pacientes, consistentes na utilização de empresas fantasmas, consubstanciados em informação do COAF, utilização do mesmo endereço como sede de algumas das pessoas jurídicas constituídas com laranjas, para a prática de diversos ilícitos penais. A apontada complexidade das operações delituosas, com a utilização de interpostas pessoas na titularidade das empresas, visando à ludibriar os verdadeiros proprietários dos vultosos recursos movimentados, exigiu das autoridades extensas investigações, dentre as quais a combatida quebra de sigilo de dados sobre os telefones.

Posteriormente, foi deferido pedido do MPF para realização de interceptação de ligações telefônicas, aos seguintes fundamentos (decisão de fls.67-69, proferida em julho de 2004):

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

(...)

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

O pleito, do mesmo modo, encontra amparo no ordenamento constitucional vigente porquanto, diante do princípio da proporcionalidade, a inviolabilidade do sigilo telefônico cede espaço para um interesse maior a sociedade, qual seja, a obtenção dos elementos que viabilizem a apuração dos graves fatos ora tidos como delituosos. A medida pretendida, por outro lado, revela-se absolutamente necessária para as investigações. Finalmente, não é excessivo ressaltar que a postulação deixa de macular ao direito à intimidade, consagrado no art. 50 da Constituição Federal, na medida em que não se trata este de direito absoluto, e pacífico perante doutrina e jurisprudência de nossos Tribunais, a aplicação do método hermenêutico lógico-sistemático há sempre de preponderar quando se trate de interpretar, incluso normas e valores constitucionais."

Estando a determinação da interceptação telefônica calcada em relevantes indícios das práticas delituosas, consistentes, em representação do COAF a respeito das irregularidades (ver no anexo 3), não há falar na ilegalidade da decisão que decretou a quebra de sigilo e posteriores renovações da medida.

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 decisões referentes às prorrogações das interceptações juntadas por ocasião das informações, se mostram suficientes ao atendimento dos requisitos legais da Lei 9.296/96, porquanto baseadas nos monitoramentos já realizados, deduzem, com clareza, os motivos pelos quais há necessidade de continuação da medida (fls.59 à 84). Especificam, assim, os fatos já averiguados nos diálogos anteriores, sobre os quais devem continuar as investigações.

Nesse sentido, cabe salientar a decisão proferida em 26 de outubro de 2005, referente ao crime de corrupção ativa objeto da ação penal nº 2006.70.00.019980-5 (fls.59-62):

"3. O mesmo grupo [SUNDOWN] está sendo investigado no processo 2004.7000019229-2 por outros crimes financeiros, de lavagem de dinheiro e contrabando. No decorrer da interceptação telefônica decretada naqueles autos, foram identificados diálogos que sugerem indícios de outros delitos relacionados à fiscalização da Receita Federal.

Com efeito, um dos processos, o especificamente relativo à fiscalização de Rolando Rozenblum Elpern, foi distribuído em 14/09/2005, à auditora fiscal Adriana Gianello Costa Oliveira, cf. documento anexo.

Segundo o MPF e degravações parciais anexas a sua representação, o auditor José Luiz Altheia, também investigado no processo 2004.7000019229-2, por indícios de envolvimento em crimes (incluindo patrimônio aparentemente incompatível com a sua condição), contactou Rolando, em 01/09/2005, informando que a servidora da Receita de nome "Ana" (que o MPF e os examinadores dos diálogos supõem ser Adriana) iria procurá-lo na semana que vem 'vai te convidar para tomar café para conversarem sobre amizade e etc... tá bom'.

Também há mensagens de texto interceptadas no sentido de um encontro de Rolando com uma fiscal no dia 06/10.

E no dia 15/09, data imediatamente posterior à da distribuição do mandado de procedimento fiscal à Adriana, esta contactou Rolando, buscando marcar um encontro para intimá-lo.

Embora seja por evidente prematura qualquer conclusão e o contato de Adriana com Rolando não significa o envolvimento dela com ilícitos, chama a atenção o conteúdo do diálogo de José Luiz Altheia com Rolando, avisando sobre o fato com significativa antecedência à distribuição do mandado de procedimento fiscal. Além disso, a referência ao encontro para 'tomar café e para conversarem sobre amizade e etc' é tudo menos uma descrição acurada de um encontro formal. Também merece destaque o possível encontro de Rolando com 'uma fiscal', que pode ser Adriana, uma semana antes da distribuição da fiscalização à referida auditora. Registre-se, por oportuno, o fato de que a própria Adriana foi responsável, segundo o MPF, na condição de supervisora do setor pela distribuição da fiscalização de Rolando a ela.

Certamente, essas observações dependem da confirmação de que 'Ana' e a 'fiscal' seriam Adriana. Isso, porém, é pelo menos possível pelas circunstâncias declinadas e considerando que os interlocutores investigados costumam falar em códigos e evitam falar com clareza ou mencionar nomes. O próprio José Luiz Altheia em um dos diálogos se apresenta com nome falso 'Jorge'.

Nessa fase investigatória, não se pode exigir a apresentação de provas de um crime com todos os seus elementos e circunstâncias. Ao contrário, a interceptação tem por objetivo colher essa prova".

Assim, não se evidenciam, nas particularidades apontadas pelos impetrantes e relatadas nas letras "a" a "i" supra referidas, que o monitoramento telefônico inicial seja eivado de nulidades, porquanto o seu exame deve ser inserido no conjunto probatório formado na extensa investigação policial.

Denota-se, aí, a pretensão realizada, a qual ensejou o oferecimento de denúncia.

Ademais, as operações ilícitas do grupo Sundown são caracterizadas pela complexidade, consistente na utilização de várias empresas para a prática de descaminho, lavagem de dinheiro e evasão de divisas, além de corrupção de servidores da Receita Federal designados, por solicitação de processo judicial, para investigar os pacientes e suas empresas. Munidos de sofisticados recursos para a prática delituosa, os impetrantes apontam aspectos isolados do contexto probatório, pretendendo incluir nulidades inexistentes nas decisões supra referidas.

Inexiste, assim, a alegada afronta ao princípio da razoabilidade decorrente das sucessivas renovações das interceptações, porquanto demonstrada a efetiva necessidade das medidas para apuração dos ilícitos. Neste sentido, decidiu esse TRF da 4ª Região:

EMENTA: PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVRE ACESSO ÀS PROVAS. ATO NULO. PREJUÍZO. RENOVAÇÃO DO PEDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. RENOVAÇÃO POR NECESSIDADE NO PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. RETIRADA DE ADVOGADOS DA SALA DE AUDIÊNCIA QUANDO DA INQUIRÇÃO DE CO-RÉUS. CARGA DOS AUTOS. PRAZO COMUM. FALTA DE IMPUGNAÇÃO NO PRAZO HÁBIL E AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. COMPETÊNCIA. APREENSÃO DOS BENS. CONTRABANDO E DESCAMINHO. REUNLÃO DOS FEITOS. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. CRIME DE QUADRILHA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO. EQUIPARAÇÃO AO PERDIMENTO DE BENS APREENDIDOS. ÔNUS DA PROVA. EFEITOS DA CONDENAÇÃO. PERDA EM FAVOR DA UNIÃO. EMENDATIO LIBELLI. PRECLUSÃO. PRAZO DE CONFERÊNCIA. ERROS NA TRANSCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO E DO "MAJOR ABSORBET MINOREM". INQUÉRITO POLICIAL. PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA. COMETIMENTO REITERADO DE ILÍCITOS PENAIS. ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. DUPLA INCIDÊNCIA. AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA. CONCURSO MATERIAL. PENAS CUMULATIVAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. EXAME DOS REQUISITOS ELENCADOS NO INCISO III, DO ARTIGO 44, DO CÓDIGO PENAL. CRITÉRIO DA SUFICIÊNCIA.

- Não há falar em cerceamento de defesa pelo impedimento de livre acesso às provas se aos defensores dos réus foi dada vista dos autos do anexo em secretaria antes da audiência de instrução.

- Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563, CPP).

- Não se admite a renovação de questões já analisadas por via de habeas corpus nesta Corte.

- Inexiste constrangimento ilegal pelo indeferimento de diligências requeridas quando as mesmas se apresentam meramente protelatórias por desnecessárias ao julgamento da ação penal.

- Não se declarará nula a interceptação telefônica renovada várias vezes posteriormente em razão da necessidade do prosseguimento das investigações, se foi feita pela autoridade Judiciária com observância das exigências contidas no art. 5º, da Lei nº 9.296/96.

O fato de o juiz determinar a retirada dos advogados dos réus da sala de audiência quando da inquirição dos co-réus a seus pedidos por se sentirem constrangidos e pressionados na presença

de outras pessoas que o Juiz, o Ministério Público e seus advogados, não implica em cerceamento de defesa e muito menos interferência no livre exercício profissional, ainda mais quando foi determinada a gravação de todos os atos e a transcrição, de forma a possibilitar a todos a eventual impugnação. (...)" (TRF4, ACR 2000.71.00.039010-4, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wovk Penteado, publicado em 01/06/2005, grifei)

Desta forma, verifica-se ter o procedimento de quebra do sigilo telefônico atendido aos preceitos legais dispostos nos arts. 20 e 50 da Lei nº 9.296/96.

Objetivando impugnar tal decisão e, conseqüentemente, obter-se o reconhecimento da ilegalidade do 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 sucessiva decretação da nulidade de todo o Processo Penal nº 2006.70.00.0019980-7, é que reitera o presente *writ* a esse E. Tribunal.

II – ILEGALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA RENOVADA SUCESSIVAMENTE NOS AUTOS DO PCD 2004.70.00.019229-2. OFENSA AOS ARTS. 2º E 5º, AMBOS DA LEI Nº 9.296/96. OFENSA AOS ARTS. 5º, INC. XII, E 93, INC. IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

II.1. INTRODUÇÃO ACERCA DA NATUREZA CONSTITUCIONAL DA LEI Nº 9.296/96

O art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal de 1988 **consagrou o direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas**, apenas ressalvando, em nome da relatividade de todos os direitos fundamentais, a possibilidade de restrição de tal sigilo quando decretada, a interceptação telefônica, por ordem judicial e no bojo de ação penal, com base no disposto em lei:

Art. 5º...

*Inc. XII - 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;*

Até 1996 predominou o entendimento jurisprudencial no sentido de que as interceptações telefônicas, mesmo que decretadas por ordem judicial, **eram nulas**, visto que inexis-

tia, até então, lei específica regulando a matéria. Nesse sentido, ver, por exemplo, STF, HC 75.545/SP, 1ª Turma, **rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE**, DJU de 09.04.99.

Após 1996, contudo, a validade das interceptações começou a ser aceita pelos tribunais, e isso porque o legislador, cumprindo o comando regulamentador enunciado no inc. XII do art. 5º da Constituição Federal, editou a Lei nº 9.296/96, que estabeleceu o procedimento para a violação do sigilo telefônico.

Qual a razão para o Supremo Tribunal Federal, antes da edição da Lei nº 9.296/96, ter anulado dezenas de processos em que fora determinada, judicialmente, a interceptação telefônica? A resposta, que pode ser resumida em dois aspectos, é bastante simples: a) sob o ponto de vista formal, o inc. XII do art. 5º ainda não estava regulamentado, possuindo, portanto, eficácia contida; b) sob o ponto de vista substancial, a violação de um direito fundamental há de seguir procedimento legalmente estabelecido, sob pena de o seu titular ficar à mercê dos impulsos judicantes e sociais incidentes sobre casos concretos.

Caso analisemos a questão sob o ponto de vista da *teoria dos direitos fundamentais*, chegaremos à singela conclusão de que a Constituição Federal reconheceu a plenitude da garantia fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas, sendo que tal direito, entretanto, não é absoluto, comportando relativizações sempre que, numa relação de proporcionalidade, mostre-se necessária a preponderância de um interesse social. Teremos, aqui, um conflito entre dois direitos fundamentais, cuja solução, consoante a lição de ROBERT ALEXY¹, consiste na determinação de uma relação de precedência referida às circunstâncias do caso. Desta maneira, o princípio que tem precedência restringe as possibilidades jurídicas da satisfação do princípio desconsiderado. Este último continua sendo parte do ordenamento jurídico, podendo, em outras hipóteses, inverter-se a ordem de precedência. Ao contrário das regras - cuja colisão entre elas pode possuir força invalidade ou derogatória para uma delas - o conflito entre os princípios não se trava no plano da validade, mas sim no da ponderação, no da razoabilidade, da proporcionalidade. Na colisão entre os princípios, destaca RONALD DWORKIN², quem deve resolver o conflito tem que ter em conta o peso relativo de cada um, apesar de isso não gerar uma medição exata nesta relação, ocorrendo, com frequência, controvérsias a respeito de qual

¹ ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Trad. por Jorge M. Seña. Barcelona : Gedida, 1997, p. 164. V., também, do mesmo autor: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. por Marta Guastavino. Barcelona : Ariel, 1999, pp. 77-78.

deve prevalecer. As regras não têm essa dimensão: uma regra jurídica poderá ter mais importância que outra dentro do sistema, mas, nem por isso, será aplicada; havendo a tensão, uma delas será inválida.

O principal aspecto em relação aos princípios, na lição de ALEXY³, é que eles caracterizam *mandados de otimização*, ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na medida maior possível dentro do marco das possibilidades fáticas e jurídicas. Daí que os princípios são realizáveis em diferentes graus, enquanto as regras, como mandados definitivos, sempre podem, ou não, ser realizadas. No entanto, havendo colidência entre um direito individual e um direito social, consoante ROBERT ALEXY, há de ser conferida primazia relativa ao direito individual: *“a precedência em caso de dúvida e a precedência no caso de certas razões igualmente boas podem ser resumidas no conceito de precedência ‘prima facie’. Existe, pois, uma precedência geral ‘prima facie’ em favor dos direitos individuais. Esta precedência ‘prima facie’ expressa-se numa carga de argumentação a favor dos direitos individuais, em detrimento dos interesses coletivos”*⁴.

O sigilo das comunicações telefônicas é um direito individual otimizável, ou seja, sua eficácia deve ser elevada ao grau máximo possível, até que, numa relação de proporcionalidade, seu peso resulte superado por um interesse social mais relevante. Isso é o que acontece quando, em delitos graves e de grande repercussão social, podemos decretar a interceptação telefônica em nome da preponderância do interesse social na investigação.

O importante disso tudo é a visão de que **a Lei nº 9.296/96 não caracteriza um mero conjunto de normas programáticas, a serem seguidas facultativamente pelo operador do direito. Ao contrário, a Lei nº 9.296/96 possui natureza constitucional, na medida em que regulamenta os casos em que a otimização do direito fundamental ao sigilo das comunicações resta afastada pelo interesse social na violação dessa garantia.** Não é por outra razão que o STF, antes da edição da Lei nº 9.296/96, não autorizava as interceptações telefônicas, mesmo que decretadas judicialmente: a violação de um direito fundamental não pode permanecer ao alvedrio incerto do subjetivismo judicial.

³ Op. cit., p. 185.

⁴ ALEXY, Robert. *El Concepto*, cit., p. 207.

Nossa primeira premissa, portanto, é a de que a Lei nº 9.296/96, além de possuir natureza constitucional, **estabelece os casos e o procedimento para a relativização de um direito fundamental (sigilo das comunicações telefônicas), formalidades estas que devem ser seguidas a fim de conferirem legitimidade constitucional a tal medida extrema.** Caso o procedimento da Lei nº 9.296/96 fosse amplamente flexível, então sua existência, sequer, seria reconhecida imprescindível, solução esta que, como vimos, não preponderou no STF.

Essas noções preliminares são relevantes para que possamos entender os fundamentos do procedimento enunciado na Lei nº 9.296/96. O art. 2º desta Lei, ao exigir, como requisitos à determinação judicial do monitoramento, a existência de *indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com reclusão, assim como a impossibilidade de a prova ser obtida por outros meios*, evidencia o caráter restritivo e excepcional deste meio de prova. A fim de tornar possível o controle jurisdicional – pela via do princípio do duplo grau de jurisdição – da quebra do sigilo telefônico é que o parágrafo único do art. 2º estabeleceu, derradeiramente, que *“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.”*

Em norma posterior (art. 5º), a exigência de fundamentação judicial validamente desenvolvida de acordo com os requisitos legais e constitucionais é repetida pela Lei nº 9.296/96, que também limita a medida em prazo determinado:

*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.***

Veja-se que a norma, afora a circunstância de exigir novamente a devida fundamentação – **sob pena de nulidade** –, fixa o **prazo de 15 dias** para a duração do monitoramento e, permitindo a prorrogação – por igual tempo - **no caso de comprovada a indispensabilidade do meio de prova.**

No caso dos autos, **a autoridade coatora descumpriu as exigências dos arts. 2º e 5º da Lei nº 9.296**, visto que

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

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

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

Vejamos.

