

CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

03

SÉRIE

Estudos de
Direito Público



Direito
Constitucional Penal



edius

Editora da UESC



Direito Constitucional Penal





Universidade Estadual de Santa Cruz

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA

JAQUES WAGNER - GOVERNADOR

SECRETARIA DE EDUCAÇÃO

OSVALDO BARRETO FILHO - SECRETÁRIO

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ

ADÉLIA MARIA CARVALHO DE MELO PINHEIRO - REITORA

EVANDRO SENA FREIRE - VICE-REITOR

DIRETORA DA EDITUS

RITA VIRGINIA ALVES SANTOS ARGOLLO

Conselho Editorial:

Rita Virginia Alves Santos Argollo – Presidente

Andréa de Azevedo Morégula

André Luiz Rosa Ribeiro

Adriana dos Santos Reis Lemos

Dorival de Freitas

Evandro Sena Freire

Francisco Mendes Costa

José Montival Alencar Júnior

Lurdes Bertol Rocha

Maria Laura de Oliveira Gomes

Marileide dos Santos de Oliveira

Raimunda Alves Moreira de Assis

Roseanne Montargil Rocha

Sílvia Maria Santos Carvalho

CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

03

SÉRIE
Estudos de
Direito Público



Direito
Constitucional Penal

Ilhéus-Bahia

edits
Editora da UESC

2014

Copyright ©2014 by CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

Direitos desta edição reservados à
EDITUS - EDITORA DA UESC

A reprodução não autorizada desta publicação, por qualquer meio,
seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

Depósito legal na Biblioteca Nacional,
conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

PROJETO GRÁFICO E CAPA
Alencar Júnior

REVISÃO
Genebaldo Pinto Ribeiro
Paulo Roberto Alves dos Santos
Roberto Santos de Carvalho

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N244 Nascimento, Carlos Valder do.
Direito constitucional penal / Carlos Valder do Nas-
cimento. – Ilhéus, BA: Editus, 2014.
104 p. – (Série Estudos de Direito Público; v. 3).

Inclui referências e apêndice.
ISBN: 978-85-7455-328-3

1. Direito penal – Brasil. 2. Direito constitucional –
Brasil. I. Título. II. Série.

CDD 345.81

EDITUS - EDITORA DA UESC
Universidade Estadual de Santa Cruz
Rodovia Jorge Amado, km 16 - 45662-900 - Ilhéus, Bahia, Brasil
Tel.: (73) 3680-5028
www.uesc.br/editora
editus@uesc.br

EDITORA FILIADA À



Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

Sumário

Apresentação da série	7
Apresentação do volume	9
CAPÍTULO I – A PERSECUÇÃO PENAL E A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PODER INVESTIGATÓRIO: POLÍCIA JUDICIÁRIA OU MINISTÉRIO PÚBLICO?	11
1.1 Contextualização do tema	13
1.2 Enquadramento normativo da matéria	16
1.3 Disciplina em matéria de competência investigatória	17
1.3.1 <i>No plano constitucional</i>	17
1.3.2 <i>Usurpação da competência do poder executivo</i>	19
1.3.3 <i>Contenção dos promotores no âmbito investigativo</i>	21
1.4 Superpoderes do MP e mais incorporação das funções policiais	23
1.5 Posição da Ordem dos Advogados do Brasil	27
1.6 Ministério Público: quebra de sigilo e investigação secreta	30
1.6.1 <i>Quebra de sigilo fiscal e bancário</i>	30
1.6.2 <i>Investigação direta de natureza secreta pelo MP</i>	33
1.7 O anonimato e a investigação por motu proprio maculam a Constituição Federal	36
1.7.1 <i>O anonimato e a persecução do procedimento criminal</i>	36
1.7.2 <i>A investigação por motu proprio ofende a Constituição</i>	38
1.7.3 <i>Atribuições entre as duas instituições são distintas</i>	42
1.8 Teoria dos poderes implícitos	46
1.8.1 <i>Configuração de cláusula plenipotenciária</i>	46
1.8.2 <i>Mais trabalho duro e menos retórica publicitária</i>	48
1.9 Considerações finais	51
CAPÍTULO II – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: PRESSUPOSTOS DE SUA BANALIZAÇÃO	55
2.1 Contextualização do tema	57
2.2 Enquadramento jurídico da matéria	59
2.2.1 <i>Na Constituição Federal</i>	59
2.2.2 <i>Na Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996</i>	60
2.3 O processo e seu comprometimento com a busca da verdade na ótica jurídico-filosófica	60
2.3.1 <i>Aspectos jurídicos do dever de verdade processual</i>	60
2.3.2 <i>A matéria sob ótica jus-filosófica: aparência e essência</i>	62

2.3.3	<i>Qualificação normativa das escutas telefônicas</i>	66
2.4	Julgamento antecipado dos investigados e sua execração pública	68
2.4.1	<i>Escuta telefônica como meio de prova principal: impossibilidade</i>	68
2.4.2	<i>Colheita de dados como exceção à regra da inviolabilidade</i>	69
2.5	Vulneração dos postulados da presunção de inocência, da intimidade e da dignidade humana	70
2.6	Necessidade de convergência do elemento valorativo	73
2.7	Considerações finais	77

**CAPÍTULO III – TRANCAMENTO DE PERSECUÇÃO PENAL
TRANSCRIÇÃO INCOMPLETA DE ESCUTAS TELEFÔNICAS ...** 79

3.1	Contextualização do tema	81
3.2	Aspectos processuais relevantes.....	82
3.2.1	<i>Transcrições das interceptações das comunicações telefônicas</i>	82
3.3	Condição de procedibilidade em matéria investigatória..	86
3.4	Descumprimento das formalidades essenciais.....	89
3.5	A contrariedade plena é que assegura o equilíbrio processual.....	92
3.6	Trancamento da ação penal	95
	Referências	100
	Apêndice.....	102

Apresentação da série

A Universidade Estadual de Santa Cruz movida pelo desejo de sistematizar e colocar à disposição do público acadêmico a obra do professor Carlos Valder do Nascimento, um dos docentes da Casa na área jurídica com maior produção publicada, decidiu fazer uma coletânea de seus trabalhos, fartamente conhecidos no país, mas pouco explorados pela comunidade acadêmica interna.

Os estudos constantes do presente livro formam a obra intitulada Série ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO desvelados pela essencialidade de sua doutrina. Referem-se a diversos trabalhos escritos pelo referenciado no campo da pesquisa e do magistério a partir de 1983 e, portanto, correspondente a sua trajetória de mais de três décadas no Departamento de Ciências Jurídicas desta Universidade.

O **terceiro volume** da série, sob o título **Direito Constitucional Penal**, é composto dos seguintes artigos: A Persecução Penal e a Teoria dos Poderes Implícitos. Poder investigatório: Polícia Judiciária ou Ministério Público?; Interceptações Telefônicas: pressupostos de sua banalização; Trancamento de Persecução Penal - Transcrição Incompleta de Escutas Telefônicas.

Identificado plenamente com a pesquisa que o levou a um patamar elevado, em face da natural repercussão dos pontos de vista esposados, e pela diversificação de sua obra, que permitiu seu livre trânsito por diversos ramos do conhecimento jurídico pôde, assim, ao longo do tempo, participar diretamente das discussões dos mais variados temas polêmicos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, sendo por este várias vezes citado em seus julgados, credenciando-o como um jurista acatado no cenário jurídico brasileiro.

Daí a observação do jurista Ives Gandra da Silva Martins:

“Conheço Carlos Valder há mais de trinta anos. Jurista de prestígio nacional e autor de sólida obra no campo do Direito tributário – alguns em co-autoria comigo –, granjeou como advogado, professor e jurista, desde o início de sua carreira, conhecimento de seus pares e admiração e pela objetividade e segurança com que sempre tratou dos temas a que se dedicou e sobre os quais escreveu. É um professor de direito com a preocupação de preservação do direito de defesa dos valores democráticos e um idealista, que vê na cátedra forma de colaborar com o desenvolvimento do País [...]”¹.

Não bastasse isso, a doutrina que desvela na formulação de suas teses jurídicas, bem construídas, como foi o caso da coisa julgada inconstitucional, lhe valeu a devida notoriedade. Além disso, tantas foram as contribuições visando à formação do convencimento dos magistrados, reveladas no número da expressiva jurisprudência que tem dado primazia as suas manifestações doutrinárias, seja pelos tribunais superiores, seja pela justiça de primeiro grau. Tem sido igualmente citado em várias obras de conceituados juristas pátrios.

Cabe ressaltar que ao longo da sua profícua carreira acadêmica grande foi a sua participação no debate oral e escrito de temas polêmicos e relevantes do cenário jurídico brasileiro.

Como consequência desse esforço acadêmico empreendedor é que se pode colher contemporaneamente o fruto do seu labor forjado no amadurecimento profissional e, em verdade, dessa vontade persistente nasce uma coletânea reveladora do fôlego produtivo do docente, em razão do seu conteúdo substantivo.

¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 9. Prefácio.

Apresentação do volume

O presente volume reúne, sob a ótica do Direito Constitucional Penal, estudos relacionados com o poder investigatório pelo Ministério Público com supedâneo na teoria dos poderes implícitos. Entretanto, a PEC 33/2011 busca confirmar a primazia da Polícia Judiciária para presidir a investigação penal.

Outro tema diz respeito as interceptações das comunicações telefônicas, advertindo para o perigo de sua banalização por parte das autoridades policiais. Ressalva, ainda, que sua validade depende da transcrição integral dos diálogos captados por autorização judicial. É o que a respeito já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

O último tema trata do trancamento da ação penal, adentrando e alertando sobre a necessidade do manejo correto dos elementos indispensáveis a sua propositura, em razão do conjunto probatório formado a partir das escutas telefônicas pelas autoridades policiais. Os três temas, por sua natureza polêmica, possibilitaram uma abordagem crítica com o intuito de contribuir para a melhor compreensão de sua conformação no ordenamento jurídico.

C A P Í T U L O I

A PERSECUÇÃO PENAL E A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PODER INVESTIGATÓRIO: POLÍCIA JUDICIÁRIA OU MINISTÉRIO PÚBLICO?

Sumário

- 1.1 Contextualização do tema
- 1.2 Enquadramento normativo da matéria
- 1.3 Disciplina em matéria de competência investigatória
 - 1.3.1 No plano constitucional*
 - 1.3.2 Usurpação da competência do poder executivo*
 - 1.3.3 Contenção dos promotores no âmbito investigativo*
- 1.4 Superpoderes do MP e mais incorporação das funções policiais
- 1.5 Posição da Ordem dos Advogados do Brasil
- 1.6 Ministério Público: quebra de sigilo e investigação secreta
 - 1.6.1 Quebra de sigilo fiscal e bancário*
 - 1.6.2 Investigação direta de natureza secreta pelo MP*
- 1.7 O anonimato e a investigação por motu proprio maculam a Constituição Federal
 - 1.7.1 O anonimato e a persecução do procedimento criminal*
 - 1.7.2 A investigação por motu proprio ofende a Constituição*
 - 1.7.3 Atribuições entre as duas instituições são distintas*
- 1.8 Teoria dos poderes implícitos
 - 1.8.1 Configuração de cláusula plenipotenciária*
 - 1.8.2 Mais trabalho duro e menos retórica publicitária*
- 1.9 Considerações finais

1.1 Contextualização do tema

O presente estudo elege como tema central a questão relativa ao poder investigatório reivindicado pelo Ministério Público, matéria que, aliás, se encontra *sub judice*, e, portanto, em compasso de espera, já que depende de solução no Supremo Tribunal Federal, sem data certa para julgamento.

Disse com toda ênfase a autoridade maior do MPF que a PEC n.º 37/2011, **caso aprovada** pelo Congresso Nacional, comprometeria as atividades de persecução penal a ele cometidas. Tal implicaria retrocesso monumental pela possibilidade de tolher o desempenho de suas atribuições constitucionais. Esse entendimento busca desviar o foco da questão, a fim de que o debate se desloque para o campo que de perto interessa aos desígnios do referido órgão.

A pretensão do MP, se uma vez satisfeita, poderá causar séria insegurança jurídica nas hostes administrativas, pela maneira como conduz os procedimentos a seu cargo. É inescandível a forma impositiva como conduz seus procedimentos, extrapolando os limites de sua competência no campo em que se processam as instruções das investigações penais. Pela ausência de um plano de trabalho consistente, passa a se imiscuir em assuntos de somenos importância, como de demandas pessoais corriqueiras, que não se enquadram na sua linha de ação.

As discussões travadas no âmbito doutrinário sobre essa possibilidade de presidir o procedimento investigatório, ainda que de forma implícita, vêm ganhando o merecido destaque na mídia. Os poderes investigativos são amplos, começando por inquéritos civis abertos para a apuração até de fatos banais, ainda assim suscetíveis de serem convertidos em ações de improbidade

administrativa, pelos quais boa parte dos réus é absolvida. E, ainda, ações penais e um aparato de mecanismos processuais com esse objetivo.

À primeira vista, tomando essa atitude, presume-se, hoje, uma iniciativa de que alguns promotores tentam impor um conhecimento enciclopédico para se imiscuir em tantos assuntos que fogem ao seu domínio profissional; e isto em detrimento de servidores públicos qualificados, esvaziando, assim, o trabalho desenvolvido por eles em seus órgãos e entidades.

Apesar disso, se falhas existem nas investigações policiais, não se pode assegurar que a investigação por parte do Ministério Público possa ser mais eficiente do que as da Polícia Judiciária, que possui um quadro de especialistas e, portanto, mais talhada para tarefas dessa magnitude.

É fato que tanto os policiais quanto os promotores cometem excessos e todos estão sujeitos a equívocos, principalmente, quando agem de forma ideologizada. O capricho pessoal, as perseguições gratuitas, as vaidades são ingredientes que temperam a maneira de atuação de tais servidores, atenuando ou agravando a situação dos investigadores, de acordo com o seu estado de ânimo.

É até razoável admitir que o MP alimente essa pretensão, embora sem a percepção da pragmática do mundo da vida, dissociado da vivência diária, não estejam seus conspícuos membros aptos ao desempenho de funções para as quais não foram treinados.

Carecem, portanto, do aprimoramento necessário e da modernização dos instrumentos indispensáveis à consecução de seus objetivos em prol da sociedade (meta longe ainda de ser atingida). O corporativismo também grassa no seu seio, o que impede que sejam também investigados pela frustração de pleitos desarrazoados, ou mesmo por comportamento incompatível com a persecução penal fora dos padrões desejados.

Nesse ponto, Fernando Rodrigues adverte:

Já há algum tempo é possível notar em parte do MP uma certa falta de destreza combinada com, é duro dizer, preguiça na hora de conduzir determinadas investigações. Todos sabem que o ex-presidente Fernando Collor se salvou da Justiça, beneficiado pela inépcia da denúncia apresentada contra ele... No século 21, há inúmeros recursos disponíveis para conduzir boas investigações. Mas exigem menos retórica e muito mais trabalho duro¹.

Pela titularidade do comando da investigação penal, por ausência de amparo legal, o Ministério Público invoca a seu prol a chamada “*teoria dos poderes implícitos*”, certo de que com isso possa justificar sua pretensão. Entretanto, a Polícia Judiciária entende que é dela a competência para a realização dessa atividade, gerando, dessa forma, um impasse entre as duas Instituições.

Diante desse quadro, surgiu a PEC n.º 37/2011 com o objetivo de espancar qualquer dúvida a respeito da questão. Pretende-se, pelo que se infere do seu conteúdo, preservar a incolumidade da competência investigatória da Polícia Judiciária, conquanto isso possa ser considerado apenas como um reforço normativo, já que a matéria está assentada na Constituição Federal.

Todos os aspectos envolvendo a momentosa questão merecerão a análise com contributo ao debate que se projeta no cenário nacional. Se o propósito da tese esposada neste estudo colher a adesão de quantos com ele se identificarem, acredita-se, tenha cumprido a finalidade para a qual se propôs.

¹ RODRIGUES, Fernando. Derrapadas do MP. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 8 ago. 2012. Opinião, p. 5.

1.2 Enquadramento normativo da matéria

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; I – a cidadania; II – a dignidade da pessoa humana; V – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; – o pluralismo político.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II – 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;

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. 3º – As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e

social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV [...] V [...] VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; I - [...] III - [...] V - polícias civis; - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; I - II - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. § 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

1.3 Disciplina em matéria de competência investigatória

1.3.1 No plano constitucional

O legislador constituinte não outorgou competência funcional ao Ministério Público no âmbito da investigação criminal. Isto implica dizer que deu primazia às

autoridades policiais para desincumbirem-se dessa tarefa. A Constituição não deixa margem de dúvida quanto às atribuições do Ministério Público e da Polícia Judiciária da União e dos Estados, a cargo da Polícia Federal e das polícias civis em face de suas especificidades.

Como é sabido, ao longo do processo histórico, a legitimidade para a condução do inquérito policial e a realização de diligência investigatória é de atribuição exclusiva da polícia. Veja-se, nesse sentido, a posição veemente do jurista Nelson Hungria:

O CPP [...] não autoriza, sob qualquer pretexto, semelhante deslocação de competência, ou seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do MP, na investigação criminal².

Pois bem, três funções relacionadas com a questão criminal estão delimitadas no texto constitucional, nesse diapasão, são bem definidas: A Polícia Judiciária é o órgão que cuida com exclusividade das atividades de investigação; O Ministério Público é a instituição voltada para a acusação no plano da persecução penal; e o Poder Judiciário é o órgão que configura a instância jurisdicional responsável pelo julgamento. Assim deve ser na medida em que têm seu papel definido de acordo com a legislação de regência.

Desse modo, sendo o MP parte integrante de um dos polos da ação penal, não pode figurar como acusador e ao mesmo tempo como titular do inquérito policial, na qualidade de artífice da promoção da investigação criminal. Só lhe cabe requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial, ofertando os

² STF Voto do Min. Nelson Hungria. RHC, n.º 34.827.

elementos legais indispensáveis à consecução do desiderato perseguido, a teor do art. 129, VIII, da Constituição Federal.

O argumento de que a Polícia Judiciária detém o monopólio da investigação criminal não se sustenta, até porque a CF fala em exclusividade e não em competência privativa. Tanto isso é verdade que os servidores que pertencem aos quadros do MP e do Judiciário podem ser investigados por seus pares, sem que tal configure a regra geral, devido ao seu caráter de exceção.

Por conseguinte, a inserção do § 10 no art. 144 da CF, proposta pela PEC n.º 37, de 2011, tem razão de ser. Com efeito, tal proposição visa fortalecer as funções de Polícia Judiciária em homenagem à relevância do seu trabalho desenvolvido em prol da segurança pública. Seu objetivo é conferir às polícias federal, civis dos Estados e do Distrito Federal competência para apuração de infrações de qualquer etiologia no campo penal.

1.3.2 Usurpação da competência do poder executivo

Outro aspecto da maior relevância é de que a função policial é subordinada ao poder executivo e, como tal, não pode ser deslocada para eixo distinto, nomeadamente da segurança pública. Se isso ocorrer, o MP ficará fora de qualquer controle, como, aliás, é do seu feitio, posto tratar-se de um órgão revestido da autonomia funcional, embora não se caracterize um dos poderes da República.

Trata-se, isso sim, essa busca de ampliação de atribuições constitucionais por parte do Parquet, de clara usurpação da competência deferida, “*com exclusividade*”, aos órgãos policiais encarregados da “*segurança pública*”.

Na verdade, os promotores não detêm conhecimento para exercer uma atividade especializada, tendo em vista as peculiaridades de suas atividades institucionais. Se o contrário fosse, quem então iria fazer o *controle externo* de tais funções deslocadas do alcance policial?

O deputado Antônio Carlos de Campos Machado assevera que o Ministério Público pretende administrar as cidades:

Em quase todas as cidades do Estado (pergunte aos intimados prefeitos se é verdade), já ocorreram excessos de autoritarismo, de abusos e de perseguição, todas elas de cunho pessoal e político. Parcelas do MP querem administrar as cidades³.

Nessa linha de intelecção, depreende-se que essa vontade do Ministério Público é de chamar para si os encargos cometidos à Polícia Judiciária. Mais grave ainda, na medida em que pretende se imiscuir em atribuições cometidas exclusivamente ao poder executivo. É preciso se respeitar os limites de atuação de cada órgão no contexto federativo que não dá lugar para improvisações; de modo que não faz sentido afastar as autoridades policiais de sua missão fundamental.

Se dessa forma predomina o ideário forte da autonomia da Polícia Judiciária, de outra banda o Ministério Público não pode usurpar a competência haurida da própria Constituição Federal. Aqui, essa ideia pontifica dentro de uma realidade normativa, porque “o direito e a realidade cujo sentido é servir à justiça”⁴,

³ MACHADO, Antônio Carlos Campos. Sobre a distorção da verdade. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 18 abr. 2013, p. A3.

⁴ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 51.

missão esta a ser cumprida por aquela entidade na caracterização dos fatos a serem apurados nos domínios da antijuridicidade.

1.3.3 Contenção dos promotores no âmbito investigativo

Os promotores devem se limitar ao espaço reservado ao seu âmbito de atuação, evitando, destarte, constranger as pessoas com procedimentos inadequados. Tal modo de proceder não quebra nem inibe seu *modus operandi*, tampouco visa restringir o campo de abrangência de ação referente às matérias com que devam trabalhar em consonância com sua área específica de atuação.

A exacerbação persecutória do MP, cujos membros se autointitulam paladinos da moralidade, encontra contrapartida na força coercitiva da jurisdição. Esse quadro de anormalidade tende a se ajustar no tempo, com a intervenção judicial que mitiga ou desencoraja o desenvolvimento de ações impróprias, justificáveis apenas do ponto de vista quantitativo.

Ainda bem que o Judiciário, em suas análises, atento ao quadro de insuficiência de indícios, tem repellido algumas tentativas no plano do Direito Processual Penal. Eis, pois, como se posicionou o des. Geraldo Prado, em sede de recurso estrito, tendo como recorrente o Ministério Público do Rio de Janeiro:

É que, depois de 1988, o processo penal ganhou uma nova e importante função, qual seja a de servir de instrumento a serviço da realização do projeto democrático e, sendo a justa causa uma condição para o legítimo exercício da ação, acaba por constituir em uma garantia contra o uso abusivo do poder de acusar e o abuso (ou não) no exercício da acusação será medido segundo a base empírica que confere substrato à pretensão estatal

que deve, repita-se, ser dotada de elementos informativos – geralmente extraídos do inquérito policial – que justifiquem a admissibilidade da inicial acusatória⁵.

O que se vê é que o MP reivindica para si o monopólio da verdade, a condição de arauto da democracia e de defensor perpétuo da sociedade. Exageros à parte, tudo isso não passa de mistificação que encanta pelo teor da mensagem veiculada de boa intenção. Seus membros julgam-se no direito, com o adjutório de certos juízes menos atentos, de acionar a jurisdição para incriminar pessoas, muitas delas inocentes, e se recusam a “*responder pessoalmente*” por suas aventuras jurídicas, transferindo, sempre de modo cômodo, o ônus delas decorrentes para os combalidos cofres públicos.

Na perseguição desse desiderato, constroem teses mirabolantes, inverossímeis, recheadas de argumentos falaciosos, imbricados em sentenças insignificantes, que *as “reproduzem”*, literalmente, inclusive, na seção dispositiva. São textos apressados de promotores sem inspiração, que podem ser até motivo para a nulidade. Trata-se de conduta desproporcional, na medida em que vulnera os direitos fundamentais, quando da aplicação da norma produtora de danos injustos.

A tão propalada eficiência do Ministério Público não tem se revelado na *práxis* republicana que, às vezes, extrapola para o “*abuso do exercício do direito*”. Tal expõe a autonomia exagerada que plasma sua atuação no universo jurídico, sem qualquer controle dos poderes constituídos. Não há, pois, como deter os excessos e os procedimentos sigilosos adotados sem o necessário controle jurisdicional.

⁵ TJRJ 5. C. Criminal RSE 26051-94.2010.8.19.0001. Decisão de 10 jun. 2010.

Impõe salientar que o inquérito policial consubstancia ato circunscrito ao âmbito administrativo de competência da Polícia Judiciária. Esta, isso sim, dispõe de aparato técnico e operacional para realizar sua missão. Nada impede, entretanto, a cooperação do MP no curso do procedimento investigativo. A conjugação de esforços entre as duas instituições certamente redundará, acredita-se, num trabalho mais fecundo e eficiente, é o que se espera em prol do combate à criminalidade.

1.4 Superpoderes do MP e mais incorporação das funções policiais

Sob pretexto pueril de enfrentar e resolver o problema da corrupção que grassa os quatro cantos do país, não se pode atribuir “*superpoderes*” a uma instituição que se recusa a ser fiscalizada ou controlada. Acha-se acima da lei para fazer o que bem entender, mesmo fora da razoabilidade. Assim, tem que se ater aos parâmetros estabelecidos no ordenamento jurídico, sob pena de quebrar o equilíbrio entre as partes que compõem o processo.

A concentração de poderes no MP põe no centro suas atuações como prioridade máxima, a ponto de promover espetáculos de mobilização da opinião pública em busca de captar sua simpatia para seu plano, o que não faz o menor sentido, já que não se trata de um órgão político. Seria um caminho escancarado para o abuso por absoluta falta de controle de suas atividades. Na prática, isso já acontece, na medida em que seus membros vêm atuando de modo indevido nesse campo do direito penal.

Alguns promotores chegam a agir como se gestores públicos fossem, impondo mudanças nos procedimentais à administração pública, inclusive, dos entes

federativos. Não consta que tenham conhecimento técnico para opinar nos campos da organização, método, cargos, salários e, de modo especial, na gestão de recursos materiais e humanos e de questões de infraestrutura. Não obstante a isso, tentam influir no poder regulamentar da administração pública, sem que para tanto detenham competência.

A autonomia funcional, seja dos promotores, seja dos policiais, limita-se ao campo de abrangência que delimita o espaço de sua atuação. Não lhes colhe o direito de exercício ao seu bel prazer, porque ela não pode ser confundida com imoderação do poder, nem constitui direito talhado por uma faculdade extraordinária. A desproporção no exercício de suas funções descamba para o abuso do exercício do direito, já que rompe com os padrões éticos que devem nortear o direito subjetivo de ação.

O que se pretende é uma concentração indesejável do poder investigatório que, em razão disso, pode redundar em superpoder que pode resvalar para o campo do abuso. Neste aspecto, adverte Cesar Astor Rocha:

No estado democrático, é dogma que as instituições reciprocamente se controlem, não sendo de cogitar-se que alguma delas possa ficar imune a limitações⁶.

A ação persecutória do MP no âmbito criminal tem merecido reparo do Judiciário, no sentido de contenção dos excessos. Na verdade, tem o mesmo realçado a necessidade do respeito à intimidade das pessoas como fundamento maior da dignidade humana. Nessa linha, lembrou a min. Maria Thereza de Assis Moura que:

⁶ ROCHA, César Asfor. **Cartas a um jovem Juiz**: cada processo hospeda em vida. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p 111-112.

Não se pode aceitar também o argumento do Ministério Público Federal de que ‘não há outra linha de investigação possível’. Fosse assim, as portas estariam abertas para o poder estatal devassar a intimidade de todos, sem freios. Deve-se partir do fato para se alcançar a autoria. Não se admite investigar a vida dos cidadãos para, a depender da sorte, encontrar algum crime⁷.

Na realidade, a questão sob análise não se circunscreve ao âmbito do poder compreendido na sua formulação conceitual estrita. Ainda que se assim fosse, a Polícia Judiciária teria a seu favor o fato de estar inserida na estrutura do Poder Executivo, a quem a Constituição deferiu tal prerrogativa. Dessa forma, exerce suas funções com primazia sem ser obrigada a compartilhá-las com o Ministério Público cujas atribuições estão perfeitamente delimitadas na Lei Complementar 75/93.

Por conseguinte, nessa quadra de tempo já não há mais lugar para procedimentos inquisitoriais, tese reforçada pelo STF, quando colocou a dignidade humana como marco fundamental da motivação que deve presidir as decisões prolatadas nos processos de qualquer natureza ou de iniciativa de demandas em sede jurisdicional. Isso autoriza dizer, no tocante a sua competência, que esse modo de atuação do Ministério Público macula os princípios consubstanciados nas regras expressas nos arts. 1º III e 5º, X, da Constituição Federal.

Sem ser um “*Poder inscrito na estrutura republicana senão mera competência de uma linha de atuação institucional em assuntos que lhe são próprios*”, reservada por lei, o Ministério Público se insinua além de suas prerrogativas funcionais; desse modo sobrepassando

⁷ STJ. Habeas Corpus n. 58. 257-RJ, 6ª t ed. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 22 ago. 2006.

os poderes estatais. Nessa linha de atuação funcional, rompe de maneira abrupta com o compromisso balizado pelo ordenamento jurídico, por tentar formar em torno de si uma couraça inexpugnável, uma aura de endeusamento de um ideário de justiça longe de ser alcançado, portanto inatingível, em dimensão maior que a do Estado.

Questiona-se, ainda, por pertinente, que os promotores atuam em determinadas circunstâncias como se fossem detentores de “*mandato popular*”. Embora não se saiba qual é a intenção disso, tudo leva a crer que essa motivação pessoal é suscetível de causar embaraço ao exercício regular da atividade pública, nos termos da Constituição Federal. Com essa postura, o Ministério Público, inquestionavelmente, se põe “*acima dos poderes republicanos*”.

Em opinião emitida, o deputado Antonio Carlos de Campos Machado tece sérias queixas com relação ao modo de agir do MP de São Paulo, como se vê:

Julgando-se dotados de superpoderes, adentram, perigosamente, o terreno do arbítrio, das contendas políticas e do desprezo à honra [...] O que se pretende, unicamente, é não mais permitir que alguns promotores públicos, sedentos de holofotes e sem alicerce, continuem enxovalhando honras alheias com picuinhas, perseguições baratas e oportunistas, quase todos levados pelo sentimento de superioridade de que se acham detentores⁸.

Querem tais servidores públicos chamar para si o monopólio da verdade, com a supervalorização de sua atividade que reputam inclusive acima do poder político

⁸ MACHADO, Antônio Carlos Campos. Sobre a distorção da verdade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 abr. 2013, p. A3.

catalisador da vontade social preponderante. Insinuem sua inserção no âmbito do poder decisório, dão entrevistas à imprensa, como se fossem um órgão de decisão do Estado, capaz de operar o milagre da democracia transformadora. Esqueceram-se, entretanto, de que a formação, bem como as

sucessivas transformações do estado é sempre efeito de gestações históricas laboriosas, e não imprevistas e miraculosas criações⁹.

1.5 Posição da Ordem dos Advogados do Brasil

Daí não, sem razão, o apelo em que a OAB sustenta que o Ministério Público, à luz da Constituição Federal, não detém poderes para investigar. Eis aqui transcritos excertos do voto de Cezar Roberto Bittencourt sobre a matéria:

Em verdade, o Ministério Público, com freqüência indesejável, divulga as investigações, mesmo as taxadas de ‘sigilosas’, primeiro para a mídia, de tal forma que o investigado é surpreendido pelos meios de comunicação. Em síntese, o Ministério Público não investiga os fatos, investiga somente aquilo que quer provar, isto é, somente colhe indícios e subsídios que interessem à sua tese, e não à verdade dos fatos.

Não admite controle jurisdicional de seus atos investigatórios - esse é seguramente um de seus maiores erros, em um Estado Democrático de Direito, ignorando o texto constitucional que assegura ‘aos acusados em geral’ a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF). Esse ‘mistério’ das investigações do MP é complementado com o seguinte.

⁹ DEL VECCHIO, Giorgio. **O Estado e suas fontes do Direito**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2005. p. 37-38.

Todas as investigações realizadas pelo Ministério Público são, segundo seus próprios membros, sigilosas - basicamente em todas as investigações realizadas pelo MP tem sido invocado sigilo, inclusive para o investigado e seu advogado. Investigações procedidas em locais e horários impróprios, sem mandado judicial, têm sido levadas a efeito.

Em outros termos, o Ministério Público, o cotidiano tem demonstrado isso, não admite que o defensor tenha acesso aos elementos das investigações, numa demonstração clara de sua dificuldade de atuar livremente em um Estado Democrático de Direito¹⁰.

A esse propósito, o pronunciamento do min. Ayres Britto de que “a democracia está entregue aos cuidados constitucionais do MP” não passa de uma frase de efeito sem maiores pretensões doutrinárias, a fim de se livrar de perguntas inoportunas feitas por interlocutores em congresso realizado na capital sergipana. Na verdade, sabe o ilustre jurista, que a democracia não se constrói com simples retórica estética do MP, pois, constitui um projeto político dos cidadãos na persecução do bem comum.