II.2. NULIDADE DA DECRETAÇÃO ORIGINAL DO MONITORAMENTO TELEFÔNICO: AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO JURIDICAMENTE VÁLIDA ACERCA DA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA AUTORIA E INDISPENSABILIDADE DO MEIO DE PROVA. OFENSA AO ART. 2º, INCS. I E II, DA LEI Nº 9.296/96, AO ART. 5º, INC. XII E AO ART. 93, INC. IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O PCD nº 2004.70.00.019229-2 teve seu início em **13.05.2004**, mediante o pedido, formulado pelo Ministério Público Federal, a fim de ser dado início ao monitoramento telefônico dos terminais vinculados ao endereço da Av. Marechal Floriano, 228/1403, em Curitiba/PR, sob o argumento de que, neste local, estariam sendo realizadas operações ilícitas envolvendo o “Grupo Sundown de Bicicletas” (fls. 02/08 – **ANEXO 2**).

Em **17.05.2004**, o juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR acolheu a pretensão ministerial, determinando a expedição de ofícios às operadoras de telefonia fixa a fim de que identificassem os terminais telefônicos vinculados ao endereço referido (fl. 30 – **ANEXO 2**).

A partir dessa data, teve início uma investigação criminal que, baseada quase que de forma exclusiva no resultado de monitoramentos telefônicos sucessiva e incondicionalmente renovados judicialmente, resultaram, em **29.06.2006**, na prisão temporária dos pacientes, posteriormente convertida em prisão preventiva, condição esta em que se encontram até a presente data. Nas linhas que seguem, veremos que, durante os **2 anos, 1 mês e 12 dias** em que perdurou a quebra do sigilo telefônico nos autos do PCD nº 2004.70.00.019229-2, posteriormente desdobrado, no PCD nº 2005.70.00.027065-9, o juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR instaurou e renovou, de forma **ilegal e inconstitucional**, o monitoramento telefônico

e telemático de diversas pessoas, sempre com o objetivo de atingir os pacientes. Com base nesses procedimentos de investigação preliminar **nulos** é que foi instaurado, contra eles, o Processo Penal nº 2006.70.00.0019980-7 que, por vício de derivação, também deve ser reputado **nulo ab initio**.

Vimos, no item anterior, que a Lei nº 9.296/96, ao estabelecer os requisitos para a decretação judicial do monitoramento telefônico e telemático, exigiu, dentre outras formalidades, a verificação de “*indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal*” (art. 2º, inc. I), a impossibilidade de a prova “*ser feita por outros meios disponíveis*” (art. 2º, inc. II) e a descrição “*com clareza da situação objeto da investigação*” (art. 2º, p.ú.). A preocupação do legislador **derivado** foi tamanha com a precaução inerente a esse meio de prova que, novamente no art. 4º, referiu, de forma expressa, que o pedido de interceptação contivesse “*a demonstração de que a sua realização é necessária*”. Posteriormente, o art. 5º da mesma lei mencionou, de forma até tautológica, que “*A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade*”, permitindo a renovação da medida pudesse ser autorizada “*uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*”.

A prova colhida nos autos teve seu início viciado já com o pedido do Ministério Público Federal (v. fls. 02/08 – **ANEXO 2**), que não descreveu suficientemente, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.296/96, as razões que levavam à crença de que o monitoramento era realmente necessário. Ao longo das **7 laudas** em que se desenvolve esse pedido, os representantes do *parquet*, a bem da verdade, delimitam **faticamente** o objeto da investigação em apenas **2 laudas** (fls. 02/03 – **ANEXO 2**), sendo, o restante, mera fundamentação jurídica.

O pedido ministerial inicia justificando o objeto da investigação em razão de diligências realizadas pela Receita Federal quanto à constituição fraudulenta de empresas para a prática de diversos crimes, mais especificamente para a persecução penal “*em sede de procedimento especial de fiscalização pela DRF de Paranaguá tendo como objeto as operações de importação da empresa BSD INDUSTRIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA, que estaria funcionando para burlar o fisco, servindo como ‘testa-de-ferro’ do GRUPO SUNDOWN, mais conhecido como GRUPO SUNDOWN BICICLETAS*” (fl. 02 – **ANEXO 2**). Referido relatório elaborado pela **RECEITA FEDERAL** estaria apontando para o fato de o grupo mencionado estar se utilizando, “*ao longo de diversos anos, de empresas de fachada, como a GOLDEN COM. IMP. E EXP. e a SCM COMERCI-*

AL (antiga PROMOPARTY), migrando seus ativos e deixando um passivo fiscal que já alça o patamar de aproximadamente R\$ 160.000.000,00” (fl. 03 – ANEXO 2).

A seguir, os representantes do Ministério Público Federal prosseguem justificando o pedido nos seguintes termos (fl. 03 – ANEXO 2):

“Existem indícios de remessas irregulares de recursos financeiros ao exterior, através de contas de ‘laranjas’, para posterior evasão através de contas ‘CC-5’, bem como indícios de LAVAGEM DE DINHEIRO, uma vez que o COAF identificou inúmeros saques de numerários em espécie, em circunstâncias suspeitas, conforme relatado em outro PCD (ora tombado sob o número 2004.70.00.018358-8).

*Os fatos, **conforme relatório em anexo**, têm íntima relação e são conexos, tratando-se de MEGAORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, com ramificação extensa em diversas empresas, **conforme gráfico em anexo**, elaborado com base em concatenação de informações coligidas da RECEITA, do BACEN e da própria POLÍCIA FEDERAL.*

Destarte, presentes estão os pressupostos da legislação infraconstitucional, dada a gravidade dos crimes investigados, os indícios já apresentados, bem como a imprescindibilidade da medida para se constatar se no referido endereço funciona o núcleo estratégico da ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

Ocorre que, sem mais delongas, algumas das empresas e pessoas físicas envolvidas na LAVAGEM DE DINHEIRO, vêm utilizando o mesmo endereço, sendo certo que tanto a REPLECTA PARTICIPAÇÕES LTDA., a OZYX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA., KANY ADM., bem como outras pessoas físicas se utilizam do mesmo endereço como domicílio fiscal, a saber:

AV. MARECHAL FLORIANO PEIXOTO, 228, CONJUNTO 1403, EDIFÍCIO BANRISUL

Assim, tendo em conta a imprescindibilidade de que sejam identificados junto às operadoras de telefonia (móvel e fixa) todos os números de telefone utilizados e obtidos com base no endereço mencionado. (...)”

Note-se que o pedido formulado, em nenhum momento, preocupa-se em demonstrar que o monitoramento telefônico é necessário à investigação, limitando-se a referir “a imprescindibilidade da medida para se constatar se no referido endereço funciona o núcleo estratégico da ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”. Obviamente que uma norma de natureza constitucional, permeada das rigorosas formalidades antes mencionadas, está a exigir, no mínimo, que o pedido descrevesse o porquê de tal estratégia probatória não poder ser atingida por outros meios de prova. É sabido, contudo, que a nulidade não recai sobre o pedido do Ministério Público Federal, senão sobre os fundamentos da decisão que eventualmente o acolhe e, por isso, torna-se necessária uma análise rigorosa da apreciação judicial da postulação.

Ao analisar o pedido formulado pelo MPF, a autoridade judicial manifestou-se nos seguintes termos (fl. 30 – **ANEXO 2**):

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

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

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

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

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

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

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

São diversos os vícios verificados nessa decretação original do monitoramento telefônico. Primeiramente, revela-se nítida ofensa ao art. 2º, inc. I, da Lei nº 9.296/96, que, ao exigir indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, está, obviamente, vinculado a fundamentação a um suporte probatório legítimo. Desatento à exigência legal, o Ministério Público Federal – acompanhado, nesse sentido, pela autoridade judicial – justificou a existência de indícios da autoria com base num suposto **relatório da Receita Federal**, anexo ao pedido. Tal relatório, devidamente acompanhado de um gráfico, consta nas fls. 09/28 do PCD nº 2004.70.00.019229-2 (**ANEXO 2**), tratando-se de **documento sem timbre, desprovido de qualquer identificação quanto ao titular de sua elaboração e mera cópia não autenticada**. Além desse documento **apócrifo e de autenticidade duvidosa** (imputado à Receita Federal), nada mais fora costado ao primeiro pedido do Ministério Público Federal.

Com base nesse documento é que os representantes do *parquet* vislumbraram a possibilidade de estarem sendo cometidos ilícitos fiscais, evasão, lavagem de dinheiro etc., principalmente porque empresas ‘de fachada’ estariam migrando fraudulentamente seus ativos para outras pessoas jurídicas, deixando o Fisco à mercê de garantias processuais. A obtenção de dados telefônicos relacionados ao endereço referido foi justificada porque tal local vinha sendo referido como domicílio fiscal de algumas empresas que, suspeitava-se, seriam ‘testas-de-ferro’ do Grupo Sundown.

A decisão judicial, de sua vez, ao mesmo tempo em que informa que o MPF “já há algum tempo investiga as atividades do Grupo Trosmann” (fl. 30 – ANEXO 2), contenta-se com um pedido embasado apenas num documento apócrifo, desprovido de qualquer identificação. Certamente que, houvesse mesmo uma investigação anterior sendo efetuada pelo *parquet*, não seria apenas um relatório tal o único meio de prova alcançado. Como razão de decidir, o juízo justificou que “o extenso relatório anexado ao pedido do MPF dá exata notícia da extensão das possíveis fraudes perpetradas pelo grupo, bem como das intrincadas relações entre as diversas empresas que o compõem” (fl. 30 – ANEXO 2), ou seja, tangenciou qualquer indagação quanto à legitimidade do documento que embasava o pedido.

A jurisprudência brasileira entende, a título de argumentação, que inexistente materialidade de um delito de falsidade ideológica no caso em que o documento objeto do *falsum* seja apócrifo. Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL - MOEDA FALSA - FALSIDADE IDEOLÓGICA – FALSA IDENTIDADE - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO.

- Materialidade e a autoria da infração tipificada no artigo 289, parágrafo 1, restou plenamente demonstrada pelos elementos dos autos. A contrafação da moeda, hábil a iludir o homem médio, não pode ser considerada grosseira, e a sua não introdução em circulação é irrelevante para a consumação da figura do parágrafo 1º do sobredito comando.

- Inocorrência do delito de falsidade ideológica, já que a potencialidade danosa do documento apócrifo é inidônea a prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. No mesmo sentido, restou desconfigurada a infringência ao artigo 307, do CP, face à inexistência de dolo específico, impondo-se, pois, nesta parte, a absolvição do acusado.

- A conduta do recorrente, fingindo-se funcionário público, consubstanciou o meio para a prática do delito-fim de porte ilegal de arma, remanescendo, pois, esta última infração, que absolveu a primeira.

- *A reprimenda, em razão da absolvição do crime definido no artigo 297, do CP, é fixada em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, para o delito capitulado no artigo 289, parágrafo 1º; e de 40 (quarenta) dias de prisão simples, mais 180 (cento e oitenta) dias-multa pelo valor mínimo legal, face a contravenção do artigo 19 da lei n. 3.688/41.*

[TRF da 3ª Região, AC 90030143382, 1ª Turma, rel. Des. Fed. Jorge Luiz Scartezzi-
ni, j. em 30.04.1991, DJU de 03.06.1991, p. 99].

Ora, se nem mesmo um delito de falsidade ideológica pode estar configurado a partir de um documento apócrifo, o que se dizer, então, de uma prova dessa natureza gerar o início de um monitoramento telefônico?!

Acerca do valor probatório de documento apócrifo, o próprio Superior Tribunal de Justiça, recentemente, deixou de homologar sentença estrangeira sob o argumento, dentre outros, de a impossibilidade de identificação das partes caracterizar óbice ao reconhecimento do valor probante do documento:

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO.

1. A homologação da Sentença Estrangeira pressupõe a obediência ao contraditório consubstanciado na convocação inequívoca realizada alibres. In casu, o processo correu à revelia, e não há prova inequívoca, restando cediço na Corte que a citação por rogatória deve deixar estreme de dúvidas que a comunicação chegou ao seu destino. Sob esse ângulo, assiste razão ao curador quando sustenta: "O que fulmina a pretensão homologatória é a ausência de demonstração inequívoca da regularidade da citação da requerida ou de seus representantes legais para, eventualmente, contestarem a ação na Corte Distrital de Connecticut, nos Estados Unidos da América. Cuida-se de requisito indispensável à homologação terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia (art. 5º - II da Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005, que dispõe, em caráter transitório, sobre a competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004) Tratando-se de sentença estrangeira, é necessário – salvo comparecimento voluntário e conseqüente aceitação do juízo estrangeiro- que a citação do requerido, residente no Brasil, seja feita por meio de carta rogatória após concessão do exequatur pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça (art. 105 - I - i da CF/88). Nesse sentido, copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes do advento da Emenda Constitucional Nº 45/2004 (v., entre inúmeras, SEC 3.495, SEC 6.122, SEC 6.304). Na mesma linha, orientação que se firma no Superior Tribunal de Justiça (v. SEC 295, relator Ministro José Delgado; SEC 841, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca; e SEC 861, relator Ministro Ari Pargendler). Assim, a circunstância de a sentença dar notícia de .que a requerida "tendo falhado em comparecer, foram inadimplidos, e o Autor foi plenamente ouvido" (fl. 43), ou "não compareceram, foram inadimplentes e a Autora foi ouvida" (fl. 65), ou "não tendo comparecido, foram julgadas à revelia, e a Autora foi plenamente ouvida" (fl. 292) não demonstra, de modo necessário e manifesto, sua regular citação. O fato de ter tramitado à revelia não induz a crer, como pretende a requerente (item 8, fls. 224 e 309), que a requerida foi regularmente citada. Sobre isso, não estimamos correto mero exercício de retórica [... logrou a

REQUERENTE fazer chegar a respectiva intimação às mãos da sócia da REQUERIDA, Sra. Alice Navarro Santos." (fl. 185) ou, ainda, "Resta comprovado, portanto, que a REQUERIDA, na pessoa de sua representante, ficou ciente do pedido de confirmação da sentença arbitral perante a Corte Americana..." (fl. 185)]. Era imperioso demonstrar que a citação para o processo judicial estadunidense se fez no Brasil mediante carta rogatória. Isso não ocorreu. Desse modo, a sentença proferida em novembro de 1997 pelo Foro Distrital dos Estados Unidos da América do Distrito de Connecticut (fls. 68/72; tradução, fls. 65/67) não deve ser homologada."

2. Destarte, a confirmação da eminente Relatora quanto à não-comunicação é inconteste, posto ter afirmado que: "A sentença arbitral de 28 de fevereiro de 1998 foi confirmada em 17 de novembro do mesmo ano pelo Tribunal Distrital dos Estados Unidos da América, Distrito de Connecticut, cumprindo-se assim uma exigência anterior à Lei de Arbitragem, não mais necessária, embora não prejudique o teor da providência a chancela de legalidade outorgada pela Justiça americana, com o chamamento da parte ré, ora requerida, que não respondeu ao chamado, como registra a sentença judicial. Conseqüentemente, não há como se imputar ao processo vício de nulidade por falta de citação, porque não foi possível localizar os sócios da empresa, senão um deles, por ocasião da homologação judicial."

3. É cediço que o trânsito em julgado da sentença alienígena não pode, no Brasil, ter maior força que a sentença nacional trânsita, sendo certo que no nosso ordenamento, a ausência de citação contamina todo o processo de cognição, ainda que vício aferível, apenas, quando da execução (art. 741 do CPC).

4. **Deveras, no que pertine à sentença arbitral em si, objeto da homologação, em sendo o texto apresentado à chancela homologatória apócrifo (fls. 5/8), sobressai impossível a identificação de quem concordou, em nome da requerida, com os termos de conciliação (fls. 7/8; tradução fls. 11/12) da "sentença de consentimento" dos árbitros (fls. 5/6; tradução fls. 9/11) (...)**

[STJ, SEC nº 833, Proc. nº 200500322125, Corte Especial, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 16/08/2006, DJU de 30/10/2006, p. 209].

Se tal solução preponderou em relação à matéria cível, com muito mais razão também deverá prevalecer em se tratando de matéria penal.

Mas não é só. O documento, além de apócrifo, também caracteriza cópia sem timbre e **não-autenticada**. Quanto a isso, a doutrina e a jurisprudência brasileiras são unânimes em reconhecer que **cópias de documentos também não podem ser objeto do crime de falsidade documental**. Nesse sentido, ressalta CELSO DELMANTO que "as fotocópias ou xerox não autenticados não podem ser considerados documentos para fins penais" (Código Penal Anotado. 5 ed. Rio : Renovar, 2000, p. 526). No mesmo sentido, manifesta-se LUIZ RÉGIS PRADO, citando jurisprudência (Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo : RT, 2001, vol. 4, p. 190). Esta é, por fim, a orientação do STF, do STJ e também do TRF da 4ª Região:

“FALTA DE JUSTA CAUSA. CRIME DE FALSIDADE DOCUMENTAL. FOTOCÓPLA NÃO AUTENTICADA DE CARTEIRA DE IDENTIDADE. *A par de caracterizada a inidoneidade do suposto documento para ilaquear a fé pública, dada a grosseira da falsificação da carteira de identidade, a circunstância de tratar-se de reprodução não autenticada, não contemplada no ordenamento jurídico, como documento, denota a impossibilidade de ser objeto de crime de falsidade documental. Hábeas Corpus concedido*” [STF, in RT, 588/436]

“ATIPLICIDADE. *Para efeitos penais preceituados pelo art. 304 c.c. o art. 297, do Código Penal, não constituem documentos as fotocópias não autenticadas ou conferidas. Precedentes*” [RST], 43/357].

RSE. DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA. FALSIDADE DOCUMENTAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. CONTRAFACÇÃO GROSSEIRA. DOCUMENTO SUJEITO A CONTROLE. POTENCIALIDADE LESIVA. FOTOCÓPLA SEM AUTENTICAÇÃO. ATIPLICIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

1. *A falsidade documental não se caracteriza no caso de contrafacção grosseira, inapta a iludir, ainda mais quando se trata de documento sujeito a controle, sendo de pronto percebida. 2. O documento falso deve ser capaz de causar prejuízo, não sendo imprescindível o dano efetivo, mas ao menos o potencial.*

3. *A reprodução fotográfica sem autenticação não é considerada documento, sendo o seu uso, portanto, atípico.*

4. *Ausentes os requisitos para a configuração do "falsum", inexistente crime de uso, mesmo que em tese, a ser punido.*

[TRF da 4ª região, Processo n. 9604369482/PR, 1ª Turma, rel. Juiz Gilson Dipp, j. em 11/03/1997, DJ de 09/04/1997, p. 21870 – sem o grifo].

Conseqüentemente, afora a circunstância de um documento apócrifo não gozar de credibilidade e do fato de uma cópia não caracterizar documento para fins penais, eventual falsidade ideológica do suposto relatório da Receita Federal acostado ao pedido do MPF não poderia sujeitar-se a qualquer controle de legalidade. Quem responderia criminalmente se o início da investigação tivesse ocorrido com base em informação inverídica? Disso resulta a evidente conclusão no sentido de que, desde o início, **o juízo deveria ter primado pela restritividade das exigências constitucionais estabelecidas na Lei nº 9.296/96**, na medida em que os indícios razoáveis da autoria, referidos no art. 2º, inc. I, não se encontravam demonstrados por meio de prova **legítima**.

Os vícios da primeira decisão de monitoramento, contudo, não se encerram por aqui. Vimos que o art. 2º, inc. II, da Lei nº 9.296/96 exige que o monitoramento esteja justifica-

do paralelamente à **impossibilidade de a prova ser obtida por outros meios**. Trata-se, obviamente, de exigência formal que não se contenta com a mera transcrição do disposto no inc. II no despacho que decreta o monitoramento. De outro lado, eventual gravidade, em abstrato, de delitos investigados também não é razão suficiente para justificar a impossibilidade de a prova ser obtida por outros meios, pois, do contrário, todo crime de homicídio contaria, desde já, com uma investigação criminal amparada por monitoramento telefônico. A excepcionalidade deste meio de prova fora ressaltada, na doutrina portuguesa, por MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *verbis*:

*“Como meio de obtenção de prova, a escuta deve, também, cingir-se ao estritamente necessário ou exigível probatório e não a uma desmensurada fruição. Pressuposto extraído do enquadramento sistemático das escutas telefônicas. O legislador consagrou as escutas telefônicas **em último lugar dos meios de obtenção da prova – colocando em primeiro lugar os exames, depois as revistas e as buscas, seguidamente as apreensões e, por último, as escutas telefônicas**. Deste, mais grave, só o agente infiltrado, cujo regime o legislador consagrou em diploma autónomo”*

(GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Escutas Telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18).

Da leitura da decisão de fls. 30-31 (**ANEXO 2**) deduz-se que a autoridade judicial não se preocupou, sequer em termos abstratos, em justificar a **indispensabilidade** do meio de prova. Ao contrário, limitou-se a fundamentar – de maneira insuficiente, frise-se – a existência de indícios de delitos, **sem, entretanto, tecer uma linha quanto à possibilidade de a investigação ser feita por outros meios**. A *ratio* do inc. II é evidente: evitar que um meio de prova tão invasivo à liberdade individual seja precipitadamente utilizado em todo e qualquer caso, vulgarizando e banalizando o monitoramento telefônico. Não é por outra razão que, em nosso País, vivemos uma espécie de ‘farra-do-grampo-telefônico’...

Nem se afirme, como contra-argumentação, que eventuais provas colhidas posteriormente tenham demonstrado que a medida seria, *ab initio*, legítima. Com efeito, a validade da primeira decisão que decretou o monitoramento telefônico deve ser apreciada segundo as condições processuais da época do despacho (*tempus regit actum*), não se podendo utilizar acervo probatório posteriormente obtido como justificativa **retroativa** para a legitimidade de uma decisão que, na data em que proferida, não era legítima. O caso trata de uma ofensa a norma constitucional (art. 5º, inc. II, da CF/88, regulamentado pelo art. 2º, incs. I e II, da Lei nº

9.296/96) que, como tal, enseja o reconhecimento de uma **nulidade absoluta**, que não se convalida e não preclui. De mais a mais, a validade de uma decisão não pode se sujeitar a **condição resolutiva**.

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

II.3. NULIDADE DO MONITORAMENTO TELEFÔNICO SUCESSIVAMENTE RENOVADO: AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO JURIDICAMENTE VÁLIDA ACERCA DA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA AUTORIA EM INFRAÇÃO PENAL E DA INDISPENSABILIDADE DO MEIO DE PROVA. OFENSA AOS ARTS. 2º E 5º DA LEI Nº 9.296/96, AO ART. 5º, INC. XII E AO ART. 93, INC. IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

As nulidades descritas no item anterior persistiram também nas decisões judiciais de prorrogação dos monitoramentos já instaurados, assim como nas decisões que autorizaram o grampo em novos terminais. Iremos demonstrar, nas linhas que seguem, que tal vício pode ser dividido em dois momentos distintos: **(a)** o primeiro, nas renovações verificadas entre 17.05.2004 e 20.10.2004, que foram sucessivamente decretadas sem que surgisse qualquer indício delitivo e **(b)** o segundo, nas renovações ocorridas entre 20.10.2004 e 30.06.2006, que foram sucessivamente decretadas à míngua de qualquer fundamentação substancial acerca da indispensabilidade da medida.

A opção por uma divisão nesses termos deve-se ao fato de, **no primeiro período**, o monitoramento telefônico ter sido peremptoriamente renovado mesmo diante de informações da autoridade policial colocando em dúvida a pertinência da continuidade da investigação, o que afasta a existência dos requisitos dos *indícios delitivos* e da *indispensabilidade da medida*. Já o monitoramento telefônico ocorrido **no segundo período**, ainda que possa ter resultado (*ad argumentandum tantum*), na visão da autoridade judicial *a quo*, no surgimento de indícios de delitos, também fora indiscriminadamente renovado por meio de decisões abstratas e desprovidas

de conteúdo válido segundo os requisitos exigidos pelo art. 5º da Lei nº 9.296/96, ou seja, ausente a justificativa quando à *indispensabilidade da medida*.

II.3.1. NULIDADE DAS RENOVAÇÕES DECRETADAS ENTRE 17.05.2004 E 20.10.2004

Entre **17.05.2004** (data da primeira decisão decretando o monitoramento telefônico) e **20.10.2004** (decisão judicial da fl. 291 – **ANEXO 2**) – **ou seja, ao longo de mais de 5 meses** -, o monitoramento telefônico fora sucessivamente renovado sem que qualquer indício de prática delitiva tenha surgido, **ao ponto de a própria Polícia Federal, em alguns relatórios, ter colocado em dúvida a necessidade de o grampo ter continuidade**. Somente na decisão de **20.10.2004** (fl. 291 – **ANEXO 2**) é que a autoridade judicial aventou um primeiro fato resultante do grampo, sobre o qual recaiu a dúvida de sua licitude (qual seja, o suposto “superfaturamento” de uma embarcação adquirida pelo paciente ROLANDO). Desse momento em diante, inúmeras outras decisões foram autorizando a renovação do monitoramento com base em supostos indícios delitivos decorrentes dos diálogos. Assim, a substância da tese que iremos discorrer diz respeito à **nulidade dos primeiros 5 meses da renovação do monitoramento telefônico, sem que as decisões tenham justificado a existência de indícios razoáveis da autoria e a indispensabilidade da medida**.

Em **02.07.2004**, o MPF formulou pedido de aditamento (fls. 48/54 – **ANEXO 2**), para o fim de ser incluído também o monitoramento telemático de mensagens relacionadas ao endereço da Av. Marechal Floriano, 228/1403, assim como de dois terminais telefônicos identificados em nome de VALMOR FELIPETTO (41-222-1249 e 41-233-2447), de ROLANDO ROZENBLUM (41-243-0303 e 41-243-8586) e da empresa INTERCOMMERCE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA (41-243-8536). O pedido foi justificado com base em informação fiscal, **agora efetivamente identificada**, oriunda da Receita Federal (fls. 55/59 – **ANEXO 2**) e em ofícios do COAF (fls. 67-73 - **ANEXO 2**). A pretensão foi acolhida judicialmente em 05.07.2004 (fls. 99-101 – **ANEXO 2**), justificada nos seguintes termos:

“3. Em relação ao pleito de interceptação telefônica, nota-se que a pretensão tem amparo legal (Lei 9.296/96), eis que: a) os informes já acostados aos autos nº 2004.70.00.018358-8, somados aos reportes trazidos pelo presente pedido, dão conta de fortes indícios de autoria da existência dos delitos que se procura apurar; b) o complemento da prova material até então carreada não pode-

ria ser obtido por outros meios disponíveis, visto que, como se pode denotar, revela o próprio modus operandi da suposta quadrilha formada; c) finalmente, todos os fatos objeto de investigação (crimes contra o sistema financeiro, contra a administração pública e de lavagem e ocultação de bens e valores) constituem, em tese, infrações penais puníveis com pena de reclusão.

O pleito, do mesmo modo, encontra amparo no ordenamento constitucional vigente porquanto, diante do princípio da proporcionalidade, a inviolabilidade do sigilo telefônico cede espaço para um interesse maior a sociedade, qual seja, a obtenção dos elementos que viabilizem a apuração dos graves fatos ora tidos como delituosos. A medida pretendida, por outro lado, revela-se absolutamente necessária para as investigações. Finalmente, não é excessivo ressaltar que a postulação deixa de macular ao direito à intimidade, consagrado no art. 50 da Constituição Federal, na medida em que não se trata este de direito absoluto, e pacífico perante doutrina e jurisprudência de nossos Tribunais, a aplicação do método hermenêutico lógico-sistemático há sempre de preponderar quando se trate de interpretar, incluso normas e valores constitucionais."

Também aqui nota-se a ausência absoluta de fundamentação juridicamente válida da decisão judicial, pois (a) baseia-se na decisão anterior, que, de sua vez, além de viciada, está justificada em documento apócrifo e não autenticado e (b) a mera referência à indispensabilidade da medida com base na circunstância de que a *“prova material até então carreada não poderia ser obtida por outros meios disponíveis, visto que, como se pode denotar, revela o próprio modus operandi da suposta quadrilha formada”* é insuficiente, porque não se baseia em fatos concretos embasando a medida extrema.

O primeiro relatório de monitoramento telefônico veio a ser juntado aos autos em **agosto de 2004** (fls. 144/150 – **ANEXO 2**), com pedido de prorrogação do grampo nos terminais 41-2221249, 2332447, 2430303, 2438586 e 2438536. Dos resumos das ligações formulados pela Polícia Federal, há apenas uma supostamente suspeita, de NOEMI ROZENBLUM para LAURY. Uma leitura atenta do diálogo resumido à fl. 148 daqueles autos (**ANEXO 2**), entretanto, irá demonstrar que na conversa inexistente qualquer trecho apontando para indício de prática de qualquer delito.

Desse momento em diante, seguiram-se inúmeras renovações/determinações de monitoramentos telefônicos que padecem dos mesmos vícios de fundamentação já ressaltados, principalmente porque não realizaram a devida apreciação dos requisitos elencados na Lei nº 9.296/96, além do que remeteram a justificativa judicial para o teor dos despachos das fls. 30-31 e 99-101, que já padeciam de nulidade originária. Importante lembrar, antes de mais nada, que na expressão *“indispensabilidade do meio de prova”*, descrita na parte final do art. 5º da Lei nº

9.296/96, deve-se compreender não só a **necessidade** da prorrogação, ante a plausibilidade indiciária de delitos resultante do monitoramento iniciado, senão também a confirmação dos **indícios razoáveis da autoria delitiva** e a **impossibilidade de a prova ser obtida por outros meios**, exigidas pelo art. 2º da Lei nº 9.296/96. Ou seja: a renovação do grampo sujeita-se não só a todos os requisitos exigidos para o início do monitoramento, além de outro: a **necessidade** comprovada da continuidade da diligência.

E mais: o monitoramento telefônico iniciou-se em terminais telefônicos que, logo de início, segundo constam nos próprios relatórios da Polícia Federal, **diziam respeito a um escritório de advocacia**. Obviamente que não se ignora a possibilidade de o monitoramento telefônico de advogados ser implementado mediante ordem judicial, principalmente nos casos em que a sua atuação vai além dos seus estritos limites profissionais e envereda pela ilicitude. Para justificar a verificação dessa circunstância, a autoridade judicial justificou que muitas empresas tinham os seus endereços registrados no local do escritório de advocacia, ignorando, contudo, que uma prática tal, além de lícita, é muito comum em se tratando de advocacia empresarial. Ademais, revela-se o excesso na renovação da medida porque as diligências não apontavam para qualquer indício de prática delitiva no referido escritório, ao mesmo tempo em que sucessivas renovações, à margem de qualquer fundamentação, vinham ocorrendo. **O princípio que deveria ter sido adotado é o inverso: em se tratando de monitoramento telefônico de atividades profissionais sigilosas (e a advocacia tem essa natureza), o rigor na decretação do monitoramento telefônico é ainda maior. Por que, então, prolongou-se a escuta durante 5 meses, num escritório de advocacia, sem que, nesse interregno, surgisse qualquer dado concreto apontando para a existência de indícios delitivos?**

Para uma melhor compreensão desses excessos como um todo, iremos isolar a dinâmica das renovações que permearam o interregno de **maio a outubro de 2004** no quadro abaixo, com os devidos comentários individualizados para a escorreita demonstração da ausência de fundamentação quanto aos requisitos legalmente estabelecidos (os grifos são nossos):

DECISÃO JUDICIAL DECRETANDO/RENOVANDO O MONITORAMENTO TELEFÔNICO	COMENTÁRIOS DOS IMPETRANTES
06.08.2004 (fl. 156): <i>“Em vista da exiguidade de tempo e <u>considerando a aparente pertinência dos diálogos até o momen-</u></i>	Ao mesmo tempo em que o art. 5º da Lei nº 9.296/96 exige, como condição à renovação do monitoramento, a comprovação da <i>“indispensabilidade do</i>

<p><u>to interceptados</u>, defiro a prorrogação da interceptação por mais 15 dias dos terminais 41 222-1249, 41 233-2447, 41 2430303, 41 243-8586 e 243-8536.</p> <p>Oficie-se à Brasil Telecom, encaminhando em seguida o ofício à autoridade policial mencionada no final da fl. 144.</p> <p>Quando à interceptação de novos números ou novas diligências, entende este Juízo que o MPF deverá previamente certificar-se, junto com a autoridade policial, acerca da possibilidade de realização da diligência neste momento, tendo em vista o grande número de diligências similares e o comprometimento, por motivos conhecidos, do efetivo policial de Curitiba nas próximas semanas. Assim, após a expedição de ofício, vistas à Força Tarefa CC5 do MPF.”</p>	<p>meio de prova”, a autoridade judicial determinou a medida fundamentando-a, tão-somente, na “<i>aparente pertinência dos diálogos monitorados até o momento</i>”, revelando-se nítido descumprimento das exigências legais.</p> <p>Obviamente que uma “<i>aparente pertinência</i>” deveria estar amparada em dados concretos capazes de confirmá-la, sendo que isso jamais fora cogitado pela autoridade judicial.</p>
<p>09.08.2004 (fls. 159-160)</p> <p>“Considerando as <u>razões já expostas nas fls. 30-31 e 99-101</u>, bem como a reunião havida ontem com o MPF e com representantes da Polícia Federal acerca das possibilidades operacionais da diligência ora requerida, decreto a interceptação, com gravação, das comunicações telefônicas efetuadas para e a partir dos telefones 41 357-5794, 41 323-5665, 41 2329473, 41 323-2024, 41 242-7493, todos da Brasil Telecom, e 41 9911-1500 da TIM, terminais estes titularizados pelos investigados Rolando Rozenblum e Valmor Filippetto. Prazo de 15 dias.</p> <p>Se no decorrer das investigações e mesmo antes do prazo de 15 dias for constatado que a diligência em relação a algum dos terminais não é e não será proveitosa, poderão as autoridades encarregadas da diligência desde logo requerer autorização a este Juízo para interrompê-la. (...)”</p>	<p>Esta decisão diz respeito ao monitoramento telefônico originariamente decretado em relação aos terminais ali referidos. Note-se que em nenhum momento há fundamentação substancialmente válida para justificar a impossibilidade de a prova ser obtida por outros meios (art. 2º, II, da Lei nº 9.296/96), o objeto da investigação (art. 2º, p.ú., da Lei nº 9.296/96) e a indispensabilidade do meio de prova (art. 5º da Lei nº 9.296/96).</p> <p>De outro lado, a referência às razões expostas nas fls. 30-31 e 99-101 é insuficiente, pois (a) também aquelas decisões padeciam de vício de fundamentação, consoante demonstrado acima e (b) diziam respeito a contextos fáticos anteriores das renovações.</p>
<p>25.08.2004 (fl. 174)</p> <p>“Considerando os problemas técnicos havidos com o sistema de captação do áudio e que dificultou a diligência, é o caso de prorrogá-la por mais 15 dias. Por outro lado, impõe-se a ampliação da escuta, a fim de permitir a captação do áudio do terminal 41 243-8586. Isso tudo com base nos motivos já expostos nas fls. 30-31 e 99-101. (...)”</p>	<p>A decisão novamente autoriza a renovação sem justificar a sua imprescindibilidade. Além disso, decreta originalmente o monitoramento telefônico do terminal 41-243-8586 apenas fazendo referência, novamente, às razões expostas nas fls. 30-31 e 99-101, viciadas em sua origem.</p>
<p>03.09.2004 (fl. 198)</p> <p>“Ofício de fl. 185 da autoridade policial solicitando a prorrogação em relação aos terminais ali declinados e autorização para interrupção dos trabalhos em relação aos terminais (41) 242-7493 e 41 243-0303.</p> <p>Aparentemente há um problema na diligência consistente no excessivo número de terminais e os poucos agentes designados para ela (fl. 186).</p> <p>Entende este Juízo que a solução passa por uma definição de terminais que possam se mostrar relevantes.</p> <p>De todo modo, como <u>os diálogos sugerem a prática de operações que constituem o objeto da investigação</u> e que de todo modo a completa análise está dificultada pelo problema acima, defiro os requerimentos da autoridade policial quanto à prorrogação por mais 15 dias da interceptação quanto aos terminais declinados nas fls. 183 e 185, bem</p>	<p>Ao autorizar a renovação, o despacho refere que “<i>os diálogos sugerem a prática de operações que constituem o objeto da investigação</i>”, sem, entretanto, referir no que se baseia uma tal presunção. Uma breve leitura do relatório da Polícia Federal (fls. 185-194), em que se baseia a decisão, irá demonstrar que os diálogos são absolutamente vagos e não indicam, sequer presumem, qualquer tipo de ilícito.</p> <p>O mesmo vício, ademais, incide na absoluta ausência de qualquer dado concreto evidenciando a “<i>indispensabilidade</i>” do meio de prova.</p>