Ainda com a palavra o representante da OAB:

Finalmente, o STF manifestou-se especificamente sobre esses abusos que, nos últimos anos, haviam feito letra morta do texto constitucional, procedimento, que, aliás, o Ministério Público é multirreincidente. *Mutatis mutandis*, o entendimento adotado para o inquérito policial, aplica-se a todos os eventuais procedimentos investigatórios criminais, sejam em que âmbito for. Enfim, é preciso repensar os poderes do Ministério Público. Hoje, o cidadão não tem proteção diante do poder

¹⁰MP FORA d'água. OAB reafirma poder de investigação é da polícia e não do MP. São Paulo: Conjur: 2004. p. 1. Disponível em: <http://www.conjur.br/2004-ago-31/OAB_reafirma_poder_de_investigacao_da_policia>. Acesso em: 21 ago. 2012.

do Ministério Público. Estamos assistindo à disseminação do abuso e o cidadão está perdendo a possibilidade de invocar a seu favor as garantias constitucionais. Nessa linha, e a modo de conclusão, lembramos novamente o Recurso Ordinário de HC n.º 81.326-7, a 2ª Turma do STF, unanimemente, sob o voto condutor do Min. Nelson Jobim, decidiu que o Ministério Público não possui atribuições para realizar, diretamente, investigação de caráter criminal. Esse julgamento passou a ser o paradigma de muitas outras decisões de tribunais de todo o país que, antes com algumas hesitações, posteriormente vêm consagrando o mesmo entendimento. Em seu voto, o Min. Jobim destaca que, historicamente, no direito processual penal brasileiro, as atribuições para realizar as investigações preparatórias da ação penal têm sido da polícia, pelas mais diversas razões, as quais têm prevalecido a ponto de todas as iniciativas no sentido de mudar as regras nessa matéria terem sido repelidas, desde a proposta de instituir Juizados de Instrução feita pelo então Ministro da Justiça, Dr. Vicente Ráo, em 1935, passando pela elaboração da Constituição de 1988, da lei complementar relativa ao Ministério Público, em 1993, até propostas de emendas constitucionais em 1995 e 1999, com o objetivo de dar atribuições investigatórias ao Parquet. Na verdade, os legisladores constituintes e ordinários sempre rejeitaram a idéia de transformar o Ministério Público em ‘Grande Inquisidor’, reservando a ele o papel superior de controlador/fiscalizador das atividades policiais. Por isso, o min. Jobim afirma, com acerto, que a *mens legis* das normas em vigor é, seguramente, na direção de manter as investigações criminais como atribuição exclusiva da polícia judiciária¹¹.

São distintas as funções do Ministério Público e da Polícia Judiciária, enquanto esta exerce atividade policial no campo da segurança pública aquela promove a ação penal pública, inquérito civil e a ação civil pública

¹¹Ibidem, p. 1.

e se desincumbe de outros encargos previstos no art. 129, seus incisos e parágrafos da Constituição Federal. E as funções de Polícia Judiciária cabem às polícias, federal e civis dos Estados (art. 144, IV e § 4º da CF).

O Ministério Público é uma instituição permanente, nos termos do art. 127 e seus parágrafos 1º ao 6º da CF. As polícias são órgãos subordinados ao poder executivo, incumbidos da segurança pública, visando à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF). Como se observa, não sendo o MP um poder da República, mas apenas uma instituição conformada constitucionalmente, não pode tomar para si atribuições de outros órgãos.

1.6 Ministério Público: quebra de sigilo e investigação secreta

1.6.1 Quebra de sigilo fiscal e bancário

O inquérito policial tem no delegado de polícia a figura central, que dele se serve para promover a formalização da investigação criminal. Assim é que, nessa condição de autoridade, integra a Polícia Judiciária. Dessa forma, não concorre tão somente para estabelecer, no plano subjetivo, o conhecimento do promotor em torno da *opinio delicti*, ao contrário, vai mais além, ao instruir o processo decisório jurisdicional.

Por esse ângulo, não se pode menoscar o trabalho policial com interferência indébita na sua esfera de atuação. Nem o *modus operandi* objetivando delimitar a materialidade e autoria da ação delituosa. De sorte que deve ser mantido incólume, com a preservação da independência dos delegados que não poderão ser surpreendidos com o uso de expediente pelo MP para limitar seu raio de ação no plano da investigação criminal.

Tal polo de tensão entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária caracteriza visível a tentativa daquele interferir na investigação criminal visando a sua condução. Isso não se revela verossímil, já que a atividade de polícia não guarda, na sua estrutura orgânica, relação de subordinação com aquela instituição. Cada um deve desempenhar seu papel de acordo com a CF.

Por conseguinte, a rotina fixada pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal na linha da Resolução n.º 63, do Conselho de Justiça Federal, editou a Resolução n.º 107 disciplinando a matéria. Só que a parametrização jurídica no âmbito operacional desafia o rito determinado pelo Código de Processo Penal. Veja-se a propósito o teor da regra contraditória:

Art. 4º Quando a autoridade policial deduzir requerimento que demande decisão judicial, o membro do Ministério Público Federal, concordando com o pedido, dirigirá petição a autoridade judiciária, para análise e deliberação (Resolução 107, do CNMPF).

Mesmo não sendo o MP dotado de condições técnicas para se desincumbir das tarefas afetas aos feitos dos delegados de polícia, insiste nessa tecla. Se assim pretenda implantar sua própria rede investigatória, é bem provável que tal propósito se confundirá com o policial, numa fusão prejudicial aos interesses da sociedade, ao instituir em suas hostes a função policial em contrariedade à lógica dos serviços de segurança pública.

É claro que tal intento não há de prevalecer em face de se construir, de forma paralela, um sistema policial “*immune a qualquer modalidade de controle*”; rendendo, em consequência, o ensejo de que até a investigação secreta se processe no âmbito do Ministério Público, como, aliás, já tem ocorrido, infelizmente,

abortada pelo Poder Judiciário, sem que os promotores federais fossem exemplarmente punidos, pelo que se sabe, merecendo, ao contrário, apoio de seu sindicato (ANPR).

Seja como for, o MP incorre, às vezes, em abuso do direito no exercício de investigações equidistantes da baliza legal em trabalhos de levantamentos preliminares de forma pessoal e, inclusive, em acionar pessoas físicas e jurídicas com requisições de documentos para, segundo diz, instruir seus procedimentos. A propósito, configura ponto pacífico que seus membros não têm competência para a quebra de sigilo fiscal sem prévia autorização judicial, como se vê:

Recurso em habeas corpus – crimes contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro e de lavagem de dinheiro – investigações preliminares – quebra do sigilo fiscal do investigado – inexistência de autorização judicial – requisição feita pelo membro do Ministério Público diretamente à Receita Federal – ilicitude da prova – desentranhamento dos autos – trancamento do inquérito policial – impossibilidade – existência de outros elementos de convicção não contaminados pela prova ilícita – dado parcial provimento ao recurso.

I. A requisição de cópias das declarações de imposto de renda do investigado, feita de forma unilateral pelo Ministério Público, se constitui em inequívoca quebra de seu sigilo fiscal, situação diversa daquela em que a autoridade fazendária, no exercício de suas atribuições, remete cópias de documentos ao parquet para a averiguação de possível ilícito penal.

II. A quebra do sigilo fiscal do investigado deve preceder da competente autorização judicial, pois atenta diretamente contra os direitos e garantias constitucionais da intimidade e da vida privada dos cidadãos.

III. As prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, não compreendem a possibilidade de requisição de documentos fiscais sigilosos diretamente junto ao Fisco.

- IV. Devem ser desentranhadas dos autos as provas obtidas por meio ilícito, bem como as que delas decorreram.
- V. Havendo outros elementos de convicção não afetados pela prova ilícita, o inquérito policial deve permanecer intacto, sendo impossível seu trancamento.
- VI. Dado parcial provimento ao recurso¹².

1.6.2 Investigação direta de natureza secreta pelo MP

Nenhum promotor, seja federal, seja estadual, pode se investir de autoridade maior suficiente para bisbilhotar a vida alheia, tendo como lastro texto apócrifo em que se funda o objeto de delação, que nunca se sabe seja ela idônea; especialmente, quando não se vislumbrar vestígios nas pegadas que levem à materialidade delitiva, anonimamente, como fruto de denúncia sem se saber ao menos da intenção que motivou o ato delator.

Ademais, nessa quadra do tempo presente já não há lugar para procedimentos subterrâneos, inquisitórios, expedientes intimidatórios, sem controle e sem limite. O abuso do direito subjetivo, de acusar, não contribui para a democracia, fere os ditames constitucionais que estabeleceram o devido processo legal como corolário fundante do respeito à dignidade da pessoa humana e, dessa forma, conspurca o sagrado direito de ampla defesa.

¹²STJ-rhc-20329/pr-2006/0225618, relatora Jane Silva, dj 22 out. 2007. p. 312.

Processo rhc 20329 / precurso ordinário em habeas corpus 2006/0225618-9 relator(a) ministra Jane Silva (desembargadora convocada do tj/mg) (8145) órgão julgador t5 - quinta turma data do julgamento 04/10/2007 data da publicação/fonte dje 22/10/2007. p. 312.

Mesmo a atitude isolada de um membro do MP é suscetível de abalar o elo de confiança que contamina todo o sistema processual. Ao passar dos limites de atuar, envereda pelo caminho do abuso de poder, tangenciando o campo do arbítrio pela imposição de uma vontade pessoal incompatível com o devido processo legal assegurado em toda a plenitude pela Constituição Federal.

O anônimo sincronizado com o secreto não se afigura, por todos os títulos, uma singela combinação de partes iguais que interagem em torno da persecução ideal do bem comum. Ao revés, contribui de forma direta para menoscar a dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos da República a merecer proteção absoluta do Estado.

Trata-se, sem a menor dúvida, de uma mistura explosiva que concorre para a formação de uma procedibilidade fora do controle estatal, e a desafiar o postulado da impessoalidade, prevalecendo, desse modo, sobre o interesse do Estado, posto configurar um atentado às práticas democráticas.

A ideia da investigação direta promovida de maneira secreta não encontra respaldo na ordem jurídica posta. Então, a pretensão punitiva do Estado, nessas circunstâncias, tem foro de clandestinidade. Na verdade, a persecução extrajudicial da atividade policial não se compraz com as regras processuais penais.

O inquérito policial, a cargo da Polícia Judiciária, configura, iniludivelmente, atos preparatórios de natureza administrativa cuja inserção no universo dos deveres instrumentais produz consequências práticas na esfera do processo penal ao qual são destinados. Daí, seu caráter de indispensabilidade na consecução da ação penal pública atribuída ao Ministério Público.

Por esse motivo, o quadro desenhado em torno da questão suscitada revela-se deveras preocupante,

na medida em que um membro desavisado do Ministério Público se acha no direito de devassar a vida de qualquer cidadão. É óbvio que ele não tem competência, muito menos legitimidade, para tanto. Torna-se evidente a necessidade de que os membros do Ministério Público sofram as inspeções e correições regulares nos Estados, que não vêm ocorrendo, refletindo a falta de controle das atividades por eles exercidas.

Trata-se de um quadro de menosprezo aos direitos fundamentais, na medida em que se processada *motu propria* à investigação a partir da inviolabilidade de dados fiscais ou bancários, sem autorização judicial, fere o artigo 5º, XII, da CF; de modo que as provas assim colhidas, reputadas ilícitas, são inadmissíveis no processo penal, nos termos do inc. LVI, do art. 5º da Constituição Federal, bem com do inc. IV do mesmo art. que, igualmente, veda o anonimato.

As regras processuais penais não acolhem os **juizados de instrução** como ocorre na persecução penal do Velho Continente. Nessa perspectiva, aqui, as provas colhidas durante a investigação, ao serem levadas ao juiz, fixam, desenganadamente, o contraditório antes da instauração do processo. De sorte que o inquérito policial é um procedimento visando subsidiar o Ministério Público na instauração da ação penal.

Não basta ao propósito da instrução criminal apenas buscar na retórica a solução adequada para provocar a jurisdição. É preciso trabalhar melhor os fatos, delimitando-os, com suporte em provas idôneas, não sujeitando as pessoas a suportar carga emocional desnecessária; e assim recomenda a prudência que o inquérito penal seja conduzido pela Polícia Judiciária, tendo em vista que o histórico de sua experiência merece ser levado em conta.

O contraditório constitui o termômetro sobre o qual deve repousar toda a iniciativa visando a apuração

de fatos contrários à ordem jurídica. De outro modo, tem-se que a inconsistência não deve prevalecer em detrimento do cidadão. Nesse aspecto, o esforço deve ser dirigido de maneira a se alinhar com os postulados da presunção de inocência, o que impõe ater-se ao procedimento de acordo com a legislação de regência.

A vida das pessoas não pode ser devassada fora de limites toleráveis. E a investigação direta, por escapar de qualquer controle, não é boa para a democracia. Decorrente disso, a apuração unilateral, sob essa perspectiva afastada de qualquer garantia para o investigado, não tem lugar nas práticas republicanas que manda observar *o due process of law* contra o abuso de todos os matizes.

1.7 O anonimato e a investigação por *motu proprio* maculam a Constituição Federal

1.7.1 O Anonimato e a persecução do procedimento criminal

Em decisão exarada no corpo do procedimento 2009.61.81.004404-7, da 7ª Vara da Justiça Federal Criminal de São Paulo, que cuida da investigação interna por membro do Ministério Público, o juiz Ali Mazloum considerou-a como secreta, no sentido de que foi realizada à revelia dos investigados que, inclusive, não foram notificados nem sequer para se defender, fincando suas vigas básicas. Assim, caracterizou-a na medida em que

o procedimento não esteve submetido a nenhum órgão externo de controle; o procedimento adotado não tem forma nem figura de juízo, sem previsão legal; o procedimento, sem controle de prazos, foi levado a cabo sem o conhecimento dos investigados, que durante 5 anos

CAPÍTULO I

A persecução penal e a teoria dos poderes implícitos.
Poder investigatório: Polícia Judiciária ou Ministério Público?

ficaram a mercê de modelo persecutório estribado unicamente em ato de vontade pessoal de órgão estatal; o procedimento iria ao arquivo sem deixar rastros em qualquer registro de natureza pública¹³.

Além de contrariar o preceito contido no art. 7º da resolução n.º 13/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, que determina seja feita a notificação do investigado, para prestar informações, facultado constituir advogado; de igual sorte desrespeita a súmula vinculante n.º 14, do STF:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

O Superior Tribunal de Justiça assentou que os membros do Ministério Público não têm competência para requisitar a quebra de sigilos fiscais junto à Fazenda Pública¹⁴. Tal expediente somente poderá ser utilizado com a anuência do Poder Judiciário, a fim de se evitar a sua banalização.

Por outro lado, o anonimato não tem amparo na Constituição Federal. Então, a denúncia anônima configura inidônea que, por isso, não autoriza a violação da intimidade do cidadão, ainda como agravante o procedimento secreto, que afasta o contraditório. Diz o texto: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (CF. art. 5º, IV).

¹³Justiça Federal Criminal de São Paulo: procedimento 2009.61.81.004404-7.

¹⁴STJ-RHC-20329/PR-2006/0225618.9 rel. Jane Silva, DJ. 22-10-07. p. 312.

O STF confirma essa assertiva:

ANONIMATO – NOTÍCIA DE PRÁTICA CRIMINOSA PERSECUÇÃO CRIMINAL – IMPROBIDADE não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, considerados a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos civil e penal, de quem a implemente¹⁵.

Tal procedimento vai de encontro ao art. 39, § 2º do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público:

Não serão conhecidas pelo Conselho petições, representações ou notícias em que o autor não seja qualificado mediante a declaração de nome e endereço completo, número de documento de identidade, inscrição no CPF ou no CNPJ e a apresentação de cópia dos respectivos documentos.

As polícias federal, dos Estados e do Distrito Federal são subordinadas ao Poder Executivo e, como tal, não se submetem às correições do Ministério Público. Se assim se admitisse, ocorreria, sem dúvida, sério conflito de competência entre um órgão institucional e um poder da República.

1.7.2 A investigação por motu proprio ofende a Constituição

A investigação direta pelo MP não garante que seja melhor do que a procedida pela Polícia Judiciária, ainda com o agravante da ausência de controle externo de

¹⁵STF HC 84827/TO, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 23-11-07. p. 79.

seus membros. Já se disse alhures a existência de procedimentos incompatíveis com o ordenamento jurídico, de natureza secreta, alheios à hierarquia funcional. Mais grave, ainda, sem o conhecimento do investigado, em detrimento ao direito de defesa assegurado pela Constituição.

Há casos de devassa da vida de pessoas, com acesso indevido a informações sigilosas de natureza bancária e fiscal, sem autorização judicial. Nessa linha, são recolhidos documentos de forma inadequada, ultrapassando os limites traçados pelo sistema legal. Na verdade, aos promotores falece competência para assim agir, de maneira subterrânea, o que importa caracterização de um comportamento antijurídico.

Se tal conduta desborda do quanto preconizado pelo sistema referido à procedibilidade, então macula as exigências inscritas no bojo dos direitos subjetivos, revelando-se disfuncional. Para Antonio Menezes Cordeiro, “essa disfuncionalidade intra-subjetiva constitui a base ontológica do abuso do direito”¹⁶, isto quer dizer, ainda conforme o referido autor, que tais direitos são o sistema já que deles é parte integrante¹⁷.

Por conseguinte, a fórmula engendrada pelo MP, que tem na denúncia anônima sua conformação estrutural, não encontra ressonância na ordem jurídico-constitucional. Daí incorrer em quebra de confiança quem age na linha tênue do “exercício disfuncional de posições jurídicas”¹⁸. O magistrado, ao cotejar o comportamento tido como abusivo em razão dos ditamos

¹⁶CORDEIRO, Antonio Menezes. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2011.

¹⁷Idem, p. 115.

¹⁸Idem, p. 118.

legais e presentes seus pressupostos, pode dele tomar conhecimento oficioso mesmo que não seja alegado pelo investigado.

Trata-se de comportamento inusitado que, pela situação de constrangimento causada, redundava abusiva, somente encontrando paralelo nos manuais de inquisição do Santo Ofício, matéria, aliás, não constante dos currículos jurídicos.

Na verdade, decorre única e exclusivamente da vontade pessoal do promotor, em flagrante colisão com a publicidade que rege os atos da administração pública (art. 37 da CF). É bem provável que busque inspiração nas ordenações manuelinas e afonsinas em razão do seu aspecto cartorial secreto¹⁹. Assim, o seu *modus faciendi*, rigorosamente, não encontra precedentes nas leis e códigos brasileiros.

Interessante notar que, com relação às denúncias contra seus membros, o MP não tem o mesmo tratamento, já que estabeleceu uma série de exigências para recepcioná-las, até com o acompanhamento de cópias de documentos que indica. Para os outros, admite investigação secreta e, portanto, desconhecida

¹⁹"É isso, tanto mais quando se tenha presente que as investigações conhecidas têm assumido caráter sigiloso, num procedimento desenrolado à sorrelfa dos interessados, com a colheita dos elementos probatórios em ambientes fechados, e, ao que se sabe, com forte carga psicológica sobre os inquiridos.

Mais do que isso, representaria, como de fato representa, uma indesejável e inadmissível ditadura ministerial, na fase pré-processual da *persecutio criminis*, com afronta aos direitos e garantias constitucionais do investigado, e determinante da *ilicitude* de toda a sua atuação, e, outrossim, da nulidade dos atos praticados, bem como de todos os que deles venham ser conseqüentes" (TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 84).

pelos investigados e impossibilita acesso de advogados em face de sua natureza secreta. Muitas para apurar *coisa nenhuma*.

A prática de investigação direta, se admitida a fórmula sub-reptícia adotada pelo MP, é nociva, nefasta mesmo. Corre-se o risco de se ter a intimidade devassada por iniciativa pessoal de seus membros. Basta que seja forjada uma denúncia anônima que, como tudo indica, sem autoria certa e determinada, para bisbilhotar a vida alheia, como e quando quiser, em desfavor do cidadão que se presume inocente.

A persecução penal, nessas circunstâncias, desafia o *due process of law*, os princípios da publicidade e da vedação do anonimato, todos inscritos no texto constitucional. Daí, a investigação criminal sem controle externo, de prazos equidistantes da jurisdição que, por iniciativa pessoal de membro do MP, promove a quebra de sigilos, fiscal e bancário, sem conhecimento do investigado, configura um arremedo de procedimento em face do seu nítido sincretismo.

Seja como for, qualquer investigação criminal direta ou indireta, de Polícia Judiciária e do Ministério Público, respectivamente, submete-se ao crivo jurisdicional. Procedimentos sumários, subterrâneos, arbitrários a que se recorrer para pautar tais modelos investigatórios não cabem no Estado de Direito professado pela democracia republicana, onde predomina o postulado de vedação ao anonimato proscrito pela Constituição da República, devido ao seu caráter perverso, atentatório à dignidade da pessoa humana.

Constitui abusiva investigação de iniciativa de promotor que, além de lhe faltar competência, fere o princípio constitucional da impessoalidade. A prática de ato secreto não se compatibiliza com o ordenamento legal. Daí os elementos escolhidos em função disso não

têm qualquer serventia como meio de prova, devido ao seu incontestável caráter ilícito.

1.7.3 Atribuições entre as duas instituições são distintas

Se iguais pudessem ser consideradas as atribuições institucionais do Ministério Público e da Polícia Judiciária, provavelmente, a Constituição Federal assim o fizesse, não estabelecendo nenhuma distinção entre elas e as reuniriam num mesmo capítulo, se entendesse que tais funções guardassem o mesmo nível de afinidade das matérias a serem disciplinadas nesse campo. Considerou, todavia, que aquele exerce funções essenciais à Justiça e a esta atribuiu funções inerentes às atividades relacionadas com a segurança pública, coisas, portanto, absolutamente distintas.

Tais atribuições, delimitadas nos capítulos IV e V da Constituição Federal, estão vinculadas, respectivamente, aos Títulos IV e V. Nessa linha de inteligência, conforme aduz Rogério Lauria Tucci,

embora harmônicas, distintas, em tudo, até mesmo topograficamente, apresentam-se as funções estabelecidas para o Ministério Público e para a Polícia²⁰.

Dividir tarefas de polícia entre órgãos distintos pode redundar num esforço improdutivo, pois é bem provável que haverá excessos persecutórios. Isto em decorrência da falta de limites na forma de atuar de cada um deles, inclusive, pela impossibilidade de se determinar a quem caberá prestar contas dos atos praticados.

²⁰Ibidem, p. 75.

E, ainda, que referido encargo – apuração de infrações – fica sem o devido controle e fiscalização, já que, no futuro, o MP deverá fazer parte integrante da relação processual.

Não é outro o entendimento de Rogério Lauria Tucci:

O § 4.º da primeira dessas indicadas disposições não deixa qualquer margem de dúvida a respeito de que às polícias civis ‘incubem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares’: tal a clareza de seu enunciado, que nenhum esforço de interpretação reclama do analista (*in claris cessat interpretatio*)²¹. Não é possível, porém, permitir que o Ministério Público possa acumular as funções de investigador (que ninguém presta contas), e de instituição encarregada de promover a persecução criminal. Trata-se de um acúmulo perigoso de atribuições, que sobre ser ilegal e inconstitucional, é absolutamente inconveniente, pois dá lugar, pelo excesso de poder, a abusos intoleráveis [...]”²².

Em outro tópico, o referido processualista lembra-se da ausência de infraestrutura do Ministério Público para de tais atribuições se desincumbir. Aduz, ainda, que alguns de seus membros

‘ávidos de promoção pessoal e de publicidade, e até mesmo desprezando inafastáveis valores éticos, assumirem a condição de inquisidores, travestindo-se de investigadores’²³.

²¹Ibidem, p. 28.

²²Ibidem, p. 45.

²³Ibidem, p. 78-79.

Para José Afonso da Silva, cabe tão somente ao Ministério Público fazer requisições quanto a providências investigatórias e relativas ao inquérito policial, que caracterizam suas funções institucionais, pois:

Nisso se resume a função investigatória do Ministério Público. Apesar disso, o Ministério Público, por atos normativos internos, vem dando-se o poder de investigação criminal direta. Isso, para além de sua competência, porque a função investigativa – ou seja, as funções de polícia judiciária e a de apuração de infrações penais – foi atribuída à polícia civil (art. 144 §§ 1º e 4º)²⁴.

E aí que entra a polícia judiciária, que tem por objetivo precisamente aquelas atividades de investigação, de apuração das infrações penais e de indicação de sua autoria, a fim de fornecer os elementos necessários ao MP e sua função repressiva das condutas criminosas, por via da ação penal pública²⁵.

Na mesma linha, Antonio Scarance Fernandes também se manifesta:

Assim, não se extrai diretamente dos dispositivos citados expressa autorização para o Ministério Público investigar [...] Não configura substituição da atividade investigativa da polícia pelo Ministério Público, pois aquele não foi reservado esse mister [...] Entre nós, contudo, depende-se ainda de previsões específicas no ordenamento jurídico positivo, evitando-se a incerteza a respeito dos poderes do promotor durante a investigação²⁶.

²⁴SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. Malheiros Editores, 2012. p. 616.

²⁵Ibidem, p. 650

²⁶FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 239.

Nada se pode firmar quanto a excelência do inquérito policial tão decantado por alguns, senão realçar o fato de que, em certo sentido, não passa de uma mera peça de ficção. No mais das vezes, configura uma retratação bizarra da realidade nem sempre suscetível de reproduzir com fidelidade os fatos objetos de procedimento apuratório. Daí a cautela que deve ser observada com relação a instrumentos processuais utilizados na interpretação e aplicação do direito.

Por sua vez, a Polícia Judiciária ou mesmo o MP, ambos atuando na persecução penal, recorrem à elucubração mental para construir uma tese de acusação. Neste caso, é patente a criatividade para engendrar um enredo na busca de justificar o acesso à justiça, visando tentar que a matéria seja apreciada pelo Judiciário. São teses recheadas de elementos inconsistentes e, portanto, imprestáveis ao fim colimado.

É indubitoso que tal empreitada, instauração direta de procedimento, põe em risco a intimidade da vida privada e o patrimônio do indivíduo pelo acesso indevido a documentos a ele relativos. Tal somente torna-se possível com a participação do Fisco ou de estabelecimento bancário e, em decorrência disso, podem ser responsabilizadas as pessoas que concorrem para o fornecimento indevido de dados sigilosos, amparados pela lei, sob sua guarda, aos membros do Ministério Público, sem autorização judicial.

É evidente que, aqui, a responsabilidade não pode recair sobre o Estado, mas em quem agir dessa forma, isto é, em desconformidade com os ditames normativos que disciplinam as atividades de instrução em desacordo com os ditames das normas que balizam suas atividades no campo de investigação ou instrução criminal. Incide, nesses casos de abuso procedimental, a “*responsabilidade pessoal*” em face de

comportamento temerário e, portanto, de caráter arbitrário em detrimento da dignidade investigada, presumidamente inocente.

1.8 Teoria dos poderes implícitos

1.8.1 Configuração de cláusula plenipotenciária

A teoria dos poderes implícitos tem como premissa básica um precedente *McCulloch vs. Maryland*, de 1813, na Suprema Corte Americana. Consiste permitir que uma função deferida a determinada instituição use de meios, mesmo que de forma implícita, objetivando a implementação das atividades que lhe foram cometidas pelo texto constitucional. É uma maneira de justificar a possibilidade de o Ministério Público promover diretamente a investigação criminal.

Com efeito, os membros do MP alegam em seu prol que, na qualidade de titulares da ação penal, podem ser investidos dessa prerrogativa especial. Segundo eles, com essa faculdade teriam melhores condições de bem desempenhar suas atribuições no combate às práticas delituosas. Neste caso, o que pretendem é, sobretudo, atuar na persecução penal, compartilhando essa atividade com a Polícia Judiciária.

Trata-se de norma expressa, o que afasta qualquer investida de quem a ela não se vincular. Se assim tal foi decidido pelo poder constituinte originário, não há como invocar teoria alienígena para impor um precedente perigoso num procedimento devidamente consolidado.

As funções do MP, bem como da Polícia Judiciária, estão perfeitamente delimitadas na Constituição Federal. Se em face delas o Ministério Público não pode realizar nem presidir investigação criminal, não há como acolher a teoria norte-americana. Na verdade,

ela pressupõe o silêncio normativo, para seu aproveitamento, o que efetivamente não é a problemática de que dá conta o debate que se trava em torno da questão.

A tentativa de moldar à teoria dos poderes implícitos a realidade processual brasileira no plano penal é destituída de qualquer fundamento. Quem assim pensa, incorre em erro de concepção ao pretender equiparar situações distintas no plano do direito comparado. Nesse aspecto, José Afonso da Silva aduz que a doutrina questionada não se revela correta sob o argumento de que:

Essas indicações do direito estrangeiro só têm a utilidade de mostrar que o regime da matéria no Brasil é próprio, peculiar e único, porque define os campos de atuação do Ministério Público e da Polícia Judiciária com precisão e sem dependência recíproca, de sorte que a invocação de doutrina estrangeira sobre o assunto não traz a menor contribuição ao seu esclarecimento²⁷.

Qualquer que seja a investigação: penal ou administrativa, deve se circunscrever ao âmbito do direito voltado para o dever de fazer justiça. Não deve se fundar na persecução penal exacerbada, que pode enveredar pelo campo do arbítrio. Seu objetivo primordial é estabelecer o devido equilíbrio na apuração dos fatos que a determinaram. Decerto, a instrução preliminar, se assim se possa dizer, não constitui um instrumento de perseguição, mas garantia de que ninguém seja injustamente submetido a um processo insubsistente.

²⁷SANTOS Luiz Eduardo; SANNINI NETTO, Francisco. **Teoria desvirtuada**. Poder investigatório do MP não tem amparo legal. São Paulo: Conjur, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/poder-investigatorio-ministerio-publico-nao-amparo-legal>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

Não há como aplicar, na espécie, a teoria dos poderes implícitos arguida pelo Ministério Público, visando justificar seu ponto de vista, pois, aqui, prevalece a teoria dos poderes explícitos. O Ministério Público é parte integrante do processo com assento no lado da acusação e, como tal, não é lícito que queira agir como se magistrado fosse, com a imparcialidade que sempre se espera do Poder Judiciário, conforme adverte Ives Gandra da Silva Martins:

A alegação de que o Ministério Público pode supervisionar as funções da polícia não significa que possa substituir os delegados em suas funções típicas, razão pela qual, mesmo hoje, a meu ver, já não tem o 'Parquet' direito de subrogar-se nas funções de delegado, desempenhando as de parte e 'juiz' ao mesmo tempo (grifo do autor)²⁸.

1.8.2 Mais trabalho duro e menos retórica publicitária

Ninguém pode assegurar de sua consciência sobre a excelência de atuação tão decantada pelos prepostos do Ministério Público. Há, nesse ponto, uma franca consciência de que a matéria não comporta divagações de qualquer ordem. Exige que se analise a pendência ao derredor dessa problemática mergulhada na solução da matéria nem sempre consentânea com a realidade cambiante.

²⁸MARTINS, Ives Gandra da Silva. Parecer. In: PEC 37. Juristas dizem que MP não pode fazer investigação. São Paulo: Conjur, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/poder-investigatori-mimnisterio-publico>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

Diga-se, a bem da verdade, que, aqui, não está em jogo o poder daquele, porque se assim fosse, ainda nessa condição, estaria vulnerável à disputa pelo MP. Com efeito, a competência seria a expressão mais indicada para designar suas funções institucionais. Na República, pelo que se sabe, somente existem três funções essenciais: a legislativa, a executiva e a judiciária. O resto são competências funcionais outorgadas a determinados órgãos pela Constituição Federal. Nada mais do que isso.

Dessa forma, a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* –, se aplicada ao Brasil, implicaria nítida ingerência nas atribuições expressas e de exclusividade do Poder Executivo. Certo é que as funções policiais foram cometidas pela Lei Maior explicitamente ao órgão competente, que é a Polícia Judiciária, e, por isso mesmo, delas não pode se abdicar sob pena de prevaricação e falta ao cumprimento do dever legal e indeclinável com a segurança pública.

Sem razão, portanto, a observação de Alexandre de Moraes, quando aduz que a diminuição de suas funções – expressas ou implícitas – não é boa para a democracia. Ao contrário do que diz o constitucionalista, tal usurpação das atividades policiais é que não se coaduna com a praxis republicana e induz ao sentimento de que são ineficientes. E, nesse sentido, tenta desqualificá-las com o objetivo de subrogar-se para si a competência alheia.

Exemplo patente disso é a recente megaoperação deflagrada pelo Ministério Público, com o objetivo político de autopromoção na defesa de interesses meramente corporativos. Essa politização da investigação criminal não traz nenhum benefício à sociedade que espera do Parquet menos espetáculos midiáticos e mais ações consistentes no enfrentamento da criminalidade, porque isso só se faz com trabalho duro e não com a retórica da propaganda.