<p>como quanto à interrupção da diligência quanto aos terminais (41) 242-7493 e 41 243-0303. (...)"</p>	
<p>15.09.2004 (fl. 228) <i>"Em vista dos indícios de ilícito relatados nas fls. 30-31 e 99-101, e das razões das autoridades policiais quanto aos pedidos de prorrogação, sendo de se observar que os diálogos captados são pertinentes ao objeto da investigação e que outros podem sugerir a prática de ilícitos, defiro, na esteira do já determinado nas fls. 176 e 195, a prorrogação da interceptação em relação aos terminais de n. 41 243-8836, 41 243-8586, 41 243-8178, 41-243-2019 (fl. 218) e do terminal 41 9911-1500 (fl. 221).</i> (...)"</p>	<p>Trata-se nitidamente de "despacho-padrão", a rigor aplicável a toda e qualquer investigação, principalmente porque não lança mão de dados concretos evidenciando a "imprescindibilidade" da medida. De nada vale reportar-se às decisões das fls. 30-31 e 99-101, pois estas, como vimos, também encontram-se viciadas, além de dizerem respeito a um contexto fático pretérito.</p> <p>O mais grave, contudo, deve-se ao fato de a decisão basear-se no relatório da Polícia Federal (fls. 219-223) para justificar a plausibilidade da medida, sendo que este, à fl. 219, é expresso em referir que, até o momento, aquele órgão não havia detectado nada de irregular: <i>"Verificamos que, os diálogos captados são, em sua grande maioria, referentes aos trâmites de desembaraço aduaneiro e questões de ordem legal quanto a legislação que trata da importação e exportação. Diante do fato, esta equipe vem encontrando dificuldades em discernir se há práticas de ilícitos por trás das conversas captadas, vez que não dispõe dos conhecimentos necessários para tal"</i> (grifamos). Revela-se, pois, o paradoxo da decisão em ressaltar que as razões elencadas pela PF justifiquem a prorrogação ao mesmo tempo em que a própria PF era expressa em afirmar não ter sido detectado, até aquele momento, qualquer indício delitivo.</p>
<p>04.10.2004 (fl. 260) <i>"Em vista das decisões anteriores quanto à interceptação e considerando que os áudios captados sugerem a prática de ilícitos ou pelo menos recomendam a continuidade das interceptações (fls. 229-239), defiro o requerido, determinando a prorrogação da interceptação telefônica do terminal 41 9911-1500 e dos terminais 41 233-2447, 41 222-1249, 41 243-8536, 232-9473, 41 357-5794, 41 323-5665 e 41-323-2024, a serem contados a partir da presente data.</i> <i>Autorizo ainda o encerramento dos trabalhos em relação aos terminais 243-8836, 243-8405, 243-8586, 243-8178 e 243-2019 (fl. 241).</i> (...)"</p>	<p>O vício da 'circularidade' persiste no despacho referido, pois se baseia em decisões anteriores que, de sua vez, não apontam qualquer dado relevante surgido na investigação.</p> <p>Além disso, uma leitura atenta dos relatórios da PF, acostados às fls. 229-242, irá demonstrar que aquele órgão, até aquele momento, não havia detectado qualquer irregularidade no conteúdo das conversas. Veja-se, por exemplo, que o terminal 41-357-5794, fora descrito pela PF como <i>"terminal instalado na residência de Walmor Felipetto, não houve nenhuma ligação relevante, visto que o referido telefone é utilizado para tratar de assuntos particulares"</i> (fl. 230).</p> <p>O mais grave, contudo, é que o principal 'alvo' da investigação, o paciente ROLANDO ROZENBLUM, estaria utilizando o terminal 41-9911-1500, sendo que a relevância da continuidade do monitoramento até então realizado fora colocada em dúvida até mesmo a própria autoridade policial. Veja-se a seguinte passagem (fl. 239): <i>"Uma vez que o terminal 41-9911-1500 pertence a um dos principais elementos investigados dentro do Processo em pauta, sugerimos a Vossa Senhoria solicitar ao juízo competente a prorrogação do Alvará de monitoramento, visando</i></p>

	<p><u>aumentar o período de avaliação deste celular, no que diz respeito à sua relevância, ou não, ao objeto desta investigação.</u>” (grifamos). É dizer: nem mesmo a PF havia detectado qualquer indício em desfavor do paciente.</p>
<p>05.10.2004 (fls. 273-274)</p> <p><i>“Em vista do pedido da autoridade policial, autorizo a interrupção da interceptação dos terminais 41 357-5794, 41 232-9473, 41 323-2024 e 41 323-5665. Oficie-se à concessionária, solicitando que a entrega seja feita pela autoridade policial.</i></p> <p><i>Quanto à prorrogação dos demais, já houve decisão nesse sentido na fl. 260.</i></p> <p><i>Em vista do pedido do MPF, determino a interrupção da interceptação das comunicações eletrônicas através do e-mail (...) (fl. 159). Oficie-se nesse sentido diretamente ao provedor.</i></p> <p><i>Com base no já exposto nas fls. 30-31 e 99-101 e considerando os indícios de crimes informados na representação do COAF/BACEN, especialmente fls. 68-69, e relatório de fls. 09-26, decreto, por 15 dias, a interceptação de mensagens enviadas para e através dos endereços de e-mail utilizados por Jerry Sasson (...), Noemi Elpern Rozenblum (...), Cláudio Rosa Júnior (...), Sergio Voltolini (...) e Wilson Luiz Cunha Rodrigues (...).”</i></p>	<p>No dia seguinte ao do despacho anterior, a autoridade judicial determina a interrupção do monitoramento de alguns terminais, assim como a prorrogação de outros. De relevante destaque, entretanto, o início do monitoramento de e-mails novamente com base nas decisões de fls. 30-31 e 99-101 – também viciadas – e na representação do COAF, que não possui qualquer relação com a maioria das pessoas que tiveram seus endereços eletrônicos monitorados.</p> <p>Especificamente em relação aos terminais 41-222-1249, 41-233-2447 e 41-243-8536, cujo monitoramento fora prorrogado e mantido nesta decisão, é importante destacar que os próprios agentes da PF, responsáveis pelo acompanhamento das diligências, continuavam ressaltando a ausência de dados relevantes, remetendo a ponderação à autoridade judicial. Nesse sentido: <i>“Quanto aos terminais 41-222-1249, 41-233-2447 e 41-243-8536 pertencentes ao Escritório de Advocacia Laury & Telma e a residência de Noemi Rosemblum, os principais elementos investigados dentro do Processo em pauta, sugerimos a Vossa Senhoria solicitar ao juízo competente a prorrogação do Alvará de monitoramento, visando aumentar o período de avaliação deste celular, no que diz respeito à sua relevância, ou não, ao objeto desta investigação.”</i> (grifamos)</p>
<p>20.10.2004 (fl. 291)</p> <p><i>“Em vista do conteúdo do relatório de interceptação que contém indicativos de prática de ilícitos, <u>sendo oportuno destacar possível subfaturamento de importação de embarcação,</u> e com base nas decisões anteriores quanto à motivação da interceptação, defiro a continuidade da diligência por mais 15 dias, ou seja a prorrogação da interceptação dos terminais 41 222-1249, 41 233-2447, 41 243-8536 e 9911-1500. Para evitar problemas como os mencionados nas fls. 280-282, as concessionárias deverão providenciar o necessário para a identificação pela Polícia Federal das chamadas recebidas pelos terminais interceptados das chamadas através deles efetuadas, providenciando serviço de bina ou outro meio.</i></p> <p><i>Em vista do requerido nas fls. 281-283, decreto a quebra do sigilo de dados sobre os terminais telefônicos ali relacionados que se encontram ou se encontravam entre os interceptados. (...).”</i></p>	

Somente no despacho de 20.10, transcrito acima, é que surge a primeira referência a um **fato concreto** supostamente tido como ilícito. O mérito dessa ilicitude não está, neste *writ*,

em jogo, pois é objeto de contraditório na ação de conhecimento. A análise deste despacho é importante, contudo, para demonstrar que, ao longo dos **5 meses** verificados entre a primeira decisão de monitoramento e a referida acima, o grampo fora sucessivamente renovado sem qualquer cuidado e mesmo contra as impressões da própria autoridade policial, que até mesmo questionava a relevância da continuidade da medida.

De nada vale afirmar que, a partir de **novembro de 2004**, começaram a surgir novos indícios delitivos revelados no monitoramento (cujas plausibilidades estão sendo questionadas nas instâncias ordinárias, frise-se), pois o vício ocorrido nos primeiros **5 meses contamina a validade das renovações sucessivas** (consoante veremos no item III, *infra*) e, inclusive, do próprio PCD n° 2005.70.00.027065-9 (OPERAÇÃO *OAVESSO*), desdobrado do PCD n° 2004.70.00.019229-2 (OPERAÇÃO *OCCASU*) para isolar a investigação relacionada aos Auditores Fiscais da Receita Federal.

Assim, mesmo que posteriormente algumas provas tenham surgido ao ponto de satisfazer a exigência do art. 2º, inc. I, da Lei n° 9.296/96 (*ad argumentandum*), a verdade é que uma superveniência fática nesses termos não pode retroagir seus efeitos para o fim de validar decisões judiciais originalmente nulas. A prosperar um raciocínio nesses termos, a validade de uma decisão, mesmo no caso de nulidades absolutas (como é a hipótese dos autos), estaria sujeita a **condição resolutiva**.

E mais: mesmo o fato de terem surgido indícios de delitos (*ad argumentandum*) a partir de **novembro de 2004**, não autorizaria, por si só, as demais renovações, que estão a exigir não somente o requisito do inc. I do art. 2º da Lei n° 9.296/96, senão também as demais exigências contidas no art. 2º, além da descrita na parte final do art. 5º. As renovações somente poderiam ser reputadas válidas se a autoridade judicial, além de justificar o surgimento de indícios delitivos ocorridos a partir de **novembro de 2004**, tivesse também justificado o porquê da **indispensabilidade** do monitoramento, ou seja, por que a investigação não poderia ser obtida por outros meios além dos já iniciados? Ausente tal precaução, revela-se a nulidade de todo o procedimento, **por derivação** (v. item III, *infra*), em razão da ofensa ao art. 93, inc. IX, e art. 5º, inc. XII, ambos da Constituição Federal, assim como da regulamentação dada pelos arts. 2º e 5º da Lei n° 9.296/96.

II.3.2. NULIDADE DAS RENOVAÇÕES DECRETADAS ENTRE 20.10.2004 E 30.06.2006

Ainda que se possa afirmar (*ad argumentandum*) que, a contar de 20.10.2004, o monitoramento telefônico começou a apontar para a ocorrência de algum tipo de ilícito – primeiramente, em relação à suposta importação da embarcação já referida -, a verdade é que tal circunstância não bastaria, por si só, para legitimar a continuidade do grampo. Com efeito, também as renovações devem estar justificadas com base nos requisitos do art. 2º e do art. 5º, em especial, a **indispensabilidade** da medida. Veremos, nas linhas abaixo, que a grande maioria das decisões judiciais neste sentido não passaram de um mero ato de retórica, aplicáveis, a rigor, a todo e qualquer pedido de monitoramento telefônico em qualquer outro caso concreto.

Para ilustrar a tese, iremos transcrever, nas linhas que seguem, todas essas decisões, proferidas ao longo dos dois anos, exaradas no PCD nº 2004.70.00.019229-2 (**ANEXO 2**) e que padecem do vício referido:

DATA	CONTEÚDO DA DECISÃO
21.10.2004	<i>Na esteira do decidido nas fls. 273-274, decreto a interceptação, por 15 dias, de mensagens enviadas para a através dos endereços de e-mail utilizados por Rolando Rozenblum... (fl. 302 – ANEXO 2)</i>
03.11.2004	<i>Considerando o relatório da interceptação, constata-se a continuidade da captação de diálogos com indícios de fatos criminosos (exemplificadamente: ‘Diz que tem uma ordem lá, na Capitania, para apreender o bargo e pergunta se tão descarado assim o super faturamento do barco?’) é o caso de persistir por mais 15 dias na interceptação dos terminais... (fl. 337 – ANEXO 2)</i>
19.11.2004	<i>Considerando o já fundamentado na fl. 337 e decisões anteriores, bem como o conteúdo do novo relatório de interceptação, determino a continuidade da diligência... (fl. 362 – ANEXO 2)</i>
02.12.2004:	<i>Considerando o já fundamentado na fl. 337 e decisões anteriores, bem como o conteúdo do novo relatório de interceptação, que contém diálogos a respeito de transações milionárias e misteriosas, bem como outros diálogos igualmente suspeitos, defiro a prorrogação das interceptações por mais 15 dias dos terminais... (fl. 569 – ANEXO 2)</i>
07.12.2004:	<i>Considerando o já fundamentado na fl. 569 e decisões anteriores, bem como o relatório das diligências já efetuadas, decreto a interceptação, por 15 dias e com gravação das comunicações telefônicas efetuadas para e a partir do terminal... (fl. 574 – ANEXO 2)</i>
17.12.2004:	<i>Tendo em vista o relatório da autoridade policial que revela indícios de práticas criminosas (v.g.: mensagens criptografadas cuja revelação seria desastrosa) e considerando o já fundamentado nas decisões anteriores (fls. 337, 569, etc.), defiro a prorrogação da interceptação por mais 15 dias dos terminais (fl. 583 – ANEXO 2)</i>
10.01.2005:	<i>Pelos fundamentos já expendidos nas decisões de fls. 99/101; 159/160 e 362, autorizo a prorrogação da interceptação telefônica em relação aos prefixos... (fl. 659 – ANEXO 2)</i>
25.01.2005:	<i>Em vista das decisões anteriores quanto à interceptação e considerando que os áudios captados e mencionados no ofício 21028/2005/NIP, apesar de misteriosos sugerem a prática de ilícitos pelo grupo, bem como que não se vislumbra no momento outro meio para colher a prova relativamente às atividades do grupo, defiro o requerido, determinando a prorrogação, por 15 dias, da interceptação telefônica dos terminais... (fl. 692 – ANEXO 2)</i>
09.02.2005:	<i>Em vista das decisões anteriores quanto à interceptação e considerando que os áudios captados, apesar de</i>