Admitindo-se, porque razoável, a inexistência de vínculo hierárquico entre os membros das duas instituições, improcede o pleito do MP. Sua pretensão não pode ser satisfeita, sob pena de quebra da regra de competência inscrita na CF em face de sua tipicidade fechada. Daí seu caráter de imodificabilidade, que não pode ser alterado por interpretação ampliativa.

Ademais, a teoria dos poderes implícitos configura uma cláusula plenipotenciária para justificar, na sua aplicação, o direito de exceção que exige o emprego de medidas excepcionais. *A theory implied and inherent powers*, que se prende importar da doutrina norte-americana, não abre perspectiva para se atribuir funções policiais ao MP, sob pena de ferir a Constituição.

É mesmo de se estranhar o fato de que os promotores federais e estaduais desejem tanto exercer a função policial sem que, para tanto, estejam qualificados. Devem, pois, como sempre cobram dos outros, se submeter a concurso público para ingressar na carreira de delegado de polícia. Se assim não procederem, que se atenham aos limites de suas atribuições legais.

Com efeito, segundo o critério metodológico da interpretação e aplicação da lei, a referida teoria opera no campo do poder hierárquico da administração pública. Diz respeito ao controle, coordenação e delegação de competência no âmbito circunscrito às atribuições do gestor público e, portanto, irradia seus efeitos estruturantes no campo do Direito Administrativo, razão pela qual a adequação pretendida não aproveita o interesse público.

O discurso enviesado do MP mais confunde do que esclarece ao debitar à Polícia Judiciária a culpa pela corrupção que assola o país. É injusta essa imputação, na medida em que acena com milagrosa promessa que somente o MP pode acabar com a impunidade. Isso não

é verdade, porquanto decorre menos da omissão da polícia, mas, sobretudo, dos meios instrumentais burocratizantes e da morosidade que contamina o Poder Judiciário.

Tratando-se da competência imodificável ao arbítrio de outrem, posto que já assentada na Constituição, não pode ser subtraída sob o escólio da teoria dos poderes implícitos que não a aproveita. Ela se presta tão somente a resolver questões hierárquicas no plano da administração pública, na ausência de regra expressa, que não é o caso vertente. Assim, não tem o condão de suprir lacunas da lei visando a exercer atividades cujas atribuições cabem à Polícia Judiciária.

1.9 Considerações finais

A investigação direta, conforme alega o Ministério Público, seria mais segura, porque os membros que o compõem gozam de inamovibilidade e, portanto, são imunes a pressões, e se assim não intervir, corre-se o risco de inocentes serem condenados. Nem uma coisa nem outra: primeiro não são essas garantias que resguardam a incolumidade de quem quer que seja. Segundo, o perigo de condenação de inocente tanto pode ocorrer no âmbito extrajudicial quanto judicial em face de falibilidade humana.

Quanto ao argumento em voga de que há possibilidade de o Poder Legislativo instaurar Comissão Parlamentar de Inquérito, tal assertiva decorre eminentemente de decisão que tangencia a esfera política. Ademais, o faz na sua condição de um dos poderes da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 58 § 3º, da Constituição Federal. Assim, somente compete ao Ministério Público diligenciar no sentido de promover a ação penal pública, na esteira do art. 129, I,

da Constituição Federal, bem como compete à Polícia Judiciária oferecer elementos para que o mesmo possa efetivar a impetração da ação penal.

Então, se é verdade que o poder, sob o estrito ponto de vista político, emana do povo, não menos verdade é que apenas as funções legislativas, judiciárias e executivas se enquadram nesse conceito. Não consta da nomenclatura constitucional a previsão de um quarto Poder, razão pela qual não pode a referida instituição chamar para si o procedimento investigatório, nem tampouco presidir inquéritos policiais de maneira insólita, mas apenas requisitar diligências ou, se for o caso, a abertura de inquéritos policiais as autoridades para tanto qualificadas.

É óbvio que a multicitada instituição goza de plena autonomia a fim de se desincumbir de seus encargos procedimentais que, entretanto, não se confundem com soberania, tampouco com os reservados à autoridade policial. Não pode, pois, reivindicar para si a realização do inquérito policial, de modo isolado, diretamente, sem a participação das autoridades policiais. Decerto, os deveres à mesma vinculados demarcam seu raio de atuação e, da mesma forma, os limites decorrentes do exercício de suas atividades no âmbito da investigação criminal.

A execução material das operações referentes à apuração de fatos delituosos não é de sua alçada, pois cuida de tarefa investigativa própria da função policial. A condução, entretanto, dos trabalhos referentes ao inquérito policial cabe aos promotores públicos. Dito isso, vê-se que a discussão em torno da competência investigatória ou não do MP é bizantina e, desse modo, fora de qualquer propósito, pois as atribuições que compreendem seu raio de ação não são, absolutamente, de natureza policial, conforme assim tenta exteriorizar sua pretensão persecutória.

Por sua vez, o anonimato não se afigura um instrumento confiável, decente, podendo servir, conforme seu manejo, a intuito injurioso na persecução procedimental, mediante uso de expediente inadequado, muitas vezes movido por interesses inconfessáveis. Essa prática deletéria, forjada no campo da delação premiada, encarnada por um tom pejorativo, conduz ao desvio de conduta e, portanto, desserve a justiça. A carta de denúncia externada de forma oculta revela uma faceta condenável, caracterizando, assim, abuso de liberdade de expressão.

Os vocábulos anonimato e secreto, fortes pela sua própria formulação conceitual e pelo sentido intrínseco que empresta seu conteúdo substantivo, se combinam para formação de ingrediente explosivo, exurgindo, desse modo, fórmula inquisitorial perdida nas trevas dos tempos difíceis. Isso contrasta com o devido processo legal e, sobretudo, constitui um retrocesso no plano administrativo. Não cabe nessa quadra de século a **investigação secreta** por obra e graça de um agente público que se acha acima da lei e entende de fazer justiça ao modo próprio dos xerifes do velho oeste americano.

O que pretende a sociedade é o combate diuturno do clientelismo, do fisiologismo e da corrupção que resvalam pelos gabinetes ornados com tapetes persas, às vistas das instituições de auditoria, controle e fiscalização. Não interessa a premiação pessoal, a exposição midiática e o viés político ideológico que ensejam o motivo desse comportamento, que não se compraz com a práxis democrática republicana.

Em decorrência disso, é nulo um inquérito policial presidido por promotor público, porquanto tal atribuição é exclusiva da autoridade policial, isto é, dos *delegados de polícia*, nos termos da Constituição

da República. E as provas colhidas, nestas condições, devem ser consideradas inexistentes ou nulas, pois colhidas por pessoa incompetente, o que determina a invalidade da persecução penal.

C A P Í T U L O II

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: PRESSUPOSTOS DE SUA BANALIZAÇÃO

Sumário

- 2.1 Contextualização do tema
- 2.2 Enquadramento jurídico da matéria
 - 2.2.1 *Na Constituição Federal*
 - 2.2.2 *Na Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996*
- 2.3 O processo e seu comprometimento com a busca da verdade na ótica jurídico-filosófica
 - 2.3.1 *Aspectos jurídicos do dever de verdade processual*
 - 2.3.2 *A matéria sob ótica jus-filosófica: aparência e essência*
 - 2.3.3 *Qualificação normativa das escutas telefônicas*
- 2.4 Julgamento antecipado dos investigados e sua execução pública
 - 2.4.1 *Escuta telefônica como meio de prova principal: impossibilidade*
 - 2.4.2 *Colheita de dados como exceção à regra da inviolabilidade*
- 2.5 Vulneração dos postulados da presunção de inocência, da intimidade e da dignidade humana
- 2.6 Necessidade de convergência do elemento valorativo
- 2.7 Considerações finais

2.1 Contextualização do tema

Com o presente estudo, pretende-se examinar alguns aspectos relacionados com as interceptações das comunicações telefônicas no plano da processualística criminal, que tem a pretensão de encontrar a chamada verdade real. Busca, ademais, a verificação de suas consequências no âmbito dos direitos fundamentais, já que interferem na esfera privada de intimidade, diante da ressalva constitucional ao redor dessa possibilidade.

É claro que em se tratando de uma investigação/instrução criminal, tal prática configura uma *exceção à regra geral*, assim, deve ser realizada com as devidas cautelas em decorrência do seu caráter sigiloso. Mas a exposição demasiada das pessoas investigadas na mídia revela a dimensão que vem tomando esse modo de proceder, o que demonstra a necessidade de mudança de rumo. O espetáculo midiático busca levar as pessoas à execração pública ao estabelecer, de logo, a sua culpabilidade por evento que ainda está em fase preliminar de apuração.

O esforço puramente investigatório empreendido fora de tempo, conduzido por agentes policiais, aliado à iniciativa persecutória de promotores, não se coaduna com a vontade do Estado. Desenganadamente, a busca de dados nestas circunstâncias (colheita e vazamento de informações) contribui para a formação de uma imagem negativa dos que estão submetidos a um procedimento extrajudicial açodado.

Por conseguinte, assim deve ser, segundo Richard Posner:

O Estado não deve perturbar a paz de um indivíduo obrigando-o a comparecer em audiência ou a revelar

dados que possam levar à sua condenação, exceto se houver suficientes indícios de culpabilidade obviamente, se o objetivo é preservar a paz do indivíduo, o Estado deve estabelecer a possibilidade inicial de seus argumentos a partir de outras fontes que não o próprio indivíduo²⁹.

Neste ponto, informações são recolhidas à revelia do cidadão, de forma oculta, sem que este possa interferir para esclarecer sobre a veracidade ou não dos diálogos gravados. Assim, não se pode negar o caráter arbitrário e abusivo desse “*testemunho indireto*”, de segunda categoria, pelo qual se tenta, a partir daqueles, estabelecer de logo sua conectividade com atos supostamente ilícitos, vinculando-os a fatos ainda não suficientemente provados.

Mesmo a convergência de regras processuais e materiais não tem sido eficaz no equacionamento dessa problemática, em razão da franca decadência do positivismo jurídico. Tal induz ao sentimento de que se deve buscar situação exequível para a consecução desse desiderato nos princípios constitucionais, a fim de resgatar os direitos fundamentais indispensáveis à preservação da dignidade da pessoa humana.

Nestas condições, é o apelo constitucional que, aqui, se invoca em prol do cidadão ameaçado em sua liberdade por um procedimento da instrução criminal sumário.

Nessa perspectiva, é provável que ocorra grave lesão aos postulados da presunção de inocência (***in dubio pro réu***), da intimidade e, sobretudo, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Isto porque

²⁹POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 530.

o direito de interceptação telefônica no âmbito das comunicações deve ser usufruído de forma parcimoniosa, devido ao seu caráter excepcionalíssimo e, portanto, relativo. Este configura o ponto central que constitui o objeto do presente capítulo.

2.2 Enquadramento jurídico da matéria

2.2.1 Na Constituição Federal:

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - (...) II - (...) III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

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; (*vide* Lei nº 9.296, de 1996)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

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

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

2.2.2 Na Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996:

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

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

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

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

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

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

2.3 O processo e seu comprometimento com a busca da verdade na ótica jurídico-filosófica

2.3.1 Aspectos jurídicos do dever de verdade processual

A doutrina, no plano da teoria processual, costuma atribuir distinções entre o processo penal e o civil, no sentido de este último atuar em busca da verdade formal e aquele em torno da verdade substancial. Ambos são insuficientes em face das regras processuais e materiais imperfeitas, lacunosas, casuísticas e das armadilhas do sistema legal.

O suposto instrumental grampológico que busca dar suporte ao conjunto probatório é inidôneo até pela possibilidade concreta de manipulação. De sorte que não se revele apto a se chegar com seu auxílio à verdade quando exata a conformação dos fatos concebidos dentro

da realidade da vida. Sempre se estará no mundo das probabilidades diante da intangibilidade da verdade.

Arenhart com Calamandrei asseveram:

Mesmo para o juiz mais escrupuloso e atento vale o fatal limite de relatividade que é próprio da natureza humana: aquilo que se vê é apenas aquilo que parece ser visto. Não é verdade, mas vele o fatal limite de relatividade que é próprio da natureza humana: aquilo que se vê é apenas aquilo que parece ser visto. Não é verdade, mas verossimilhança, isto é, aparência (que pode ser ilusão) de verdade. O mesmo genial processualista acrescenta, a propósito do real conceito de verdade, que quando se diz que a consciência de quem emite o juízo atingiu o grau máximo de verossimilhança que, segundo os meios ceifados de cognição de que dispõe o sujeito, basta a dar-lhe certeza subjetiva de que tal fato ocorreu³⁰.

E, ainda, asseveram:

Por isso mesmo, a verdade integral resta sempre latente, demonstrando a fragilidade da função judicante. A decisão judicial não revela a verdade dos fatos, mas apenas impõe como verdade, certos dados que a decisão toma por pressuposto (chamando-os de verdade, mesmo que ciente de que tais dados não necessariamente confundem-se com a verdade em essência)³¹.

O processo não perscruta como finalidade a historicidade, porque não é esse o eixo de suas investigações e, muito menos, o dever de verdade matizado pela

³⁰ARENHART, Sergio **Cruz. A verdade e a prova no processo civil.** [Recife, [200-?]]. p. 1. Disponível em: <<http://UFPR.academia.edu/sergiocruzarenhari/papeis/143283/averdadeeaprovaprocessocivil>>. Acesso em: abr. 2013.

³¹Ibidem, p. 1.

postura ideologizada de seus operadores supedaneado por uma cultura meramente fraseológica. Isto porque, segundo Adolf Wach: “a determinação da verdade não é o objetivo do processo civil, não poderia sê-lo”³². Isso seria um resultado desejado, mas não é garantido.

O dever de verdade referido pela doutrina não trata da verdade em si (a qual não é acessível ao ser humano), conforme Antonio Menezes Cordeiro,

mas de uma regra de sinceridade ou veracidade (Wahrhaftigkeit). Assim, ainda conforme o referido autor, ‘ele perde força, ao uma melhor reflexão’. A sua consagração legal tem pouco conteúdo, sendo mesmo considerada (meramente) declaratória (grifo do autor)³³.

Nessa linha, o juiz vê-se na contingência de apenas escolher e estabelecer a verdade que melhor preencha as indagações do seu conhecimento ante a impossibilidade de reconstrução dos fatos, principalmente, pela insuficiência do juízo de subsunção tão em moda na aplicação do direito. É imperativo para esse mister trabalhar a matéria buscando, de forma incessante, elementos de suporte do processo decisório jurisdicional em elementos promanados da teoria do conhecimento.

2.3.2 A matéria sob ótica jus-filosófica: aparência e essência

Historicamente, os pensadores da civilização ocidental, desde Parmênides, tiveram como preocupação estabelecer uma compreensão acerca do divisor de águas entre a aparência e a essência da realidade.

³²CORDEIRO, op. cit. p. 68.

³³Ibidem, p. 71.

Etimologicamente, a palavra aparência vem do latim *parere*, chegar à presença, aparecer, o que originariamente nenhuma oposição implica à realidade. Só depois da experiência universal de que as coisas, quando examinadas minuciosamente nas «aparências» sucessivas, provam-se diferentes «na realidade» do que parecia à primeira vista, o termo passou a ser entendido como oposto.

Na visão marxista, se aparência e essência coincidissem sempre, isto é, mantivessem entre si uma relação de perfeita correspondência, a ciência e a própria atividade filosófica, com desdobramentos em qualquer atividade espiritual humana, tornar-se-iam supérfluas na sua tentativa de entender o mundo. E isto ocorre porque a verdade científica é quase sempre paradoxal, quando examinada pelos olhos do senso comum, que só apreende a aparência enganadora das coisas³⁴.

Por que tal preocupação no âmbito jurídico e, em especial, do tema objeto deste estudo? Porque a filosofia sempre esteve comprometida com a busca da verdade, o que não difere do direito. Entender que elementos nos conduzem à verdade é crucial nessa discussão, visto que tomar o aparente pelo real pode conduzir à condenação de inocentes.

O cotidiano apresenta aos nossos sentidos a multiplicidade das coisas, as ilusões, os equívocos e eles nem sempre traduzem a veracidade dos acontecimentos. Na contemporaneidade, sob a influência da mídia, que transforma notícias e impressões em “verdades”, mais do que nunca se necessita eleger critérios de verdade capazes de explicá-los no plano de sua objetividade e, acima de tudo, explicitar do que se fala quando referidos à verdade.

³⁴MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Abril, 1983. 1. III, v. 2. p. 271.

O termo “*verdade*” é polissêmico. Se for tomado na acepção grega de *aletheia*, ele vai significar o não oculto. No âmbito jurídico, se buscou a verdade nessa acepção, estar-se-ia perseguindo a evidência dos fatos, ultrapassando a mera aparência, ou seja, desvelar a realidade, tirando-lhe o véu que encobre as ilusões e falseamentos. Para a língua latina, *veritas*, (verdade) diz respeito à exatidão, à rigidez de um relato, no qual se diz com detalhes, pormenores e fidelidade o que aconteceu.

Assim, a verdade fica condicionada à fidelidade da memória do interlocutor na reprodução dos fatos acontecidos. No sentido de *veritas*, procura-se o rigor e a precisão da verdade³⁵. No caso específico do julgamento de pessoas a partir de escutas telefônicas, fruto de reproduções e/ou recortes para atender interesses escusos, realizadas por profissionais afeitos a esse mister, fica evidente que a verdade como rigor e precisão fica assaz corroída pela parcialidade, não conduzindo ao propósito desvelador.

No âmbito jurídico-filosófico, a veracidade dos fatos que levam a um julgamento não pode ser permeada pela ideologia, pois ela será máscara e véu para dissimular e ocultar a realidade, servindo aos interesses da exploração e da dominação entre os homens. Assim, como a verdade exige a liberdade de pensamento para o conhecimento, também exige que seus frutos propiciem a liberdade e a emancipação de todos.

Nessa linha, a verdade real, se assim pode se admitir essa assertiva, é inalcançável no universo processual, meio instrumental de apuração dos fatos por que se recorre a esse expediente. Nesse caso, ela se configura como testemunho probatório indireto, na medida

³⁵ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 1998.

em que se constitui em peças processuais que tomam a forma conhecida como autos de transcrição.

Por conseguinte,

a primeira função da justiça criminal é descobrir a verdade, aquilo que os juristas com infelicidade designam por verdade material – como se houvesse mais que uma verdade. [Ademais,] as provas podem corromper-se, por erro cometido na percepção ou na reconstituição dos fatos ou pela interferência de elementos externos que levam à desconstrução da realidade³⁶.

Rita A. Mill de Pereyra, nessa mesma linha de intelecção, aduz:

*la finalidad de la prueba no es logro de la verdad sino el convencimiento del juez en torno a la exactitud de las afirmaciones realizadas en el proceso*³⁷.

E acrescenta a jurista portuguesa em complemento ao seu raciocínio:

*El fundamento de la orden de intervención telefónica debe derivarse de la existencia de elementos objetivos que permitan suponer que la persona que utiliza la línea a ser intervenida estaría vinculada a un quehacer ilícito. Tales circunstancias fácticas tienen que proceder a la decisión de interceptar las comunicaciones, y no ser el resultado de tal diligencia. Como principio, la actuación de los órganos de la represión no puede encontrar justificación en los efectos de su accionar*³⁸.

³⁶Idem, p. 13.

³⁷ARAZI, Roland. Prueba ilícita y prueba científica. PEREYRA, Rita A. Mill de. **Escuchas telefônicas grabaciones**. Santa Fé, Arg.: Rabinzol-Culzoni Editores, 2008. p. 129.

³⁸Ibidem, p. 129.

Na tentativa de estabelecimento de um critério de verdade para o deslinde de problemáticas nos diversos campos do saber, os filósofos conceberam-na ora centrada na autoridade, ora na evidência, ora na ausência de contradição e ora na utilidade. Entretanto, pode-se também falar do critério da prova fundado na ideia de que todo indivíduo tem o direito de duvidar da verdade até o momento em que ela for provada, verificada, demonstrada, explicada, fundamentada. Uma vez que haja suficientes fundamentos comprovando a verdade, duvidar dela já não é possível³⁹.

2.3.3 Qualificação normativa das escutas telefônicas

Dentro de uma perspectiva epistemológica, o que se busca caracterizar é que a transcrição dos diálogos configura um “testemunho” de que tal fato ocorreu na prática. Logo se vê a imperfeição dessa fórmula, na medida em que não há prova de que materialmente houve o desfecho da situação narrada. É o que o direito americano chama de “testemunho indireto” (*hearsay evidence*). Assim, nem a autoridade policial ou o Ministério Público têm como demonstrar a veracidade dos fatos, se é que se consumaram.

É questionável a credibilidade de um sistema “grampológico” em face da manipulação que pode haver no que tange aos argumentos colhidos desse tipo de trabalho. A norma probatória não se compraz com o dado objeto desse tipo de atividade. Por esse ângulo, torna-se difícil assegurar com exatidão se os diálogos travados entre os interlocutores redundaram em fatos palpáveis capazes de concretizar a intenção de fraudar a verdade.

³⁹GARCIA, Francisco Antonio. Filosofia e a verdade. **Acta Scientiarum**, Maringá, v. 23, n. 1, p. 251-255, 2001. Trimestral.

Para Rechar A. Posner:

O testemunho indireto, ou de segunda mão, consiste numa prova de algo dito por alguém que não figura como testemunha no processo, prova essa que é apresentada para sustentar a veracidade daquilo que o declarante disse em caráter extrajudicial⁴⁰.

É óbvio que esse testemunho indireto, forjado por equipamentos sofisticados, é certificado pelo agente policial, mas sem garantia do sigilo desejado. Tanto mais porque as informações são vazadas e publicadas pela imprensa, em detrimento da dignidade dos processos e ofensa ao postulado da presunção de inocência.

A fórmula preconizada pelo plexo normativo engendra o chamado “*testemunho indireto*” e, como tal, uma subprova, porque ainda depende da “*questão essencial*” – os fatos. Funciona como adjutório ao conjunto probatório se conseguir sua compatibilização com a realidade fática que, inclusive, pode afastá-lo em face de imprestabilidade para determinação da *essência*.

Nesse passo, o “*testemunho indireto*” somente pode ter credibilidade se contribuir de maneira positiva para desvelar os fatos. Do contrário, não passará de uma promessa que se prestou apenas para conspurcar a dignidade da pessoa humana e aprofundar o fosso de desigualdade e discriminação entre os indivíduos, como fruto desse procedimento incompatível com o estado social de direito. Nem tanto social, nem tanto de direito como tão decantado pelos românticos.

⁴⁰POSNER, op. cit., p. 524.

2.4 Julgamento antecipado dos investigados e sua execração pública

2.4.1 Escuta telefônica como meio de prova principal: impossibilidade

Perceptível o declínio do procedimento investigatório penal, na medida em que os seus protagonistas recorrem a um expediente pouco convincente consistente na “bisbilhotagem” da intimidade alheia. De sorte que, no Brasil, as autoridades policiais, ao cultivar a cultura da interceptação das comunicações telefônicas, fizeram dela o ponto central de sua atividade.

Inconcebível a presteza dessa fórmula de discutível eficácia, em detrimento do indivíduo submetido a medidas persecutórias que lhe tiram a paz interior. Tal pode ser debitado ao despreparo dos operadores do direito voltados para resultados práticos descompromissados com a eticidade. Por conseguinte, pouco importa seja o cidadão inocente do fato a ele atribuído sem justo motivo.

É óbvio que esse procedimento não se concilia com a legislação de regência, que exige para tanto indícios ao menos razoáveis de autoria. Ou, ainda, de participação em infração que, pela sua natureza, penetra o universo penal. Além dessas situações que desautorizam a persecução penal, arrola, ainda, que dele somente se pode valer se a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis.

Trata-se, pois, de um subproduto da prova e, portanto, ostenta outra dimensão de conteúdo não substantivo. Não é por natureza documental, nem tampouco pode ser erigida a condição de testemunha pessoal, mas de testemunho indireto sob a responsabilidade de quem o produziu no âmbito institucional, não sendo, assim,

substitutivo dos tradicionais usados no campo do devido processo legal.

Mas regra determinante é a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, nos termos do art. 5º XII, da Constituição Federal. Então, a escuta telefônica constitui exceção, embora admitida, por ordem judicial, na forma do art. 2º, I a III da Lei n.º 9.296/96, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Nada, além disso, sob pena de invalidade.

Sendo razoável pressupor que a regra na sua estrutura normativa admite exceção, não se pode admitir pura e simplesmente a superação daquela cuja premissa maior é no sentido a inviolabilidade das comunicações telefônicas. Destarte, a autorização judicial que a legitima há de exercer rígido controle para evitar, como, aliás, vem ocorrendo, a banalização desse testemunho indireto que, em muitas situações, põe os investigados como culpados antes do julgamento.

2.4.2 Colheita de dados como exceção à regra da inviolabilidade

É patente que as interceptações das comunicações telefônicas, admitidas pela Constituição Federal, a que são submetidas pessoas que, sob a ótica policial, tenham supostamente cometido práticas ilícitas não se sustentam. Isto porque vêm se constituindo numa fonte permanente de arbitrariedades aos direitos fundamentais assegurados como corolário da democracia republicana.

Decerto, não se pode negar que se trata de uma exceção à norma que garante, em toda a plenitude, a inviolabilidade da intimidade, consubstanciada no art. 5º XII, da CF, só que essa faculdade excepcionalíssima passou a ganhar importância, de tal sorte, a superar o próprio comando constitucional e, ainda, as hipóteses

formuladas no art. 2º inciso I a III, designadamente o inciso II, da lei que regula a espécie objeto deste estudo.

Na verdade, os elementos colhidos têm servido de suporte para instruir decisões judiciais destituídas de qualquer adequação fático-jurídica, pois fundadas em “*mera aparência*”. Assim, expõem as pessoas à opinião pública de forma insólita e sem a mínima condição de se defenderem diante de uma produção unilateral cancelada pelo Judiciário, que deveria agir como manda a prudência.

Por conseguinte, os dados referentes à atividade policial colhidos com o acompanhamento do Ministério Público são provisórios, precários, não se prestando ao fim que vêm sendo empregados. Apenas constituem reproduções de conversas telefônicas, às vezes recortadas, realizadas por profissionais afeitos a esse mister. Não são, portanto, definitivas, prontas e acabadas, que possibilitem uma impugnação eficaz.

Nessa fase, até aqui, há delimitação dos fatos reais e sua autoria demonstrada, de maneira cabal, indene de dúvida, e, portanto, não se pode valer deles (dados) para determinar prisões, invariavelmente, midiáticas. Nem, pela mesma forma, decretar o julgamento antecipado daquelas pessoas envolvidas no *imbróglío grampológico*, postas em razão disso à execração pública.

2.5 Vulneração dos postulados da presunção de inocência, da intimidade e da dignidade humana

É patente a falta de compromisso com os direitos fundamentais pelo desrespeito ao postulado maior da presunção de inocência, aqui, em função da expressão *in dubio pro réu*. Então, ninguém pode responder a um processo judicial sem a solene observância do devido processo legal, com os consectários inerentes aos fatos

representativos a serem delimitados por meio de prova colhida, respeitadas a ampla defesa e a instrução contraditória, nos termos do Direito Constitucional vigente.

Recorre-se à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão para dizer que por ela foi chamada, como se vê:

Tout homme é tant presume innocent jusq'à ce'il éte declare conpable s'il est juge indispensable de é anê-ter, tonte rigueur qui ne serait pras nécessaire pour s'assurer de as ersonne doit être sévèrement réprimée par la loi⁴¹.

O princípio em questão, de cunho estruturante, daí se revestir da maior relevância, tem o condão de permear as fases do processo penal, a fim de garantir a liberdade do cidadão. Caracteriza, pois, um direito do investigado de invocá-lo em seu prol, porquanto vai além do sentido técnico-jurídico, já que este não satisfaz os desígnios constitucionais que proíbem o excesso e arbitrariedades contra a dignidade da pessoa humana.

Ademais, a dignidade e a igualdade têm tratamento distinto e, portanto, somente protegem os segmentos políticos e os elitistas da sociedade civil. Não protegem os fracos e oprimidos, que não têm condições objetivas de se defender em face da máquina estatal. Tudo isso evidencia a desigualdade que grassa nessa província da justiça criminal de eficiência duvidosa, como adverte Claus Roxin:

Também o fato de que a dignidade humana e a igualdade devem ser protegidas é um resultado do pensa-

⁴¹DDHC, art. 9º, de 26 ago. 1789.

mento iluminista, segundo o qual a dignidade humana e igualdade compõem condições essenciais da liberdade individual⁴².

Nem se diga que o segredo de justiça seja uma fórmula de proteção de intimidade das pessoas. Afinal,

a intimidade extrema não se compadece com a espécie pelo momento habitual de apresentação das gravações ao juiz para se desencadear o pedido de sua eliminação⁴³.

Esse comportamento quebra, assim, a privacidade de quantos estão submetidos ao crivo policial, que se desincumbe dessa tarefa específica na persecução da instrução criminal.

A questão substantiva é a tutela que a Constituição Federal atribui à intimidade, razão por que garante a inviolabilidade das comunicações telefônicas. Desse modo, a autorização judicial para sua interceptação redundava numa determinação provisória, não se constituindo, portanto, a regra, daí a parcimônia com que deve ser usada em face de seu caráter de exceção e, como tal, limitada.

Não importa o exame de a questão girar apenas na mera aparência do aparato processual, mas no fulcro dos direitos garantidos pela Constituição. A solução exige antes de tudo tratar a questão pelo ângulo substantivo, pois somente na essência é que se determina seu

⁴²ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 33.

⁴³MATA-MOURAS, Maria de Fátima. **Sob escuta**: reflexões sobre o problema das escutas telefônicas e as funções de juiz de instrução criminal. Cascais: Principia, 2003. p. 33.

equacionamento e não em regras procedimentais ou de competência insuficiente para essa finalidade.

As prorrogações ou mesmo as escutas demasiadamente longas são suscetíveis de causar sérios embaraços aos investigados e a terceiros. Isto porque suas transcrições pelos órgãos policiais são realizadas de forma resumida e podem, assim, levar a equívocos, como adverte Maria de Fátima Mata-Mouros: “Ora, esta prática é um erro: como se um resumo pudesse substituir-se, com objetividade, a palavra produzida pelos investigados”⁴⁴.

2.6 Necessidade de convergência do elemento valorativo

É cediço que as situações no plano de sua concretude exigem a convergência do elemento valorativo (proteção do bem jurídico). Isto porque o delito não pode ser visto simplesmente pelo ângulo de desobediência ao preceito legal, dado insuficiente para estabelecer a relação de congruência entre o direito e a realidade ditada pelos fatos.

O juízo de adequação de tipicidade penal tem lastro em sede constitucional, não mais na formalidade de enquadramento da conduta ao texto legal, desvinculado de qualquer dado axiológico. Nesse caso, a eleição do resultado jurídico, que implica concretude do perigo, é que importa o elemento primordial do fato injusto, descartada, de logo, a conduta como seu fundamento primeiro. Disso extrai-se a conclusão de que o bem jurídico há de entrar no raio de ação de riscos e, por consequência, causar dano potencial.

⁴⁴Ibidem, p. 62.

Outra não pode ser a diretriz que possa ser extraída do texto codificado que, ao realçar a relação de causalidade, assenta:

O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido⁴⁵.

Então, para que o crime se consuma nos termos do art. 14 do Código Penal, há de concorrer o resultado jurídico, o que afasta a doutrina formalista que vicejou a revelia da codificação penal.

Com efeito, ilações apressadas quanto à honorabilidade das pessoas investigadas, sem nenhuma certeza quanto aos fatos, não cabem na formulação do juízo de tipicidade se a conduta não constitui lesão ao bem jurídico tutelado. Há, nessa hipótese, atipicidade comportamental, o que afasta intervenção do Direito Penal, pois a postura meramente descritiva, calcada em modelo abstrato, não satisfaz aos elementos informadores da regra sancionatória.

Os penalistas vêm se preocupando com o alto custo social que as penas representam. Assim, como adverte Cláudio Heleno Fragoso:

A incriminação só procede quando está em causa um valor social relevante, obedecendo, assim, ao sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa do Direito Penal⁴⁶.

⁴⁵CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, art. 13.

⁴⁶FRAGOSO, Helena Cláudia. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1, p. 5.

Desse aspecto não tem se descurado a manifestação jurisprudencial:

Então, muitas vezes, apesar da conduta ajustar-se formalmente ao tipo legal de crime, a tipicidade não se esgota nesse juízo lógico de subsunção, porque o bem jurídico protegido não foi ameaçado ou atingido de forma grave ou concretamente perigosa que justifique uma reação penal⁴⁷.