	<i>misteriosos, sugerem a prática de ilícitos pelo grupo, desta feita, segundo a análise da autoridade policial relacionados a mega apreensão de produtos importados fraudulentamente no Porto de Vitória, bem como que não se vislumbra no momento outro meio para colher a prova relativamente às atividades do grupo, defiro o requerido, determinando a prorrogação, por 15 dias, da interceptação telefônica dos terminais... (fl. 740 – ANEXO 2)</i>
17.02.2005:	<i>Tendo em vista: a) as decisões anteriores relativamente à interceptação dos terminais telefônicos; b) os indícios materiais de crime de descaminho de valor substancial de fls. 703-739; c) que a empresa Millenium figura entre as envolvidas na fraude, cf. fl. 709; e d) que Leonel Antônio Romanel figura como administrador da Millenium e é igualmente citado pela Receita Federal como envolvido no referido descaminho (fls. 593 e 710), reputo presentes os indícios suficientes do envolvimento de Leonel Antônio Romanel no suposto grupo criminoso e por não reputar meio mais apropriado no momento da investigação, defiro o requerido pelo MPF, decretando, por 15 dias, a interceptação... (fl. 752 – ANEXO 2)</i>
24.02.2005:	<i>Diante do conteúdo do relatório que sugere a persistência de práticas criminosas, inclusive fraudes processuais, bem como a aparente revelação de que Oswaldo Kolody, executado por R\$ 12.835.0079,90 pela Fazenda Nacional, seria laranja do grupo, bem como todas as decisões anteriores relativamente à interceptação, inclusive a de fl. 752, decreto a prorrogação da diligência por 15 dias... (fl. 798 – ANEXO 2)</i>
11.03.2005:	<i>Diante do relatório da autoridade policial que sugere a persistência de práticas criminosas (utilização de servidor do Bacen pela empresa?), bem como todas as decisões anteriores relativamente às interceptações telefônicas, notadamente a de fl. 752, decreto a prorrogação da diligência por 15 dias... (fl. 881 – ANEXO 2)</i>
18.03.2005:	<i>Ante o exposto e tendo em vistas as decisões anteriores nas quais foram relatados os indícios de crime, especialmente as de fls. 752 e 798, bem como por não vislumbra no presente momento outra maneira de colher prova a respeito do delito, dada a gama de complexidade e a utilização freqüente pelo grupo de interpostas pessoas, decreto a interceptação... (fl. 839 – ANEXO 2)</i>
22.03.2005:	<i>Diante do conteúdo do relatório que revela que estão sendo captadas informações relevantes sobre a atividade do grupo, bem como todas as decisões anteriores sobre a interceptação, notadamente a de fl. 752, decreto a prorrogação, por 15 dias, da interceptação... (fl. 911 – ANEXO 2)</i>
05.04.2005:	<i>Pelos fundamentos já expendidos nas decisões anteriores especialmente a de fl. 752, e do relatório apresentado pela autoridade policial (fl. 916/930), defiro a prorrogação em relação aos prefixos... (fl. 931 – ANEXO 2)</i>
20.04.2005:	<i>Pelos fundamentos já expendidos nas decisões anteriores e do relatório apresentado pela autoridade policial, defiro a prorrogação em relação aos prefixos... (fl. 970 – ANEXO 2)</i>
28.04.2005:	<i>Pelos fundamentos já expendidos nas decisões anteriores e diante do contido no relatório ora apresentado pela autoridade policial, defiro a interceptação dos prefixos ... (fl. 991 – ANEXO 2)</i>
03.05.2005:	<i>Com base no já fundamentado na fl. 881 e decisões anteriores, defiro a prorrogação, por 15 dias, da interceptação dos terminais... (fl. 1073 – ANEXO 2)</i>
19.05.2005:	<i>Diante do conteúdo do relatório que revela que estão sendo captadas informações relevantes sobre a atividade do grupo, bem como todas as decisões anteriores sobre a interceptação, notadamente as de fls. 752 e 881, decreto a prorrogação, por 15 dias, da interceptação... (fl. 1088 – ANEXO 2)</i>
02.06.2005:	<i>Diante do conteúdo do novo relatório apresentado pela Autoridade Policial, bem como todas as decisões proferidas anteriormente, em especial as de fls. 752 e 881, decreto a prorrogação, por 15 dias, das comunicações... (fl. 1112 – ANEXO 2)</i>
09.06.2005:	<i>Com base no já exposto na fl. 1088, bem como as demais decisões anteriores, notadamente as de fls. 752 e 881, e considerando a informação de fl. 1.095, defiro o requerido pela autoridade policial, autorizando a interceptação por 15 dias... (fl. 1127 – ANEXO 2)</i>
20.06.2005:	<i>Diante do conteúdo do relatório que revela que estão sendo captadas informações relevantes sobre a atividade do grupo, com aparente importação fraudulenta de marcas 'ikaclas', bem como todas as decisões anteriores sobre a interceptação, notadamente as de fls. 752 e 881, decreto a prorrogação... (fl. 1188 – ANEXO 2)</i>
07.07.2005:	<i>Diante do conteúdo do relatório que revela que estão sendo captadas informações relevantes sobre a atividade do grupo, com aparente importação fraudulenta de marcas 'ikaclas', bem como todas as decisões anteriores sobre a interceptação, notadamente as de fls. 752 e 881, decreto a prorrogação... (fl. 1210 – A-</i>

	NEXO 2)
22.07.2005:	<i>Diante do conteúdo do relatório que revela que estão sendo captadas informações relevantes sobre a atividade do grupo, sendo de se destacar suas precauções com o fato de serem possíveis alvos de uma operação policial como a da Daslu, bem como todas as decisões anteriores sobre a interceptação, notadamente as de fls. 752 e 881, decreto a prorrogação... (fl. 1239 – ANEXO 2)</i>
05.08.2005:	<i>Pelos fundamentos já expostos nas decisões anteriores, especialmente as de fls. 752 e 881, e diante do conteúdo do apresentado pela autoridade policial às fls. 1245/1266, defiro a prorrogação da interceptação dos terminais... (fl. 1268 – ANEXO 2)</i>
23.08.2005:	<i>Diante da proximidade de diligências fiscais que podem motivar a utilização, sem maiores cautelas dos terminais telefônicos, bem como todas as decisões anteriores sobre a interceptação, notadamente as de fls. 752 e 881, decreto a prorrogação, por 15 dias, da interceptação das comunicações telefônicas efetuadas através dos terminais... (fl. 1284 – ANEXO 2)</i>
06.09.2005:	<i>Pelos fundamentos expostos nas decisões anteriores, especialmente nas de fls. 752 e 881/45, deve ser deferida a prorrogação do monitoramento das linhas... (fl. 1296 – ANEXO 2)</i>
20.09.2005:	<i>Diante da proximidade de diligências fiscais que podem motivar a utilização, sem maiores cautelas dos terminais telefônicos, bem como todas as decisões anteriores sobre a interceptação, notadamente as de fls. 752 e 881, e considerando o relatório apresentado que contém diálogos estranhos a respeito de aparentemente o pagamento de vultosa comissão de intermediação de empréstimo do BNDES, decreto a prorrogação, por 15 dias, da interceptação das comunicações telefônicas efetuadas através dos terminais... (fl. 1326 – ANEXO 2)</i>
04.10.2005	<i>Diante do relatório da autoridade policial, que revela contatos suspeitos de intermediação de contrato no BNDES e ainda com agentes da Receita Federal, bem como com base nas decisões anteriores, decreto a prorrogação, por 15 dias, da interceptação das comunicações telefônicas efetuadas através dos terminais... (fl. 1375 – ANEXO 2)</i>
19.10.2005:	<i>Considerando os fundamentos das decisões anteriores e que a interceptação vem revelando diálogos suspeitos com possível intermediador do BNDES e de agente da Receita, decreto a prorrogação, por mais 15 dias, da interceptação... (fl. 1426 – ANEXO 2)</i>
03.11.2005:	<i>Pelos fundamentos já expostos nas decisões anteriores, e diante do conteúdo no relatório apresentado pela autoridade policial às fls. 1245/1266, defiro a prorrogação da interceptação dos terminais... (fl. 1446 – ANEXO 2)</i>
21.11.2005:	<i>Pelos fundamentos já expostos nas decisões anteriores e diante do conteúdo na informação apresentada pela autoridade policial, deve ser prorrogada a interceptação dos terminais... (fl. 1483 – ANEXO 2)</i>
21.12.2005:	<i>A luz do relatório parcial das interceptações de comunicações telefônicas ora apresentado pela autoridade policial, verifico que a medida vem se revelando útil e necessária para as investigações, merecendo nota a aparente estruturação de operações financeiras, operações no mercado paralelo, e tráfico de influências. Diante disso e de todas as demais decisões anteriores, decreto a prorrogação... (fl. 1525 – ANEXO 2)</i>
09.01.2006:	<i>Pelos fundamentos já expostos nas decisões anteriores e diante do conteúdo na informação apresentada pela autoridade policial, deve ser prorrogada a interceptação dos terminais... (fl. 1538 – ANEXO 2)</i>
25.01.2006:	<i>Com base no fundamentado nas decisões anteriores (vg.: o conteúdo na fl. 1508) e considerando vem revelando diálogos suspeitos, sendo de se destacar os já mencionados na fl. 1508, decreto a prorrogação... (fl. 1557 – ANEXO 2)</i>
09.02.2006:	<i>Com base no já fundamentado nas decisões anteriores e considerando a captação, segundo relatórios anteriores (cf. v.g. fl. 1508), de diálogos pertinentes à investigação, decreto a prorrogação... (fl. 1569 – ANEXO 2)</i>
01.03.2006:	<i>Com base no fundamentado nas decisões anteriores (vg.: o conteúdo na fl. 1508) e considerando que a diligência vem revelando diálogos suspeitos, sendo de se destacar os contatos obs considerando a captação, segundo relatórios anteriores (cf. v.g. fl. 1508), de diálogos pertinentes à investigação, decreto a prorrogação... (fl. 1587 – ANEXO 2)</i>
21.03.2006:	<i>Com base no fundamentado nas decisões anteriores (vg.: o conteúdo na fl. 1508) e considerando que a diligência vem revelando diálogos suspeitos, dentre eles diálogos entre os investigados, auditor da Receita e fiscalizado no mínimo suspeitos, e ainda indícios de advocacia administrativa e corrupção passiva pelo auditor da Receita (que aparentemente realizaria deliberadamente lançamentos frágeis), decreto a prorroga-</i>

	<i>cão... (fl. 1610 – ANEXO 2)</i>
29.03.2006:	<i>Tendo em vista as decisões anteriores quanto à interceptação e tendo em vista a descoberta de novos terminais utilizados por Rolando Ronzenblum e nos quais aparentemente foram travados diálogos extremamente suspeitos, com referência inclusive à utilização de contas em nome de interpostas pessoas, decreto a interceptação... (fl. 1618 – ANEXO 2)</i>
18.04.2006:	<i>Com base no fundamentado nas decisões anteriores e considerando que a diligência vem revelando diálogos suspeitos, sendo de se destacar os atos entre os fiscais da Receita Federal e os investigados, com encontros marcados em residência inclusive, decreto a prorrogação... (fl. 1685 – ANEXO 2)</i>
20.04.2006:	<i>Com base no fundamentado nas decisões anteriores e considerando que a diligência vem revelando diálogos suspeitos, como contato com Alexandre Caiado, decreto a prorrogação (fl. 1697 – ANEXO 2)</i>
16.05.2006:	<i>Pelos motivos expostos nas decisões anteriores e diante do conteúdo no relatório apresentado pela autoridade policial, defiro a prorrogação... (fl. 1716 – ANEXO 2)</i>
16.06.2006:	<i>Com base no fundamentado nas decisões anteriores e considerando que a diligência vem revelando diálogos suspeitos, decreto a prorrogação... (fl. 1732 – ANEXO 2)</i>

Vimos que o art. 5º da Lei nº 9.296/96 beirou as raíais da tautologia ao exigir que a decisão deveria ser fundamentada, sob pena de nulidade, e não sem razão: a restrição de um direito fundamental deve estar devidamente justificada por uma autoridade judicial que, com empenho, fiscalize a regularidade da medida. A exigência de fundamentação tem por objetivo primordial, dessarte, demonstrar que a autoridade judicial **efetivamente tomou conhecimento dos relatórios de monitoramento telefônico antes de autorizar a renovação**, devendo justificar a decisão com base nos elementos que apontem a **indispensabilidade** da medida.

Uma breve leitura de todas as decisões referidas acima demonstra que **todas elas** não apresentaram razões suficientemente legítimas a ponto de revelar que o magistrado vinha controlando, com rigor, o andamento da investigação. Pode-se perceber que, em inúmeros despachos, o grampo fora renovado com base em fundamentos de decisões anteriores (que também não foram devidamente justificadas) e/ou numa referência lacônica e abstrata ao relatório da autoridade policial. Tal postura não satisfaz as exigências da Lei nº 9.296/96, pois não se pode averiguar com precisão se o magistrado estava, efetivamente, acompanhando a diligência e, principalmente, porque a referência a decisões anteriores não pode justificar uma renovação atual, que deve estar pautada a partir de dados fáticos **contemporâneos** que indiquem a indispensabilidade da medida.

Com a *maxima venia*, um direito fundamental não pode ser restringido, ao longo de mais de 2 anos, por meio de despachos que, em inúmeras ocasiões, não passaram de uma linha e meia. Também aqui, ausente uma precaução tal, revela-se a nulidade de todo o procedimento, **por derivação** (v. item III, *infra*), em razão da ofensa ao art. 93, inc. IX, e art. 5º, inc. XII, am-

bos da Constituição Federal, assim como da regulamentação dada pelos arts. 2º e 5º da Lei nº 9.296/96.

II.4. NULIDADE DO MONITORAMENTO TELEFÔNICO: O *DIES A QUO* DO PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DA DILIGÊNCIA É A DATA DA DECISÃO QUE DECRETA O MONITORAMENTO, E NÃO O DIA EM QUE ESTE FORA IMPLEMENTADO, SOB PENA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º DA LEI Nº 9.296/96 CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Poder-se-ia alegar, a *contrario sensu*, que inexistiria prorrogação excessiva de parte das decisões judiciais atacadas, referidas no item anterior, tendo em vista que o monitoramento telefônico, no caso dos autos, só veio a ser efetivamente implementado em **21.07.2004**, cfe. dito pela autoridade policial à fl. 145 (**ANEXO 2**).

Mesmo nesse caso, entretanto, a ilegalidade permaneceria, pois, muito embora o art. 5º da Lei nº 9.296/96 não tenha sido expreso acerca do exato *dies a quo* a partir do qual o prazo de 15 dias começa a fluir, uma interpretação restritiva – requerida em relação a toda e qualquer restrição a direito fundamental – recomenda que a data a ser observada é a da decisão judicial que decreta o grampo, e não de sua implementação, pois, neste caso, teríamos um direito fundamental sendo violado de forma indefinida, ao alvedrio da autoridade policial.

Tal questão jamais fora analisada adequadamente na doutrina e jurisprudência brasileiras, mas uma breve pesquisa acerca da forma como o tema vem sendo abordado na ***European Court of Human Rights*** (Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH)⁵ é de especial valia. Dois importantes precedentes podem ser úteis: os casos *Valenzuela Contreras v. Spain* e *Prado Bugallo v. Spain*, que resultaram na condenação do governo Espanhol em razão da ausência de limites temporais precisos acerca do monitoramento telefônico. Vejamos.

O art. 579 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Código de Processo Penal espanhol), com a redação dada pela Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, tratou da possibilidade de *intervención de las comunicaciones telefónicas* nos seguintes termos:

Artículo 579.

⁵ V. <http://www.echr.coe.int/ECHR/>

1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.
2. **Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.**
3. **De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas obre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.**
4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.⁶

Com base no teor da norma, alguns *Recursos de Amparo* (espécie de mandado de segurança/*habeas corpus* tendente à proteção de direitos fundamentais, cabível após o esgotamento de todas as instâncias jurisdicionais) alegaram que o art. 579.2 e 3 eram ofensivos ao art. 8 da Convenção Europeia para a Proteção de Direitos Humanos⁷, na medida em que não estabelecia limites temporais rígidos à invasão do direito fundamental à privacidade das comunicações. Após decisões desfavoráveis no Tribunal Constitucional Espanhol, tal questão fora remetida ao **TEDH**, que, no caso *Valenzuela Contreras v. Espanha*, condenou o governo espanhol por não conferir proteção suficiente, via legislativa, ao cidadão espanhol em relação ao direito ao sigilo de comunicações telefônicas, na medida em que o referido art. 579.2 e 3 era demasiadamente amplo em seus termos. Vale referir um fragmento da decisão do TEDH, atinente ao caso (íntegra da decisão no **ANEXO 5**):

⁶ Disponível em <http://constitucion.rediris.es/legis/1882/11882-09-14/12t8.html#>

⁷ Dispõe o Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979. *Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.* 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Disponível em http://www.ruidos.org/Normas/Conv_europeo_dchos_hum.htm

(...)

59. The Court notes that some of the conditions necessary under the Convention to ensure the foreseeability of the effects of the "law" and, consequently, to guarantee respect for private life and correspondence are not included either in Article 18 § 3 of the Constitution or in the provisions of the Code of Criminal Procedure cited in the order of 19 November 1985. They include, in particular, the conditions regarding the definition of the categories of people liable to have their telephones tapped by judicial order, the nature of the offences which may give rise to such an order, a limit on the duration of telephone tapping, the procedure for drawing up the summary reports containing intercepted conversations and the use and destruction of the recordings made.