Em sede de jurisdição penal não pode nem deve prevalecer o arranjo, a imposição, quando se trata de um bem sagrado do homem. A liberdade constitui, sem dúvida, um manto sagrado como atributo fundamental para uma existência digna e edificante.

Daí, não poder ser despojada de forma insólita por uma singela petição dirigida ao judiciário, sem qualquer compromisso com a verdade. Nela, muitas vezes, não se vislumbra quaisquer resquícios de plausibilidade de direito que mereça a tutela perseguida pelo MP em sua faina obsessiva de buscar a condenação pura e simplesmente, embora essa não deva ser sua missão institucional.

Se o único dado digno de registro é esse que, sem dúvida, justificou o acolhimento da peça indiciária da autoridade policial, infere-se que a pretensa denúncia é desprovida de conteúdo substantivo. Com efeito, não há como ser acolhida pelo juiz, à míngua de elementos idôneos que possam dotar-lhe de higidez orgânica na sua formulação procedimental, por absoluta falta de adequação fático-jurídica.

Na verdade, se a imputação implica concurso de agentes, há, consoante Antônio Scarance Fernandes,

⁴⁷TACrim Apel. 1.008.943/3, rel. Márcio Bártoli, 12 jun. 1996.

necessidade de a conduta de cada um ser devidamente individualizada, a fim de que a acusação possa prosperar. Desse modo, decompor o fato, para determinar a parcela de participação de cada agente, de forma individualizada, constitui esforço imprescindível a sua delimitação. Por conseguinte,

nem se exige que com sua ação realize todos os elementos da figura típica; em caso de participação, pode a sua conduta nem corresponder a tais elementos⁴⁸.

Nesse sentido, esclarecedor ainda é o raciocínio do festejado autor:

Por isso não podendo realizar sua defesa, o co-autor ou partícipe precisa saber claramente qual é a parcela de sua contribuição para o fato criminoso. Impõe-se, portanto, que a denúncia ou a queixa narre o fato de modo a tornar clara e precisa a conduta de todos os imputados⁴⁹.

Se como transparece cristalino que se a conduta não se revestir nem de ofensa a qualquer mandamento legal, tanto mais pela ausência de postura infracionária que se lhe possa ser atribuída, a investigação penal é de todo desproposital. Não há bem jurídico a ser protegido e a supressão de garantias nessas condições é ato de extrema violência, própria de Estado totalitário.

Há necessidade de reformulação desse quadro distorcido a que se chegou o sistema penal, que, além de acentuar as desigualdades sociais, contribui fortemente

⁴⁸FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva da imputação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 187.

⁴⁹Ibidem, p. 187.

para ampliar, de modo considerável, a legião de culpados. Decerto, o direito penal deve se circunscrever ao âmbito de questões substantivas na persecução de

ofensas mais graves aos bens jurídicos considerados fundamentais à sociedade, de forma que a imposição de penas venha a motivar os indivíduos a agirem em conformidade com o direito⁵⁰.

2.7 Considerações finais

O cidadão de bem se sente profundamente decepcionado quando é envolvido numa relação processual para a qual não tenha dado causa, e, ainda, de forma temerária, sob ameaça de prisão, com base em elementos inidôneos colhidos de maneira unilateral. Tal reflete um sistema penal sem qualquer compromisso, na sua interpretação e aplicação, com a necessidade premente de fazer justiça.

Por conseguinte, nas condições como é aplicada e a situação como se encontra a maioria dos encarcerados, a justiça criminal é um mal em todos os sentidos, tanto que o grande jurista alemão Claus Roxin adverte:

Ela submete numerosos cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico. Estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução de discriminações⁵¹.

⁵⁰LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 57.

⁵¹ROXIN, op. cit., p. 2.

As interceptações telefônicas não configuram instrumento probatório em face do seu caráter subsidiário dentro do processo penal. Valem, portanto, como testemunho no plano das conversações telefônicas travadas entre pessoas, daí a sua natureza circunstancial que, embora possa se exteriorizar, assim, como pressuposto do juízo de probabilidade possível de encarnar ou não a situação fática.

Nem sempre se pode acreditar sobre a integridade dos dados colhidos com a utilização desse procedimento de verossimilhança do evento em que se busca sua conformação. Daí seu caráter de artificialidade, na medida em que procura estabelecer a veracidade dos elementos trazidos do âmbito extrajudicial. Isto porque as transcrições efetivadas pelas autoridades policiais operam fora da sede jurisdicional.

É preciso ter presente que as ilusões cognitivas podem comprometer a eficiência do processo criminal de verificação dos fatos. Esta fórmula de critérios meramente aparentes, como são as interceptações telefônicas, visando ao pronunciamento sentencial, não satisfaz a questão da certeza quanto aos fatos e, portanto, tende a extrapolar para o campo da injustiça, mesmo considerando o aparato legal que lhe dá sustentação.

A falta de controle eficaz de escutas telefônicas, nestas condições, é fato público e notório e, portanto, um agravante a mais, além de devassar a intimidade e privacidade das pessoas, tendo em vista sua veiculação indevida pelos órgãos de imprensa. Não poucas vezes isso tem propiciado a exposição indevida de nomes de pessoas enlaçadas por essa teia de aranha ao conhecimento público sem que o processo tenha sido concluído.

C A P Í T U L O I I I

TRANCAMENTO DE PERSECUÇÃO PENAL - TRANSCRIÇÃO INCOMPLETA DE ESCUTAS TELEFÔNICAS

Sumário

- 3.1 Contextualização do tema
- 3.2 Aspectos processuais relevantes
 - 3.2.1 *Transcrições das interceptações das comunicações telefônicas*
- 3.3 Condição de procedibilidade em matéria investigatória
- 3.4 Descumprimento das formalidades essenciais
- 3.5 A contrariedade plena é que assegura o equilíbrio processual
- 3.6 Trancamento da ação penal

3.1 Contextualização do tema

Como bem apontou Carnelutti, a justiça humana é de tal forma precária, que não só faz sofrer as pessoas depois de condenadas, como as faz sofrer para se saber se hão de ser condenadas [...] Ora, os actos gravosos cometidos durante o processo contra o arguido, que se verificou depois estar inocente, surgirão como inadmissíveis, já que produziram uma lesão de interesses imerecida e irreversível. Lesão sofrida por alguém que em nada contribuiu para criar a situação de que foi vítima. Este pensamento parece ser suficiente para que o tratamento preferível durante o processo seja de inocência e não de culpabilidade⁵².

Este estudo levanta a questão, ainda em debate no seio da doutrina, referente à transcrição dos diálogos colhidos das interceptações das comunicações telefônicas pela Polícia Judiciária. E, sobretudo, se sua utilização como meio de prova tem respeitado a intimidade dos investigados como manda a ética. Para esse mister, necessário se torna o exame dos elementos que giram em torno dessa problemática, especialmente dos que cuidam da natureza da mencionada transcrição, ponto de discórdia entre acusação e defesa.

Examina, por outro lado, se a inclusão da denúncia ou queixa de excertos do material colhido nas escutas telefônicas tem valia como elemento probante ou se se constituiu mero meio de prova, na forma como vem sendo feito. E se, em consequência, atende à condição de procedibilidade em matéria criminal, à luz da lei e da Constituição. Pela mesma forma, verifica-se se a

⁵²MOURA, José Souto. A questão da presunção de inocência do arguido. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 11, n.º 42, p. 35-36, [20--].

não transcrição na integralidade enseja a possibilidade de trancamento da ação penal respectiva por meio de *habeas corpus*.

Tudo isso perpassa pela análise de regras expressas no Código de Processo Penal, nomeadamente, do seu art. 395 II. Claro que nessa linha de intelecção busca perquirir a respeito do devido processo legal. Consequentemente, promover a investigação quanto ao cumprimento de garantias fundamentais, tais como: a instrução contraditória e a ampla defesa asseguradas constitucionalmente.

Este constitui o escopo do capítulo no exame que se propõe no campo da valoração da prova, diante dos elementos de convicção fornecidos pela fonte determinada pelo sistema legal. Então, circunscreve-se ao âmbito instrumental, mas cuja formalidade essencial tem natureza intrínseca porquanto exige um elemento de fundo, isto é, substancial que não pode ser desprezado no exame da exequibilidade da denúncia ou queixa intentada pelo Ministério Público.

3.2 Aspectos processuais relevantes

3.2.1 Transcrições das interceptações das comunicações telefônicas

Há elementos que interferem de forma direta na resolução da questão e por assim dizer substancialmente no mérito. Então dirige-se ao fundo da matéria a ser desvelada no contexto do processo, que exige fundamento para sustentar o pedido constitutivo do seu objeto. Nessa seara, torna-se necessário pôr termo na improvisação de textos inconsistentes produzidos pela Polícia Judiciária ou MP lastreados em meras conjecturas, já que tais meios não se prestam ao fim colimado.

As **transcrições de escutas** telefônicas segmentadas postas no bojo dos autos processuais não servem ao desiderato da processualística. São, geralmente, fragmentos de conversas gravadas em dias e horários diversos que comprometem a perfeita compreensão da matéria referente aos diálogos travados entre pessoas sob escuta. Daí, portanto, insuficientes a qualquer esforço probatório, embora sua utilização tem sido uma constante pelos órgãos policiais.

Não se pode condenar por antecipação alguém com base apenas num discurso linguístico recheado de frases veementes, mas vazias de conteúdo. Desse modo, as ações devem ser produto da realidade refletida por fatos razoavelmente factíveis e, portanto, verossímeis. Há de reproduzir um quadro fático em que guarde fidelidade com o evento apurado. Tem-se que perseguir a adequada equação fático-jurídica da controvérsia. Com efeito, nessa área, a liberdade é uma coisa sagrada do homem, não podendo ser ameaçada por um processo fajuto fruto da preguiça dos seus mentores.

Nessa perspectiva, três aspectos avultam como da maior importância no desdobramento da questão. O cerceamento da defesa e a absoluta ausência da instrução contraditória. A veiculação do teor das conversas gravadas pela mídia, o que implica julgamento prévio dos pretensos investigados. Tudo isso pode configurar um quadro de inobservância do devido processo legal assegurado pela Constituição Federal.

Em primeiro plano, não têm os investigados a oportunidade de saber a razão pela qual estão sendo processados. E no momento em que se pronunciam através de sua defesa, observam transcrição de conversas grampeadas ao bel-prazer de quem esteja incumbido de bisbilhotar a vida privada e devassar a intimidade das pessoas. O Judiciário não tem condições de fazer o controle da situação.

Tanto isso é verdade que as gravações prolongam-se no tempo em detrimento da dignidade da pessoa submetida a essa permanente condição de constrangimento. Da maneira como os dados são colhidos em sua concepção de autos de transcrição, sem serem periciados, não podem servir à justiça em decorrência da falta de força probante. É óbvio que essa fórmula mágica inventada pelos bravos arautos da lei não se conforma ao processo que busca a realização do direito justo.

Como se trata de questão da maior gravidade, onde está em jogo a liberdade do cidadão, não se pode descurar dos cuidados indispensáveis à solução justa do litígio. Decerto que a mera desgravação do conteúdo armazenado na mídia eletrônica, produto da investigação criminal, não basta ao entendimento da perfeita delimitação dos diálogos telefônicos captados pelo seu titular. Não satisfaz aos investigados o simples acesso à mídia, já que é dever da autoridade policial transcrever, na integralidade, o conteúdo que nela está contido.

Por conseguinte, se não forem carreados para os autos do processo os elementos capazes de justificar a postulação em sede jurisdicional não se têm como atendidos os requisitos do Código de Processo Penal para seu regular processamento. Não importa que não tenha havido pronunciamento dos investigados quanto a isso, porquanto a matéria poderá ser deduzida até na última fase do processo penal. Se assim não for estar-se-á diante de um escancarado cerceamento de defesa.

Tal pode-se somar a absoluta e inaceitável ausência do contraditório na contramão do Direito Constitucional. Jamais poderá se admitir processo sem que o investigado exerça, em toda a plenitude, o seu direito constitucional de defesa, mormente num campo sensível, como é o penal, que mexe diretamente com a liberdade das pessoas envolvidas com querelas dessa natureza.

É claro que isso configura uma sucessão de equívocos na interpretação e aplicação da lei, o que denuncia um intuito de persecução executória sem justa causa. Não bastasse isso, o teor das gravações é divulgado pelos órgãos de comunicação sem qualquer certeza com relação a autoria dos fatos. Parece até que esse vazamento é proposital, talvez, em busca de fornecer subsídios à argumentação deduzida na formulação da peça de denúncia.

Essa prática processual timbra pelo caráter de individualidade revelando, assim, o tom abusivo do seu exercício. Desse modo, não se compraz com a instrumentalidade das formas que objetiva a consecução de um desiderato que não macule o direito de defesa de qualquer investigado, fazendo prevalecer o postulado da presunção de inocência em homenagem aos valores tutelados pela ordem jurídica.

Não se pode negar que, nessas circunstâncias, há vulneração do devido processo legal tanto quanto a qualquer sistema jurídico democrático que consubstancie o Estado de Direito. Trata-se de uma violação da Constituição Federal que prevê, de maneira expressa, que a República Federativa deve se pautar dentro de parâmetros compatíveis com a incolumidade da dignidade da pessoa humana que se acha acima do Estado pelo seu caráter de suma importância.

Rui Patrício ao colocar a importância do postulado da igualdade de armas, que cabe no conteúdo do princípio do contraditório, assevera que este:

Impõe que toda prossecução processual deve cumprir-se de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação mas também as da defesa, implica que ao arguido haja de ser dada a oportunidade de reagir relativamente a qualquer decisão, de entidades instrutórias (nomeadamente no MP), mas também do juiz, sempre

que aquelas atinjam directamente a esfera jurídica das pessoas, devendo aquela oportunidade ser efectiva e eficaz⁵³.

Ricardo Maurício Freire Soares, um dos mais entusiásticos adeptos do pós-modernismo, erige o devido processo legal à condição de cláusula geral principiológica que se colhe do texto constitucional e dali se espraiando pelo universo processual, nele incluindo suas modalidades conhecidas: jurisdicional, legislativa, administrativa e negocial, podendo-se acrescentar, especificamente, o procedimento administrativo fiscal, como concepção normativa de inspiração pós-positivista⁵⁴.

A **transcrição de diálogos** captados e as intercepções de comunicações telefônicas não induzem, necessariamente, a certeza de que os fatos realmente aconteceram de conformidade com elas. Ê que são insuficientes para afixação de sua verossimilhança, até porque como acontece podem vir acompanhadas de uma linguagem cifrada ou em língua que não seja a portuguesa e que igualmente não corresponda com a realidade fática.

3.3 Condição de procedibilidade em matéria investigatória

A procedibilidade na ótica da processualística ganha o merecido destaque na concepção pragmática do processo na direção da persecução penal. Reúne, em torno de si, um conjunto de atos instrumentais indis-

⁵³PATRÍCIO, Rui. **O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido na fase do julgamento no actual do Processo Penal Português**. Lisboa: Ass. Académica da FDL, 2004. p. 67.

⁵⁴SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal: como visão pós-moderna**. Salvador: JusPodivm, 2008.

pensáveis à consecução do procedimento, responsável pela movimentação da ação. Configura, portanto, um método determinante do modo de atuação de instauração do processo, mostrando-se conseqüente na busca do direito justo.

Segundo De Plácido e Silva, o procedimento significa a atuação desenvolvida a fim de que se consubstancie a pretensão perseguida, isto é, a coisa pretendida, pondo-se em movimento, consoante a sucessão ordenada, os meios a que se pode dispor. É, pois,

a ação de tocar para a frente, de ir para adiante, é o meio exterior, de que nos utilizamos, do começo ao fim, para realizar o objetivo intentado... é ação, movimento, exteriorização de meios⁵⁵.

Como se trata de uma prova de natureza documental se assim se pode designá-la, na medida em que é certificada pela Polícia Judiciária. A transcrição pontual não retrata a realidade do contexto em que foi retirada, servindo por isso para confundir o intérprete, já que pode ser objeto de manipulação indevida e, sobretudo, de preferência pela acusação. Tal dificulta o trabalho da defesa não permitindo a simetria da paridade de armas no âmbito do processo.

Em outra parte, Ricardo Maurício Freire Soares discorre sobre o significado da procedimentalização do direito como garantia de estabilidade. Deduz, na fusão que empreende com o devido processo legal,

que a legitimidade do procedimento se manifesta toda vez que os ritos do procedimento oportunizem o diálogo

⁵⁵SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 61.

e o pluralismo de idéias entre os sujeitos de direito, permitindo a concretização dos princípios processuais reconhecidos pela Constituição, indispensáveis para a concretização dos direitos fundamentais do cidadão⁵⁶.