60. Like the Delegate of the Commission, the Court cannot accept the Government's argument that the judge who ordered the monitoring of the applicant's telephone conversations could not have been expected to know the conditions laid down in the *Kruslin* and *Huvig* judgments five years before those judgments were delivered in 1990. It reiterates that the conditions referred to in the judgment cited by the Government concerning the quality of the law stem from the Convention itself. The requirement that the effects of the "law" be foreseeable means, in the sphere of monitoring telephone communications, that the guarantees stating the extent of the authorities' discretion and the manner in which it is to be exercised must be set out in detail in domestic law so that it has a binding force which circumscribes the judges' discretion in the application of such measures. Consequently, the Spanish "law" which the investigating judge had to apply should have provided those guarantees with sufficient precision. The Court further notes that at the time the order for the monitoring of the applicant's telephone line was made it had already stated, in a judgment in which it had found a violation of Article 8, that **"the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence"**.⁸ In addition, it points out that in any event the investigating judge who ordered the monitoring of the applicant's telephone communications had himself put in place a number of guarantees which, as the Government said, did not become a requirement of the case-law until much later.

61. In summary, **Spanish law, both written and unwritten, did not indicate with sufficient clarity at the material time the extent of the authorities' discretion in the domain concerned or the way in which it should be exercised.** Mr Valenzuela Contreras did not, therefore, enjoy the minimum degree of legal protection to which citizens are entitled under the rule of law in a democratic society. There has therefore been a violation of Article 8. Having regard to the foregoing conclusion, the Court, like the Commission, does not consider it necessary to consider whether the other requirements of paragraph 2 of Article 8 were complied with in the instant case. The Court further decided under Article 50 that the applicant should be awarded a specified sum.⁹

[TEDH, Publication: 1998-V, no. 83, Title: Valenzuela Contreras v. Spain, Application No: 27671/95, Respondent: Spain, Referred by: Commission, Date of reference by Commission: 29-05-1997, Date of Judgment: 30-07-1998]

⁸ Tradução livre do trecho grifado: "a lei tem de ser suficientemente clara de modo a que os cidadãos possam conhecer as circunstâncias e as condições em que as autoridades públicas ficam habilitadas a exercer, de modo secreto e potencialmente perigoso, esta forma de ingerência no direito ao respeito da vida privada e da correspondência".

⁹ Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=10217989&skin=hudoc-en&action=request>

O mesmo TEDH, em precedente mais recente, voltou a condenar o governo espanhol porque o art. 579 não delimitou suficientemente o alcance da escuta telefônica, no caso *Prado Bugallo v. Spain*, julgado em 18.02.2003. Na decisão, ficou consignado (cópia da ementa e da íntegra da decisão no **ANEXO 5**):

RESPEITO DA VIDA PRIVADA (ART. 8º) – RESPEITO DA CORRESPONDÊNCIA (ART. 8º) – INGERÊNCIA – PREVISTA NA LEI.

I. A interceptação e escuta de conversas telefônicas encontra-se regulada no código de processo penal espanhol, que foi alterado nesta matéria por uma lei de 1988 que, apesar das garantias introduzidas, não satisfaz as condições exigidas na jurisprudência do Tribunal para evitar arbitrariedades.

II. As insuficiências legais caracterizam-se pela falta de definição da natureza das infracções penais que poderão dar origem à autorização de escutas, pela ausência de um limite temporal de duração destas medidas, pelo procedimento de transcrição das conversas/comunicações escutadas – que é da exclusiva competência do secretário judicial – e ainda, por não ser possível garantir que as gravações são guardadas na íntegra, a fim de poderem ser, eventualmente, controladas por um juiz ou pela defesa.

III. Estas lacunas foram objecto de apreciação pelas jurisdições nacionais superiores que consideraram as alterações legislativas insuficientes face às exigências que devem rodear as medidas de autorização de escutas telefônicas, havendo a necessidade de definir garantias suplementares relativas ao âmbito e modalidades do poder de apreciação dos juízes.

IV. À data em que as escutas foram efectuadas persistiam importantes lacunas legislativas que a jurisprudência, nomeadamente do Supremo Tribunal Nacional, pretendeu colmatar; todavia, e apesar da evolução jurisprudencial verificada, supondo que a mesma pudesse superar as lacunas da lei em sentido formal, esta é posterior à decisão do juiz de instrução criminal que ordenou a colocação sob escuta dos telefones das pessoas que participavam das actividades ilícitas dirigidas pelo requerente, por isso, não existindo previsão legal bastante, verifica-se a violação do artigo 8º da Convenção. [TEDH, Caso Prado Bugallo c. Espanha, acórdão de 18 de Fevereiro de 2003].¹⁰

Em razão desses dois precedentes, o Tribunal Constitucional espanhol obrigou-se a conferir interpretação jurisprudencial capaz de atingir a limitação exigida pelo TEDH. A *Sentencia n. 26/2006*, proferida em 30.01.2006 (íntegra da decisão em anexo), é elucidativa no sentido do rigor com que o monitoramento telefônico teve de ser encarado frente à necessidade de proteção do direito fundamental à intimidade. Vejamos alguns fragmentos relevantes:

(...)

¹⁰ Disponível em In <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/Sum%E1rios%202003.pdf>. O inteiro teor do acórdão pode ser obtido em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=10219131&skin=hudoc-en&action=request>

5. En ocasiones anteriores ya hemos hecho notar, en consonancia con lo expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela c. España*, 59 y de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo c. España*, 30), que **el art. 579 LECrim (en su redacción anterior y en la vigente, dada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo) "adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH"** (STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 5).

(...)

9. Los recurrentes cuestionan, en particular, la regularidad constitucional de las intervenciones telefónicas practicadas los días 4 a 6 de marzo de 2001, afirmando que se realizaron una vez que había expirado el plazo temporal de un mes previsto en el Auto del Juez de Instrucción núm. 42 de Madrid de 2 de febrero de 2001.

Las resoluciones judiciales niegan que las aducidas conversaciones se intervinieran sin contar con la preceptiva resolución judicial habilitante. Se recuerda, en esta dirección, que dicho cómputo comienza a correr cuando la intervención telefónica es efectiva, hecho que acació el día 12 de febrero, por lo que la vigencia temporal del Auto citado se extendía hasta el día 12 de marzo (cfr. FD 1.3 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2003). Esta idea se ve adverada por el propio comportamiento del Juez de Instrucción, que en el Auto dictado el 8 de marzo de 2001 recuerda que la diligencia en su día acordada agota sus efectos el posterior día 12 de marzo. El Fiscal se inclina también por esta visión del problema.

Sin embargo, si bien este criterio no podría ser combatido desde la estricta perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la medida en que no puede ser calificado de irrazonable, sí puede ser cuestionado desde la perspectiva del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). **Resulta oportuno recordar a este propósito que estamos en presencia de una resolución judicial que permite la restricción de un derecho fundamental, afirmación de la que, asimismo, hemos de extraer algunas consecuencias útiles, en línea con lo expresado, en este punto, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestra propia doctrina en materias cercanas.**

No precisa mayor discusión el hecho de que la medida judicial que acuerda la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones debe fijarle un límite temporal. Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido que una previsión sobre la "fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida" esté recogida en la legislación española (cfr. SSTEDH *Valenzuela Contreras c. España*, de 30 de julio de 1998, 59, y *Prado Bugallo c. España*, de 18 de febrero de 2003, 30), es evidente que tal cautela debe encontrar reflejo en la resolución judicial.

Tal límite se vincula a un lapso temporal (dejando de lado las matizaciones que esta doctrina presenta en el ámbito penitenciario -cfr. ATC 54/1999, de 8 de marzo-), delimitado por la fijación de una fecha tope o de un plazo. En el caso concreto la intervención se autorizó por el plazo de un mes. **Por tanto, lo que se cuestiona es, precisamente, cómo se debe computar el plazo previsto en la resolución judicial y, más en particular, cuál debe ser su dies a quo.** Mientras que los órganos judiciales que han conocido de la causa estiman

plausible que dicho día sea aquél en el que se produce efectivamente la intervención telefónica, el recurrente afirma que es el día en el que se dicta la decisión judicial que autoriza dicha intervención.

*En anteriores ocasiones, este Tribunal ya ha advertido que **autorizaciones judiciales que restringen determinados derechos fundamentales** (como son la intimidad o la inviolabilidad del domicilio) **no pueden establecer unos límites temporales tan amplios que constituyan "una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona"** (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 b) o una suerte de "suspensión individualizada de este derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio" (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7). Pues bien, **el entendimiento de que la resolución judicial que autoriza una intervención telefónica comienza a desplegar sus efectos sólo y a partir del momento en que la misma se realiza supone aceptar que se ha producido una suspensión individualizada del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que tiene lugar desde el día en que se acuerda la resolución judicial hasta aquél en el que la intervención telefónica empieza a producirse.***

Aun cuando este argumento bastaría, por sí solo, para entender que se ha producido la aducida lesión del derecho fundamental del recurrente, es oportuno hacer notar que a la misma conclusión nos llevan otros razonamientos suplementarios.

*Así, de un lado, debemos recordar que cuando la interpretación y aplicación de un precepto "pueda afectar a un derecho fundamental, será preciso aplicar el criterio, también reiteradamente sostenido por este Tribunal (por todas, STC 219/2001, de 30 de octubre, FJ 10), de que las mismas **han de guiarse por el que hemos denominado principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales**, lo que no es sino consecuencia de la especial relevancia y posición que en nuestro sistema tienen los derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 133/2001, de 13 de junio, FJ 5). En definitiva, en estos supuestos el órgano judicial ha de escoger, entre las diversas soluciones que entiende posibles, una vez realizada la interpretación del precepto conforme a los criterios existentes al respecto, y examinadas las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto, aquella solución que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado" (STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4). **Es evidente que en el caso que nos ocupa la lectura más garantista, desde la perspectiva del secreto de las comunicaciones, es la que entiende que el plazo de intervención posible en el derecho fundamental comienza a correr desde el momento en el que ha sido autorizada.***

*De otro lado, si en nuestra STC 184/2003, de 23 de octubre, afirmábamos, en línea con la citada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, "no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE)" (FJ 5), **debemos afirmar ahora que el entendimiento de que el plazo previsto en una autorización judicial, que autoriza la restricción del secreto de las comunicaciones, comienza a correr el día en que aquélla efectivamente se realiza compromete la seguridad jurídica y consagra una lesión en el derecho fundamental, que tiene su origen en que sobre el afectado pesa una eventual restricción que, en puridad, no tiene un alcance temporal limitado, ya que todo***

dependerá del momento inicial en que la intervención tenga lugar. Es así posible, por ejemplo, que la restricción del derecho se produzca meses después de que sea autorizada, o que la autorización quede conferida sin que la misma tenga lugar ni resulte formalmente cancelada por parte del órgano judicial. En definitiva, la Constitución solamente permite (con excepción de las previsiones del art. 55 CE) que el secreto de las comunicaciones pueda verse lícitamente restringido mediante una resolución judicial (art. 18.3 CE), sin que la intervención de terceros pueda alterar el *dies a quo* determinado por aquélla.

La conclusión, a la vista de todas las consideraciones realizadas hasta el momento, es que, en el caso de autos, se ha producido, efectivamente, una lesión en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (STC 205/2005, de 18 de julio, FJ 5). Si partimos de la premisa de que el cómputo previsto de un mes en el Auto del Juez de Instrucción núm. 42 de Madrid de 2 de febrero de 2001, que autoriza la intervención de un teléfono móvil, comienza a correr ese mismo día, se ha producido una injerencia que no cuenta con cobertura legal entre los días 4 y 6 de marzo de 2001.¹¹

Da leitura do aresto, verifica-se que a Corte Constitucional espanhola assumiu comprometimento tal com a necessidade de garantia do direito ao sigilo das comunicações telefônicas que acabou por anular o processo apreciado apenas com base no argumento de que o prazo inicial limite do monitoramento não poderia começar a fluir a contar da efetiva implementação do grampo, senão da própria decisão que o decretou, sob pena de o sigilo resultar passível de violação de forma indefinida. Consoante dito no trecho antes destacado, “*debemos afirmar ahora que el entendimiento de que el plazo previsto en una autorización judicial, que autoriza la restricción del secreto de las comunicaciones, comienza a correr el día en que aquélla efectivamente se realiza compromete la seguridad jurídica y consagra una lesión en el derecho fundamental, que tiene su origen en que sobre el afectado pesa una eventual restricción que, en puridad, no tiene un alcance temporal limitado, ya que todo dependerá del momento inicial en que la intervención tenga lugar*”.

Esse é, exatamente, o abuso verificado no caso ora *sub judice*. Com efeito, os pacientes tiveram o monitoramento telefônico quebrado em **17.05.2004** (fl. 30 – **ANEXO 2**), sendo que o grampo só fora efetivado, em razão de dificuldades operacionais da Polícia Federal, no dia **21.07.2004** (v. fl. 145 – **ANEXO 2**), sendo considerada esta a data configuradora do termo inicial do prazo legalmente estabelecido para a diligência. É dizer: a garantia dos impetrantes ao sigilo das comunicações telefônicas ficou indefinidamente violada até que a Polícia Federal assumiu condições de dar início à diligência. O acórdão do Tribunal Constitucional espanhol dá

¹¹ Disponível em http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2006-0026

conta de que, naquele país, diversos processos penais são anulados nessas circunstâncias, tendo em vista que o direito fundamental não pode permanecer ilimitadamente vulnerável.

II.5. NULIDADE DO MONITORAMENTO TELEFÔNICO SUCESSIVAMENTE RENOVADO POR MAIS DE 2 ANOS: PRORROGAÇÃO IRRAZOÁVEL E DESPROPORCIONAL DA MEDIDA. OFENSA AO ART. 5º DA LEI Nº 9.296/96, AO ART. 5º, INC. XII.

Por fim, um último vício capaz de macular a validade de todo o procedimento de investigação (PCDs nº 2004.70.00.019229-2 e 2005.70.00.027065-9) deve-se ao excesso de prazo verificado no monitoramento telefônico judicialmente autorizado, em desrespeito ao limite imposto pelo art. 5º da Lei nº 9.296/96, *in verbis*:

*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 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo** uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.*

A lei é taxativa em determinar o prazo máximo de duração da escuta telefônica, qual seja, 15 dias prorrogáveis por mais 15 dias, em caso de indispensabilidade comprovada da medida. Não parece possível afirmarmos que a lei autorizaria inúmeras prorrogações **indefinidas**, visto que, do contrário, a própria razão de ser do prazo legal deixaria de existir. Ora, se a Constituição Federal assegura, como regra geral, o sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, inc. XII), e só excepcionalmente, a possibilidade de quebra dessa garantia, parece evidente que o legislador ordinário, ao estabelecer o prazo de 15 dias, estava atento para a excepcionalidade dessa medida vexatória. A *ratio* do prazo assinalado em lei é, justamente, o mecanismo de encontrar-se um ponto de equilíbrio entre a existência de uma garantia individual e a sua violação em situações extremas, em que haja relevante interesse público. Assim sendo, parece óbvio que tamanha medida excepcional só se poderia legitimar em situações peculiares e durante prazo determinado, já que, em sendo admitida a possibilidade de quebra do sigilo telefônico *ad infinitum*, a própria necessidade da medida já seria posta em dúvida. Se em 30 dias de interceptações telefônicas não se apurou qualquer indício de delito, resta evidente que outros meios de prova poderiam ser produzidos antes de determinada a quebra da garantia individual. Em outras pa-

lavras: o prazo assinalado em lei é uma forma de proteção do indivíduo contra os abusos advindos dos representantes do Estado durante o período de vulnerabilidade de seu direito fundamental. Autorizar-se que uma interceptação telefônica possa prolongar-se *ad infinitum* é medida que vai de encontro ao *periculum in mora* do meio probatório excepcional.

O entendimento segundo o qual o prazo de 15 dias, assinalado no art. 5º da Lei nº 9.296/96, só poderá ser prorrogado uma vez, é sustentado, dentre outros, por SÉRGIO PITOMBO, desembargador do TJSP:

“Toda norma que restrinja direito individual, ou sua garantia, interpreta-se de modo restritivo. Assim, o prazo máximo de trinta dias, de manutenção da interceptação de comunicação telefônica, não se permite alargar” (Sigilo nas Comunicações. Aspecto processual penal. In: Boletim IBCCrim, nº 49, dez/1996, p. 8).

Sufragam a mesma tese LUIZ FLÁVIO GOMES e RAÚL CERVINI (v. GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica: Lei nº 9.296, de 24/07/96*. São Paulo : RT, 1997, p. 219). Vale complementar o dito com a lição de EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

“O entendimento quanto à possibilidade de renovações ao arbítrio do juiz, conduziria à mesma conclusão nos casos de prisão temporária previstos no art. 2º da Lei nº 7.960/89 e no art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90, fato este plenamente inadmissível à consciência geral, mas que, em essência, não diverge do caso das interceptações”
[O prazo de duração da interceptação telefônica e sua Renovação. In: Boletim IBCCrim, nº 70, set/98, p. 9].

O Supremo Tribunal Federal deparou-se com a questão quando da análise do HC 83.515/RS, onde o Pleno daquele Tribunal entendeu, **por maioria**, que o prazo estabelecido no art. 5º da Lei nº 9.292/96 não é peremptório, podendo ser prorrogado sucessivas vezes enquanto houver pertinência para as investigações. Veja-se a 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.

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

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

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

4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas.

5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido.

[STF, HC 83515/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 16.09.2004, DJU de 04.03.2005, p. 11].

Vale transcrever, contudo, o voto vencido do Min. MARCO AURÉLIO, proferido neste *writ* e que, com precisão, corrobora todos os fundamentos ora expostos:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, ressalto, em primeiro lugar, que a regra é o sigilo das comunicações telefônicas. A exceção corre à conta da quebra, do afastamento desse sigilo. Então, **em se tratando de exceção, devem-se interpretar os preceitos que a revelam de forma estrita, não de forma ampliativa, não de forma restritiva, porque o intérprete não restringe. Considere-se o que está, realmente, no teor da norma.**

Assento, também, que, **quanto mais graves as imputações, maior deve ser o cuidado do julgador na observância das normas instrumentais que viabilizam o exercício do direito de defesa.** Ouvi a leitura da inicial, mas essa peça, pelo menos sob a minha óptica, somente serve a adotar-se, no exame do caso concreto, um rigor mais apurado, tendo em conta o leque revelado, na própria denúncia, sobre os crimes cometidos.

(...)

Surgem dois dados, para mim, da maior importância e volto à tecla inicial: a regra é o sigilo de dados; a regra é o sigilo quanto às comunicações telefônicas; a regra é a preservação da privacidade do cidadão; a exceção, o afastamento.

*O que nos vem do artigo 5º da Lei nº 9.296/96 de forma pedagógica, em bom vernáculo? Que a decisão será fundamentada - e já concluí que a decisão se mostrou fundamentada -, sob pena de nulidade. Tem-se um desvio de conduta instrumental cominado com a pena de nulidade, indicando-se a forma de execução da diligência que não poderá exceder o prazo de 15 dias. **Buscou-se evitar, porque se adentrou o campo da exceção, que permanecesse sobre a cabeça dos envolvidos uma verdadeira Espada de Dâmocles, projetada essa permanência no tempo.** Então, o preceito contém a cláusula, o teor do artigo 5º contém a cláusula final:*

(...)

A razoabilidade já me conduziria a assentar que, não levantados dados em 30 dias de interceptação telefônica, evidentemente não se pode permanecer com essa mesma interceptação, a não ser que a Polícia Federal ou a polícia comum nada tenham a fazer em termos de segurança pública e queiram ficar bisbilhotando, de forma indefinida, a vida dos cidadãos.

(...)

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

Adotemos, Presidente, rigor, nesta quadra alvissareira. Hoje, não há mais delitos do que ontem. As coisas estão aflorando. Há de se adotar rigor na interpretação dos textos legais que disciplinam a controvérsia, principalmente em época - costume dizer - de caça às bruxas, na qual a persecução criminal é implementada - vou utilizar uma palavra para elogiar, não para criticar - com idealismo ímpar pelos integrantes do Ministério Público.

Tenho para mim - e estou convencido disso, e a quebra do sigilo faz-se, nas hipóteses e nos termos da lei, conforme contido no rol das garantias constitucionais - que o artigo 5º afigura-se como preceito razoável, porque o prazo se mostra suficiente. É de se chegar à quebra do sigilo por 15 dias e excepcionalmente deve-se ter esse período renovável por igual tempo.

Não estou incluindo a expressão “por igual tempo”. Estou, sim, procedendo à leitura do que se contém no artigo 5º. Igual tempo é igual tempo. E que tempo é esse? É o tempo retratado pelos 15 dias; não é um mês, não se trata da unidade de tempo-ano, dois, três, quatro anos, porque, se não for assim, não se terá um limite e não se terá restabelecido um direito do cidadão, simplesmente envolvido e acusado, que é o direito à privacidade.

(...)

Já disse neste Plenário: se como guarda da Carta da República tiver de proferir, segundo a minha consciência, sobretudo a minha formação humanística, voto que implique a queda do teto, o teto cairá, permanecendo fiel à crença inabalável, enquanto estiver com a toga sobre os ombros, no Direito posto, no Direito subordinante.

É como voto.

Ainda que possamos admitir como correto o entendimento que acabou prevalecendo majoritariamente nos autos do HC 83.515/RS – o que se faz, tão só, pelo prazer da argumentação -, a verdade é que o entendimento do STF, seguramente, não pode ser considerado um *cheque-em-branco* para as autoridades judiciais de 1º grau. Com efeito, se é certo que um grampo telefônico pode ser renovado, pelo prazo de 15 dias, **mais de uma vez sucessiva**, disso não pode resultar a conclusão de que o monitoramento poderia permanecer **indefinidamente** ou **além do prazo razoável e proporcional**. Com efeito, nunca é demais lembrar estarmos diante de uma prova que viola direito fundamental assegurado na Constituição Federal. Conseqüentemente, entender-se possível a prorrogação indefinida significa reconhecer-se uma absoluta ausência quanto aos limites temporais máximos da investigação.

No caso dos autos, estamos diante de monitoramento telefônico que se iniciou em **17.05.2004** (fl. 31 – **ANEXO 2**) e perdurou (pelo que se tem conhecimento, gize-se) até **29.06.2006** (fl. 1734 – **ANEXO 2**), data em que houve a prisão temporária dos pacientes, posteriormente convertida em prisão preventiva. **Trata-se, portanto, de um grampo telefônico que transcorreu ao longo de 2 anos, 1 mês e 12 dias**. Durante esse período, a autoridade judicial, em inúmeras ocasiões, teve, inclusive, oportunidade de ao menos tentar efetuar a prisão em flagrante do paciente ROLANDO, principalmente quando o grampo telefônico atestou que este iria encontrar-se com um auditor fiscal da Receita Federal num supermercado de Curitiba para, supostamente, pagar-lhe ‘propina’ (v. parecer do MPF às fls. 1341/1344 – **ANEXO 2** -, que deu origem ao início do PCD nº 2005.70.00.027065-9 – **ANEXO 3**). Muito embora esse episódio esteja sendo desmentido como caracterizador de uma suposta corrupção ativa/passiva nos autos de primeiro grau, a forma como a investigação fora conduzida indica a irrazoabilidade no prolongamento exagerado do monitoramento telefônico.

Apenas para esboçar a irrazoabilidade de uma interceptação telefônica que se prolonga por mais de 2 anos a fio, o paciente ROLANDO, na data de sua prisão, contava com 33 anos (nascido em 08.12.1972). Significa afirmar, portanto, que durante mais de 6% ou próximo de 1/12 de sua vida, teve o seu sigilo telefônico quebrado mediante ordem judicial.

Não se ignora que a interpretação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, no sentido de que apenas uma renovação seja possível, até pode ser demasiadamente restritiva (**embora esse seja**

o teor literal da norma!), mas não se pode admitir que o reconhecimento de que o prazo estipulado em lei goza de certa flexibilidade ao ponto de autorizarmos um monitoramento que se prolonga por mais de **2 anos**.

Para corroborar a tese da **irrazoabilidade** da duração temporal do grampo no caso dos autos, é interessante verificar que o próprio juízo *a quo*, em **maio de 2005** (ou seja, mais de um ano antes de o monitoramento encerrar-se), já havia percebido o excesso que vinham sendo cometido (fl. 1073 – **ANEXO 2**):

“Observe, por oportuno, que a diligência de interceptação já dura tempo considerável. Assim, deverá ainda a autoridade policial juntamente com o MPF e com a Receita Federal, ou seja, os envolvidos nos trabalhos de investigação do grupo, em 30 dias apresentar a este Juízo relatório parcial dos resultados das investigações e esclarecimento do que se pretende com a continuidade da interceptação. Na oportunidade, deverá ainda ser identificado, se possível, a empresa e as operações as quais os investigados se reportam nas fls. 955 e 956” (grifamos)

É de se causar estranheza que a mesma autoridade que tinha lançado um despacho tal tenha permitido que a interceptação telefônica, apesar de em **maio de 2005** já vir se revelando excessiva, ainda persistisse até **junho de 2006** (prorrogando-a, dessarte, por mais **1 ano e 1 mês**).

Vale referir a forma como a doutrina estrangeira vem tratando do assunto. Em Portugal, a Juíza de Direito MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, em estudo específico sobre as escutas telefônicas, ressalta:

Na Alemanha, por exemplo, a lei processual penal apenas permite a autorização de escutas telefônicas pelo prazo máximo de três meses. Cada prorrogação também tem prazo igual como limite. Também na Espanha vigora idêntica limitação legal. Em França, o prazo é de quatro meses, admitindo-se as prorrogações.

*Apesar de em nenhum daqueles regimes se estatuir uma limitação expressa ao número de prorrogações possíveis, o cuidado havido na estipulação de prazos permite adivinhar uma fundada intollerância dos tribunais a prorrogações ilimitadas ou indefinidas. Tem sido, com efeito, essa a jurisprudência definida pelos tribunais espanhóis ao afirmarem que **uma interceptação telefônica indefinida ou excessiva tornaria a escuta desproporcionada e ilegal** (v. *Temário de Derecho Procesal-Penal, Adaptado al Programa de Judicatura de 23 de Febrero de 2000, 1ª ed. 2000, Colex, José Tomé Paule, pp. 172-173*).*

(...)

*Idêntica compreensão já não poderão merecer, porém, as sucessivas prorrogações que a polícia solicita, sempre na mira de um flagrante que, muitas vezes, tarda a proporcionar-se. Quanto tempo será legítimo escutar um suspeito referenciado como contrabandista até que as conversas por ele mantidas ao telefone permitam fornecer aos investigadores as exactas coordenadas, o dia e a hora da entrega do carregamento de tabaco ou álcool em quantidade suficiente para assegurar o êxito da investigação? Haverá limite temporal a respeitar? Já anteriormente deixei sublinhada esta preocupação em definir prazos máximos para a realização de uma interceptação telefônica. A lei não o faz expressamente. Mas nem por isso o juiz de instrução criminal se encontra desprovido de sinalização legal que lhe permita encontrar o caminho mais seguro a seguir na busca da verdade, sem ferir desproporcionadamente os direitos mais preciosos dos cidadãos. Numa palavra, sem perder de vista a meta final que reside na realização da justiça. **Basta que olhe para as normas de processo penal sem esquecer o guião dos princípios fundamentais que as norteiam. E estes, em sede de restrição de direitos, liberdades e garantias, passam sempre pela idéia de necessidade, adequação e proporcionalidade, o que é o mesmo que proibir qualquer excesso. Não é tolerável uma restrição ilimitada de qualquer direito daquela natureza. Ela significaria a sua anulação.***” [MATA-MOUROS, Maria de Fátima, Sob escuta, Cascais: Principia, 2003, pp. 24-25 e 67].

Na mesma linha, é conveniente comparar a forma como algumas legislações processuais europeias tratam da questão dos limites temporais das escutas telefônicas, assim como os pronunciamentos do *European Court of Human Rights* (Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH) acerca dessas legislações.

Na Alemanha, a regulamentação das escutas telefônicas está contida no § 100b do StPO, dispondo que o monitoramento deve ser determinado por 3 meses, admitida uma única prorrogação (tradução livre)¹²:

§ 100b.

1. *A Supervisão e registro da telecomunicação (§ 100^a) só pode ser determinada pelo juiz. Em caso de perigo de demora, a determinação também pode ser feita pelo Fiscal. A decisão do Fiscal torna-se sem efeito caso não confirmada pelo juiz ao final de 3 dias.*

¹² Redação original:

§ 100b.

(1) *Die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation (§ 100a) darf nur durch den Richter angeordnet werden. Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch von der Staatsanwaltschaft getroffen werden. Die Anordnung der Staatsanwaltschaft tritt außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen von dem Richter bestätigt wird.*

(2) *Die Anordnung ergeht schriftlich. Sie muß Namen und Anschrift des Betroffenen, gegen den sie sich richtet, und die Rufnummer oder eine andere Kennung seines Telekommunikationsanschlusses enthalten. In ihr sind Art, Umfang und Dauer der Maßnahmen zu bestimmen. Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate zu befristen. Eine Verlängerung um jeweils nicht mehr als drei weitere Monate ist zulässig, soweit die in § 100a bezeichneten Voraussetzungen fortbestehen.*

(...)

2. *A diligência se determina por escrito. Deve conter o nome e domicílio da pessoa contra a qual se dirige. Deve ser determinado, ainda, o modo, alcance e duração das medidas. **A diligência deve durar 3 meses no máximo. É admissível uma prorrogação, em qualquer hipótese, de não mais de 3 meses, desde que perdurem as condições descritas no § 100a. (...)***

Na França, o art. 100-2 do *Code de Procédure Pénale* prevê um prazo inicial de quatro meses para a escuta autorizada, renovável nas mesmas condições de “*forma e duração*”:

Article 100

En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle.

La décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours.

Article 100-1

La décision prise en application de l'article 100 doit comporter tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, l'infraction qui motive le recours à l'interception ainsi que la durée de celle-ci.

Article 100-2

*Cette décision est prise pour une **durée maximum de quatre mois. Elle ne peut être renouvelée que dans les mêmes conditions de forme et de durée.***

Na Espanha, consoante já ressaltamos, o art. 579-3 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, admite-se a *intervención de las comunicaciones telefónicas* pelo prazo de 3 meses, prorrogável por iguais períodos – dando a entender, pois, a possibilidade de mais de uma prorrogação -, *verbis*:

Artículo 579.

1. *Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*

2. *Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*

3. *De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, **por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos**, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas obre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.(...)*

Na Itália, o artigo 267-3 do Código de Procedura Penal prevê um prazo inicial de quinze dias, prorrogável pelo Juiz por “periodi successivi di quindici giorni”, não esclarecendo, de maneira taxativa, se as renovações podem ser sucessivas:

Art. 267 (Presupposti e forme del provvedimento) –

1. Il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'art. 266. L'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini.

1 bis Nella valutazione dei gravi indizi di reato si applica l'art. 203.

2. Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone l'intercettazione con decreto motivato, che va comunicato immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore al giudice indicato nel comma 1. Il giudice, entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non viene convalidato nel termine stabilito, l'intercettazione non può essere proseguita e i risultati di essa non possono essere utilizzati.

*3. Il decreto del pubblico ministero che dispone l'intercettazione indica le modalità e la durata delle operazioni. **Tale durata non può superare i quindici giorni, ma può essere prorogata dal giudice con decreto motivato per periodi successivi di quindici giorni**, qualora permangano i presupposti indicati nel comma 1.*

(...)

Já o Código de Processo Penal em vigor em Portugal é ainda mais omissivo, na medida em que sequer regulamenta o prazo de duração da medida, não referindo, ademais, qualquer limitação temporal às renovações:

Artigo 188.º

Formalidades das operações

1- Da intercepção e gravação a que se refere o artigo anterior é lavrado auto, o qual, junto com as fitas gravadas ou elementos análogos, é imediatamente levado ao conhecimento do juiz que tiver ordenado ou autorizado as operações, com a indicação das passagens das gravações ou elementos análogos considerados relevantes para a prova.

2 - O disposto no número anterior não impede que o órgão de polícia criminal que proceder à investigação tome previamente conhecimento do conteúdo da comunicação interceptada a fim de poder praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova.

3 - Se o juiz considerar os elementos recolhidos, ou alguns deles, relevantes para a prova, ordena a sua transcrição em auto e fá-lo juntar ao processo; caso contrário, ordena a sua destruição, ficando todos os participantes nas operações ligados ao dever de segredo relativamente àquilo de que tenham tomado conhecimento.

4 - Para efeitos do disposto no número anterior, o juiz pode ser coadjuvado, quando entender conveniente, por órgão de polícia criminal, podendo nomear, se necessário, intérprete. A transcrição aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 101.º, n.os 2 e 3.

5 - O arguido e o assistente, bem como as pessoas cujas conversações tiverem sido escutadas, podem examinar o auto de transcrição a que se refere o n.º 3 para se inteirarem da conformidade das gravações e obterem, à sua custa, cópias dos elementos naquele referidos.

A prática judiciária europeia, entretanto, inclina-se para dificultar uma duração “ilimitada ou indefinida” das escutas telefônicas, principalmente em razão das freqüentes condenações proferidas pelo TEDH contra países que não dispõem, com suficiente clareza, os limites temporais da medida. Afora os dois precedentes antes referidos (casos *Valenzuela Contreras v. Spain* e *Prado Bugallo v. Spain*), que ilustram o rigor com que o TEDH analisa a questão, também podem-se mencionar os casos *Huwig v. France* (24.04.1990) e *Kruslin v. France* (24.04.1990), ocasião em que aquela Corte também condenou, agora o governo Francês, em razão da proteção insuficiente verificada no art. 100 do *Code de Procédure Pénale*, ao não definir limites (dentre eles, limites temporais) para a duração da escuta telefônica (a íntegra de ambos os acórdãos está no ANEXO 5):

“(…)

34. *Above all, the system does not for the time being afford adequate safeguards against various possible abuses. For example, the categories of people liable to have their telephones tapped by judicial order and the nature of the offences which may give rise to such an order are nowhere defined. Nothing obliges a judge to set a limit on the duration of telephone tapping. Similarly unspecified are the procedure for drawing up the summary reports containing intercepted conversations; the precautions to be taken in order to communicate the recordings intact and in their entirety for possible inspection by the judge (who can hardly verify the number and length of the original tapes on the spot) and by the defence; and the circumstances in which recordings may or must be erased or the tapes be destroyed, in particular where an accused has been discharged by an investigating judge or acquitted by a court. The information provided by the Government on these various points shows at best the existence of a practice, but a practice lacking the necessary regulatory control in the absence of legislation or case-law.*

35. *In short, French law, written and unwritten, does not indicate with reasonable clarity the scope and manner of exercise of the relevant discretion conferred on the public authorities.(…)*

[Trechos idênticos contidos nas decisões de *Huwig v. France*¹³ e *Kruslin v. France*]¹⁴

¹³ Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=10218968&skin=hudoc-en&action=request>

¹⁴ Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=10219034&skin=hudoc-en&action=request>

Também a Holanda não escapou da censura. O caso *Doerga v. The Netherland*, muito embora não diga respeito a limitações temporais na escuta telefônica, bem confirma o rigor do TEDH com a necessidade de clareza da norma que a regulamenta (ementa e íntegra do acórdão no **ANEXO 5**):

RESPEITO PELA CORRESPONDÊNCIA (ART. 8º) – RESPEITO PELA VIDA PRIVADA (ART. 8º) – ESCUTAS TELEFÓNICAS – INGERÊNCIA – PREVISIBILIDADE

I. *Perante a ingerência no direito do requerente ao respeito da correspondência e da vida privada (artigo 8º, nº 1, da Convenção), cabe ao Tribunal determinar se a mesma respeitou os requisitos prescritos no nº 2 do citado artigo, para que esteja legitimada, designadamente, se a mesma estava “prevista na lei”; a expressão “prevista na lei” implica que, primeiramente, as medidas impugnadas se baseiem em disposições de direito interno, e, ainda, no que respeita à qualidade da lei, que esta seja acessível ao interessado, que, para mais, tem de poder prever através dela as consequências da sua conduta, e que seja compatível com a preeminência do direito.*

II. No âmbito da interceptação de comunicações pelas autoridades públicas, porque escapam ao escrutínio público e são susceptíveis de revelar abuso (ou um mau uso) do poder, exige-se que o direito interno preveja a protecção do indivíduo contra a arbitrária ingerência dos poderes públicos nos direitos protegidos pelo artigo 8º da Convenção.

III. *O poder das autoridades penitenciárias de controlarem e gravarem as conversas telefónicas dos reclusos está previsto na Circular nº 1183/379, de 1 de Abril de 1980, que remete a regulamentação do diploma, sobre o modo como se procederia ao controlo do conteúdo das chamadas, para os regulamentos internos de cada estabelecimento prisional; o regulamento de estabelecimento em que o requerente estava detido conferia ao respectivo director o poder de ordenar as escutas das conversas telefónicas de reclusos, estabelecendo expressamente que as respectivas gravações seriam destruídas assim que o chefe de segurança do estabelecimento prisional, ou um seu adjunto, procedessem à respectiva audição.*

IV. *Reconhece-se que a realização das escutas e a não destruição das gravações tinha base legal, todavia, a expressão “prevista na lei” engloba uma série de condições que vão para lá da mera existência de base legal segundo o direito interno, exigese que a “lei” seja dotada de acessibilidade e previsibilidade; uma norma é “previsível” se for suficientemente precisa, permitindo ao interessado, se necessário com o devido aconselhamento, regular a sua conduta de acordo com ela.*

V. A exigência de previsibilidade não pode ir tão longe que implique que um indivíduo deva prever quando é que as autoridades poderão proceder à interceptação das suas comunicações, para assim melhor conformar a sua conduta; contudo, a lei tem de ser suficientemente clara de modo a que os cidadãos possam conhecer as circunstâncias e as condições em que as autoridades públicas ficam habilitadas a exercer, de modo secreto e potencialmente perigoso, esta forma de ingerência no direito ao respeito da vida privada e da correspondência.

VI. *O tribunal considera que as regras aplicáveis neste caso concreto não possuíam a suficiente clareza e pormenor, não fornecendo indicações precisas sobre as circunstâncias em que as conversas tele-*

fónicas dos reclusos poderiam ser escutadas, gravadas e guardas em registo pelas autoridades prisionais, ou os procedimentos a que obedeciam; isto mesmo fica ilustrado pelo modo como os tribunais nacionais interpretaram a regra aplicável em matéria de destruição das gravações, que estipulava “as gravações não serão guardadas, devendo ser destruídas imediatamente”, e que foi interpretada como significando que as gravações da conversas telefónicas escutadas podem ser guardadas pelo tempo em que se mantiver o perigo que esteve na origem da ordem de realização de escutas, o que no caso concreto significou um período superior a oito meses.

VII. Sendo aceitável que é necessário, dentro das normais condições de detenção, proceder ao controlo dos reclusos e dos contactos que estabeleçam com o mundo exterior, incluindo os contactos telefónicos, considera-se que as regras aplicáveis ao caso não são suficientemente claras, nem precisas, pelo que não garantem adequada protecção contra ingerências arbitrárias das autoridades no direito ao respeito da vida privada e da correspondência, pelo que a presente ingerência não está “prevista na lei”, o que viola o artigo 8º, nº 2, da Convenção.

[TEDH, Caso Doerga v. Holanda, acórdão de 27 de Abril de 2004].¹⁵

Vivemos no Terceiro Mundo, é verdade. Porém, as lições advindas do Velho Continente devem ser tomadas como parâmetro interpretativo da solução de casos semelhantes em nosso País, seja porque proferidas num contexto comunitário bastante avançado – e essa é a pretensão do Brasil, via Mercosul –, seja porque a dogmática processual europeia sempre foi uma fonte importante para o Direito Processual Penal brasileiro.

O art. 5º da Lei nº 9.296/96 dispõe que a interceptação pode ser determinada por 15 dias, renovável por igual período – semelhante ao que ocorre na legislação italiana. O STF, no HC 83.515, reconheceu a possibilidade de renovações sucessivas, sem esboçar qualquer preocupação, entretanto, quanto aos limites das renovações. Certamente, estivesse a legislação brasileira submetida ao TEDH, nosso País também seria condenado por não regulamentar, de maneira clara, o limite temporal da diligência. Pede-se vênia para transcrever novamente a seguinte passagem de um julgamento daquela Corte internacional, transcrito acima, que bem esclarece o rumo de nossa argumentação: *“A exigência de previsibilidade não pode ir tão longe que implique que um indivíduo deva prever quando é que as autoridades poderão proceder à interceptação das suas comunicações, para assim melhor conformar a sua conduta; contudo, a lei tem de ser suficientemente clara de modo a que os cidadãos possam conhecer as circunstâncias e as condições em que as autoridades públicas ficam habilitadas a exercer, de modo secreto e potencialmente perigoso, esta forma de ingerência no direito ao respeito da vida privada e da correspondência.”* Indaga-se: o art. 5º da Lei nº 9.296/96, de acordo com a interpreta-

¹⁵ In <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/Sum%E1rios%202004.pdf>. A íntegra do acórdão pode ser obtida em <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=10219075&skin=hudoc-en&action=request>.

ção conferida pelo STF no HC 83.515, define, com clareza prévia, as circunstâncias e condições a partir das quais as autoridades judiciais estão legitimadas a determinar o monitoramento telefônico? A resposta negativa é bastante óbvia.

Assim, com base nesses precedentes internacionais, revela-se a evidente desproporcionalidade e irrazoabilidade do excesso de prazo no monitoramento telefônico decretado nos autos, que perdurou por **mais de 2 anos** ininterruptos. Dessarte, imperioso é o reconhecimento de que o PCD nº 2004.70.00.019229-2 e, posteriormente, também o PCD nº 2005.70.00.027065-9 são nulos em razão da ofensa ao art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, com base na mácula judicial à regulamentação estabelecida no art. 5º da Lei nº 9.296/96.

III. NECESSIDADE DE DECRETAÇÃO DA NULIDADE, POR DERIVAÇÃO, DO DESPACHO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E DE TODOS OS DEMAIS ATOS PRATICADOS NO PROCESSO PENAL Nº 2006.70.00.019980-5.

O **ANEXO 1** deste *writ* traz cópias da denúncia (fls. 02/150), do despacho de recebimento da denúncia (fls. 246/250) e da sentença (fls. 2406/2449) referentes ao Processo Penal nº 2006.70.00.019980-5, que se relaciona aos supostos crimes de corrupção ativa e passiva (art. 333 do CP), fraude processual (art. 347 do CP) e quadrilha (art. 288 do CP) envolvendo contatos feitos pelos pacientes com os Auditores Fiscais da Receita Federal JOSÉ LUIZ ALTHEIA e ADRIANA GIANELLO COSTA DE OLIVEIRA.

Toda a prova dessa, em tese, corrupção ativa/passiva tem sua origem no monitoramento telefônico decretado nos autos do PCD nº 2004.70.00.019229-2 (**ANEXO 2**) que, a partir do requerimento formulado pelo MPF às fls. 1341/1344 (**ANEXO 2**), fora desdobrado no PCD nº 2005.70.00.027065-9 (**ANEXO 3**), no bojo do qual foi requerido o monitoramento telefônico de JOSÉ LUIZ ALTHEIA e, posteriormente, de ADRIANA GIANELLO COSTA DE OLIVEIRA.

Uma breve leitura da denúncia formulada pelo MPF é suficiente para percebermos que os indícios de materialidade e de autoria tiveram sua origem nos monitoramentos telefônicos autorizados no bojo destes PCDs. Com efeito, a exordial, já de início, historia a evolução temporal do monitoramento telefônico:

*A operação OCCASU (PCD 2004.70.00.019229-2) foi iniciada perante esse r. Juízo com o objetivo de investigar, **mediante interceptação telefônica e de dados**, organização criminosa, ora chamada ‘GRUPO SUNDOWN (“GRUPO”)', que há muitos anos age em território paranaense, estruturada por diversas pessoas físicas e jurídicas que giram ao redor da FAMÍLIA ROZENBLUM, expressão aqui usada para se referir a ISIDORO ROZENBLUM, NOEMI ELPERN KOTLIAREVSKI ROZENBLUM, ROLANDO ROZENBLUM ELPERN e KARINA ROZENBLUM.*

Os monitoramentos revelaram ao longo do tempo a prática de inúmeros crimes de diversas naturezas praticados pelo GRUPO SUNDOWN, que se revelou talvez a mais complexa, intrincada e nociva rede empresarial do Estado do Paraná, por lesões de elevada magnitude ao erário público.

Ao detectar a vinculação à organização criminosa de um funcionário da instituição financeira MERRIL LYNCH, que desempenhou em favor do GRUPO atividades do mercado paralelo ou negro de câmbio, chamado ALEXANDRE CALADO, foram as apurações desmembradas, instaurando-se um Procedimento Criminal Diverso específico para investigá-lo, em um trabalho que foi chamado de operação OFATO (PCD 2005.70.00.027064-7), e acabou por abarcar as atividades ilícitas do doleiro curitibano NEI ROBERTO ANTUNES (o “NEI”).

Na mesma época, ao desvelar-se a prática de corrupção de Agentes da Receita Federal que estavam incumbidos de fiscalizar pessoas físicas e jurídicas da organização criminosa, sofreu OCCASU outro desdobramento, passando-se a desenvolver uma atividade de apuração criminal nomeada operação OAVESSO (PCD 2005.70.00.027065-9), com foco nos Auditores Fiscais da Receita Federal JOSÉ LUIZ ALTHEIA e ADRIANA GIANELLO COSTA DE OLIVEIRA.

*No bojo dos Procedimentos Criminais Diversos (“PCD’s”) relativos a esses três casos, ao longo dos muitos meses de investigação, foram interceptados telefones de diversas pessoas envolvidas nos esquemas criminosos desenvolvidos pelo GRUPO. **As decisões judiciais que autorizaram os monitoramentos levados a cabo nessas três operações formam o dossiê que constitui o Anexo 15.***
(...)”

Ao longo de exatas **88 páginas**, a denúncia do MPF fez menção aos diálogos monitorados a fim de demonstrar o suposto crime de corrupção (v. fls. 18/42, 56/65, 68/89, 105/109, 111/114, 119/123, 127/137, 141/147 – **ANEXO 1**). A sentença condenatória (fls. 2406/2449 – **ANEXO 1**), por sua vez, também refere-se aos diálogos telefônicos para justificar a condenação pelos crimes de corrupção ativa/passiva em diversos trechos (v. diálogos utilizados nas fls. 2416/2419, 2422/2427 – **ANEXO 1**).

Não há dúvida, pois, de que o reconhecimento da nulidade do PCD nº 2004.70.00.019229-2 também leva ao reconhecimento da nulidade do PCD nº 2005.70.00.027065-9, pois derivado dele, assim como a nulidade de ambos também levam à

nulidade do Processo Penal nº 2006.70.00.019980-5, que está baseada nas provas produzidas nestes. Com efeito, a “contaminação” decorrente de nulidade originária recebe o nome de **provas ilícitas por derivação**, que, no dizer de ADA PELLEGRINI GRINOVER *et al*, são aquelas provas “*em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio de informação obtida pela prova ilicitamente colhida*” (*As nulidades no processo penal*. São Paulo : Malheiros, 1992, p. 114). Suas origens remontam ao princípio norte-americano do *the fruits of the poisonous tree doctrine*, que, nas palavras de DANILO KNIJNIK - referindo-se ao HC 69.912-0-RS, julgado no STF, onde restou reconhecida a necessidade de anulação das provas lícitas derivadas de uma prova ilícita,

“há de se compatibilizar a ampla liberdade que o juiz deve ter na apreciação da prova com uma restrição tão séria e tão profunda como aquela gerada pela chamada prova ilícita por derivação, ou, se se quiser, pelos frutos de uma árvore envenenada. A decisão, pois, sinaliza com um primeiro aspecto importante: que os vínculos constitucionais da provas criminal poderão, sem a menor hesitação, obrigar a uma decisão ‘contra conscientiam’, porque - eis o ponto principal - não mais importa apenas a convicção, mas o modo pelo qual se buscou essa convicção, que passa a ser igualmente sindicável, desde que se consagrou o princípio da licitude da prova” (A “Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa” e os Discursos da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93. In: Revista da Ajuris, nº , p. 68-69).

No acórdão referido, o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE ressaltou que

“de fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu licitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas”.

Além disso, não se deve esquecer, novamente fazendo uso das palavras de ADA PELLEGRINI GRINOVER, que

“os diversos atos que compõem o procedimento não têm existência isolada, independente, mas constituem elos de uma cadeia lógica que objetiva a preparação da sentença final; existe sempre um nexo de causalidade entre os diversos atos que se sucedem (...). Normalmente, sendo os vários atos processuais ordenados cronologicamente, a decretação da nulidade acarreta o recuo do procedimento ao momento em que se constatou o vício de forma, decorrendo daí a necessidade de se ordenar a renovação do processo a partir do ato originariamente nulo, ou, segundo a praxe judiciária, desde determinada página dos autos, onde o ato está documentado” (op. cit., p. 25).

Também este é o entendimento de SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA: “*A ilicitude original da prova transmite-se, por repercussão, a outros dados probatórios que nela se apóiem, dela derivem ou nela encontrem o seu fundamento causal*” (Interceptação Telefônica. In: Boletim IBCCrim, ago/1996).

Apenas para elucidar que este continua sendo o entendimento jurisprudencial no bojo do STF, veja-se o seguinte acórdão:

“(…)
Prova ilícita: interceptação inválida, não obstante a autorização judicial, antes, porém, da Lei nº 9.296/96, que a disciplina, conforme exigência do art. 5º, XII, da Constituição: contaminação das demais provas a partir da prisão em flagrante e da apreensão do tóxico transportado por um dos co-réus, porque todas contaminadas pela ilicitude da interceptação telefônica que as propiciou. (...) A doutrina da proscrição dos fruits of the poisonous tree é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, mas, também, a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência da legitimidade jurídica da ação de toda autoridade pública”
 (STF, HC 75.545/SP, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 09.04.99).

Não parecem existir dúvidas, nesse rumo, de que toda a origem do Processo Penal nº 2006.70.00.019980-5 reside no monitoramento telefônico decretado judicialmente em ambos os PCDs referidos, cujo reconhecimento da nulidade também faz ecoar o vício na ação penal.

IV - PEDIDOS

Diante do exposto, requerem:

- (a) a notificação da autoridade coatora para, querendo, prestar as informações que entender pertinentes;
- (b) a notificação da Sub-Procuradoria Geral da República para a emissão de parecer;
- (c) **no mérito**, a decretação da nulidade do monitoramento telefônico objeto dos PCDs nº 2004.70.00.019229-2 e nº 2005.70.00.027065-9 - em razão da ofensa aos arts. 5º e 93, inc. IX da Constituição Federal e arts. 2º e 5º da Lei nº 9.296/96 – e, sucessivamente, a decretação da nulidade *ab initio* do Processo Penal nº 2006.70.00.019980-5, todos em tramitação pe-

rante o juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, na medida em que instaurado com base em provas ilícitas.

Declara-se, desde já, a autenticidade dos documentos em anexo.

Brasília, 12 de fevereiro de 2006.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT
OAB/RS 11.483

ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO
OAB/DF 4.107

ROBERTA C. R. DE CASTRO QUEIROZ
OAB/DF 11.305

JULIANO BREDA
OAB/PR 25.717

ANDREI ZENKNER SCHMIDT
OAB/RS 51.319