A utilização da cultura da grampologia tem sido uma constante na atividade da Polícia Judiciária como fórmula para resolver as questões no campo da investigação criminal. Tal, entretanto, não caracteriza a forma mais adequada para determinar com certeza os fatos ditos delituosos, o que autoriza concluir que os atores de inteligência não dispõem de meios mais apropriados para combater a criminalidade. Dessa maneira, é de todo recomendável que se aprofunde o treinamento das autoridades que cuidam da investigação e que faça prevalecer o postulado maior da presunção de inocência.

Por conseguinte, a falta de transcrição de escuta na íntegra inviabiliza a acusação como a respeito decidiu o juiz Carlos Andrade Sampaio, da 3ª Vara Criminal de Santos:

Indiciárias prevaleçam sobre provas colhidas sob o crivo do contraditório. [...] Se forem combinados trechos de conversas diversas poderá ocorrer a modificação do sentido da frase⁵⁷.

Nesse sentido decidiu, por maioria de votos, o Plenário da Suprema Corte de Justiça, confirmando o voto proferido pelo min. Marco Aurélio, determinando, expressamente, que a transcrição de escutas telefônicas deve ser feita de forma integral:

⁵⁶SOARES, op. cit., p.97.

⁵⁷FUCCIA, Eduardo Velozo. **Falta de transcrição de escuta inviabiliza acusação**. São Paulo: Conjur, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr/25/falta>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

No mais, reitero o que consignei ao deferir a degravação: 2. A existência de processo eletrônico não implica o afastamento da Lei n.º 9.292/96. O conteúdo da interceptação telefônica verificada, registrado em mídia, há de passar pela degravação. Também cumpre solicitar ao Juízo da 2ª. Vara Federal da Seção Judiciária do Amapá a mídia, para degravação, da interceptação telefônica mencionada na denúncia.

A formalidade é essencial à valia, como prova, do que o contido na interceptação telefônica. Está prevista, de modo claro, na Lei n.º 9.296/96:

Art. 6º [...] § 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

Frise-se, por oportuno, que a referida formalidade não está no documento de folha 409 a 453. Nesta constam apenas trechos de inúmeros diálogos obtidos em dias e horários diversos, não havendo a **transcrição integral** de nenhum debate envolvendo o agravado e os demais envolvidos (grifo nosso)⁵⁸.

3.4 Descumprimento das formalidades essenciais

Os aspectos aqui abordados dizem respeito à questão de formalidades essenciais sem as quais a ação no plano da processualística não há como subsistir em termos do andamento regular da querela. É que os atos formais exigidos pela lei de regência são determinantes no campo das provas que devem servir aos desígnios constitucionais e legais. Deles não se pode fugir sob pena de comprometimento do direito subjetivo de ação:

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

⁵⁸STF: AG.REG. na Ação Penal 508 Amapá Plenário, rel. Min. Marco Aurélio, em 7 fev. 2013.

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

No âmago da democracia republicana não há lugar para a improvisação em matéria de investigação criminal em face dos direitos fundamentais que envolvem a questão. Não basta a juntada de um amontoado de papéis destituídos de qualquer qualificação probatória para instruir uma futura ação penal. Afinal, os fatos devem ser devidamente delimitados com elementos idôneos capazes de justificação e convencimento do juízo de plausibilidade do pedido em sede jurisdicional de modo fundamentado em toda a trajetória da *persecutio criminis*.

A superação do positivismo deu lugar a **criatividade do processo decisório com assento na jurisdição**, afastando de logo a ideia assaz difundida de que o juiz é somente a **boca da lei**. De fato a exégese

traduz-se numa série de juízos e opções que escapam a uma lógica dedutivista e que envolvem a subjetividade, a mundivência e a cultura do magistrado⁵⁹,

conforme assinala Eduardo Maia Costa. Isto autoriza ao entendimento segundo o qual ele não é um mero executor da legislação, cuja interpretação e aplicação exigem um esforço maior de valoração do texto normativo que não se encerra no mero sentido de sua jurisdicização inconsequente⁶⁰.

⁵⁹COSTA, Eduardo Maia. Tribunais – jurisprudência e legitimidade. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 15, n. 58, p. 123-132, abr.-jun. 1994. p. 127.

⁶⁰Idem.

Veja-se, no mesmo sentido, Antônio Castanheira Neves:

O princípio da legalidade e a obediência da lei deixaram de pensar-se em sentido meramente formal, para adquirirem também um sentido e uma intencionalidade materiais, ou em termos dessa obediência verdadeiramente significar, não simples e acrítica obediência à lei, mas antes obediência ao direito, e enquanto se distingue da lei e se impõe para além e acima da lei⁶¹.

Os autos de transcrição inserem-se no plano de uma concepção de fundo porque se referem a formalidades intrínsecas indispensáveis a eficácia jurídica. Portanto são essenciais em face de sua prescrição pela lei que os tornam como regras indicadas para a formação da validade dos atos praticados no processo. Se a transcrição não for em sua integralidade, já disse o Supremo Tribunal Federal em última e definitiva instância, não vale como meio de prova para os fins preconizados pelo direito.

Para De Plácido e Silva:

No plural, autos designa todas as peças pertencentes ao processo judicial ou administrativo, tendo o mesmo sentido que processo, constituindo-se da petição, documentos articulados, termos de diligências, de audiências, certidões, sentenças, etc.⁶²

⁶¹NEVES, Antônio Castanheira. Interpretação jurídica. In: VV. AA. **Polis** – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do estado. São Paulo: Verbo, [200-?]. v. 3. p. 656.

⁶²SILVA DP, op.cit., p. 171.

Os **autos de transcrição** derivam, pois, de diligências efetuadas que possibilitaram a gravação de comunicações telefônicas interceptadas pela Polícia Judiciária. Daí a necessidade de que sejam integrais à vista de sua importância para a defesa e para servir como meio de prova para a acusação, mesmo de forma indireta. Do conteúdo total se tem uma visão aprofundada dos diálogos travados, permitindo o exercício da **contrariedade**.

Dessa forma, a transcrição deve constituir a **reprodução fiel e integral** de todo o período em que os investigados estiveram sob escuta das autoridades policiais, ou seja, durante aquele em que se verificou a gravação de conversas entre os investigados e seus interlocutores. A rigor, quando a lei determina a transcrição esta não pode ser pela metade, já que se trata de uma formalidade essencial e, portanto, indispensável a validade do meio de prova utilizado. Isto implica dizer que a **transcrição de trechos da mídia eletrônica** não tem a menor serventia para a consecução da ação penal.

3.5 A contrariedade plena é que assegura o equilíbrio processual

O *direito de contrariedade* deve ser exercido em toda plenitude, pela defesa, mesmo na fase de investigação criminal, a fim de garantir a higidez do devido processo legal. Isto para evitar a aplicação de medida de coação grave como a supressão da liberdade em ostensiva ofensa ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, como bem adverte Germano Marques da Silva:

Outra limitação resulta da possibilidade de aplicação ao arguido de medidas privativas e restritivas da liberdade

com base exclusivamente nas provas recolhidas pela acusação. [Assim,] sem que tenha efectiva oportunidade de as elidir antes de lhe sofrer os efeitos⁶³.

Dito isso, não é crível admitir-se a formulação de ação penal sem a produção de um conjunto probatório consistente, louvando-se apenas em suposição. Com efeito, a simples juntada de laudo pericial, sem a respectiva transcrição dos diálogos interceptados nas comunicações telefônicas dos investigados, constitui apenas um meio de prova, assim não é suficiente para embasar uma condenação com segurança. Em verdade não basta a pura descrição, no recorte, das conversas grampeadas, mesmo que tenham sido autorizadas judicialmente em face da ausência da contrariedade.

Simplesmente transcrever as escutas telefônicas não se caracteriza apenas uma tarefa prosaica da autoridade policial, é mais do que isso; é a possibilidade segura de se oferecer forte equilíbrio do processo criminal entre a acusação e a defesa. Configura, portanto, uma exigência referida a condição de procedibilidade sem a qual não pode prosperar a ação penal. Ninguém pode ser chamado a responder em juízo se não houver justa causa para tanto, justificando, desse modo, o exercício regular do direito subjetivo de ação.

Mesmo que haja boa vontade e um esforço maior da defesa a fim de ouvir os áudios durante 12 horas por dia, ainda assim é improvável que possa contraditar a denúncia ou queixa em tempo hábil. É que o prazo para a produção da peça defensiva em fase preliminar, no curto tempo de 10 dias, assinalado pela legislação, é

⁶³SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Verbo, 1993. v. 1. p. 337.

insuficiente. Daí o recurso que se permite recorrer em juízo requerendo a nulidade desse meio de prova sumariíssimo que não atende aos desígnios do processo constitucional criminal em voga.

Por conseguinte, se enfrentam pontos fundamentais referidos à prova como, exemplificativamente, “sobre critérios a serem levados em conta no processo de valoração e interpretação da prova”⁶⁴. Afinal, como adverte Elmir Duclerc Ramalho Júnior,

as regras de interpretação da prova, face à realidade, não permitem ao intérprete chegar a uma interpretação verdadeira dos fatos, sujeita a processo rigorosamente lógicos de confirmação e refutação⁶⁵.

Os trechos pontuais das transcrições, além de melhor servir aos órgãos de comunicação social na busca insaciável do sensacionalismo às custas, às vezes, de pessoas inocentes, não têm qualquer valia para o processo penal. São dados isolados, fora do contexto, que não permitem uma avaliação isenta da intenção dos seus autores das conversas grampeadas. Nem se poderia dizer, a bem da verdade, que do outro lado os fatos se passaram exatamente conforme a narrativa da peça inicial da ação, ou mesmo que tenham se consumado nos exatos termos do pronunciamento midiático.

Trata-se, certamente, de uma formalidade intrínseca, na medida em que se liga visceralmente ao ato constitutivo de seu conteúdo substantivo e somente pode se admitir como documento de meio de prova

⁶⁴RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. **Prova penal e garantismo**: uma investigação crítica sobre a verdade fática constituída através do processo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 76

⁶⁵Ibidem, p. 76

em razão de seu caráter de autenticidade. Na verdade, a imputação criminal é coisa séria, não podendo o cidadão ficar à mercê da atuação abusiva do Ministério Público.

Por outro lado, é difícil estabelecer a noção conceitual dos meios de prova, ainda que se valendo da classificação proposta por Fernando da Costa Tourinho Filho⁶⁶: pessoal, documental ou material. Nessa hipótese, a transcrição pode ser tomada como uma fonte de prova por conter elementos capazes de servir ao desiderato perseguido pelo processo penal. Constitui uma indicação formal assegurada por lei de utilidade no desate da controvérsia, mas não dispensa a demonstração dos fatos tidos delituosos.

A rigor, geralmente, não se detecta uma parame-tralização da prova no seu aspecto, mais relevante que é a questão axiológica. Na verdade, a dogmática jurídica não é suficiente para enfrentar determinadas situações que vão além das soluções propostas pelas regras positivas. Daí a observação de Elmir Duclerc Ramalho Junior no sentido da superficialidade do estudo da prova por parte da “literatura processual penal clássica”⁶⁷.

3.6 Trancamento da ação penal

Trancar a ação penal significa pôr termo ao seu processamento regular, propiciando, assim, sua paralisação. É desse modo que a expressão é usada na linguagem jurídica, direcionada no sentido de invalidação aos atos praticados, nesse campo, sem as formalidades

⁶⁶TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.

⁶⁷RAMALHO JUNIOR, 2004, p. 63.

indispensáveis a sua conformação legal. O trancamento se dá mediante ordem de habeas em nome dos pacientes ou de ofício pelo juízo competente. É, segundo De Plácido e Silva,

o ato pelo qual se encerra ou se faz cessar o andamento do processo, ou se dá por concluído o efeito de qualquer diligência ou procedimento judicial⁶⁸.

Já se disse alhures que as transcrições de escutas telefônicas tangenciam o campo extrajudicial, caracterizando, assim, uma declaração do investigado sem que este as certifique. Daí o seu caráter de precariedade, pois exige que seu conteúdo seja integral, bem como constitui apenas um meio de prova a menos que outros elementos possam fortalecê-la.

Para Fábio Aguiar Munhoz Soares, o pedido judicial para a interceptação telefônica deve ser exequível para ser atendido:

Por fim, para o deferimento da interceptação telefônica devem estar presentes ‘indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal’, além de se verificar em decisão fundamentada a gravidade da infração penal que se pretende ver apurada pelo Estado na *persecutio criminis* (grifo do autor)⁶⁹.

Independentemente disso, tais meios de prova podem até ser dispensáveis, como lembra Richard A. Posner, sobre essa possibilidade real:

⁶⁸SILVA DP, 2009, p. 1409.

⁶⁹SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo**: de acordo com a nova reforma do Código de Processo Penal. Curitiba: Juruá, 2011. p. 65.

Desse modo, determinados testemunhos indiretos seriam excluídos de um processo não por serem indiretos, mas por terem, nas circunstâncias dadas, valor probatório insuficiente para justificar o tempo e o esforço cognitivo necessários à sua admissão e avaliação⁷⁰.

A prova cabal do custo dessas operações é, por exemplo, a operação Furacão que consumiu mais de 40 mil horas de gravação. Pela mesma forma, a operação Monte Carlo consumiu 8 meses de interceptações de comunicações telefônicas. Na CPI no Congresso teve que ser armado um esquema especial a fim de que os advogados ouvissem alguns dos inúmeros áudios a ela relativos.

É bem provável que a autoridade policial não tenha predisposição para ouvir e transcrever os trechos das escutas telefônicas de maneira eficiente. E tal aspecto pode comprometer a idoneidade do referido meio de prova. Além do mais, torna-se necessário verificar se os custos excessivos com esse tipo de atividade complexa, em utilização do processo investigatório, devido às despesas que acarretarão com a transcrição integral das conversas interceptadas, compensam o esforço empreendido nesse sentido.

Corre-se também o perigo de que tais transcrições não reproduzam fielmente os diálogos travados entre os investigados e, assim, comprometer sua rigidez, afinal trata-se de dados levantados sem sua aquerência, com a inversão de sua privacidade como regra e não como exceção.

Em sua faina diária no exercício da magistratura, Maria de Fátima Mata-Mouros lembra que o sistema de escutas pode ser contaminado com falhas técnicas e mesmo erro humano.

⁷⁰POSNER. *op.cit.*, p. 525.

O sofisticado sistema de interceptações telefônicas disponível pela Polícia Jurídica, apesar de seguro nas potencialidades que disponibiliza e na resistência à ocorrência de manipulações ou acessos não autorizados, não é, evidentemente, imune à verificação de anomalias técnicas. Estas – não é de excluir – poderão ainda configurar interferência nas comunicações. Mesmo involuntária, uma captação de chamadas registradas em telefones não objecto de escuta, através de interceptações de outros números, será sempre uma interferência ilegítima nas comunicações.⁷¹

A justificação para invadir a privacidade dos suspeitos no âmbito de uma investigação criminal deixa de ser uma questão de simples preenchimento dos elementos definidos na lei relativos a um determinado crime (do conhecimento de qualquer investigador competente), para passar a um campo bem mais vasto e indefinido: o de assegurar um julgamento justo e equitativo.⁷²

Por todos os títulos, trata-se de uma tarefa enfadonha que sempre redundaria num trabalho satisfatório em face dos aspectos que envolvem a problemática das escutas telefônicas em toda a sua profundidade. O tempo consumido na audição dos diálogos travados entre os investigados e terceiros é digno de registro com fator negativo, até serem submetidos à autoridade judiciária. Também não se pode negar que a excessiva burocracia configura um fator determinante na morosidade que envolve as atividades relacionadas com as transcrições objeto das interceptações das comunicações telefônicas.

Por conseguinte, essa prática, visando ao aperfeiçoamento do procedimento investigatório, não vem cumprindo os desígnios constitucionais. Além de vulnerar a intimidade das pessoas, constitui um instrumen-

⁷¹MATA-MOUROS, op.cit., p. 52

⁷²Ibidem.

to de difícil utilização no plano operacional. Ademais, é inquestionável o nível de banalização a que chegou o manejo de um dos elementos a que se recorre em busca de complementação do conjunto probatório, à vista da insuficiência deste que, nem sempre, se basta à conformação do processo penal que exige provas cabais, pois em jogo está a liberdade das pessoas.

É razoável admitir-se, entretanto, que as normas não se revelam os únicos meios de se estabelecer uma relação de conectividade com a realidade do mundo da vida. Então, não se trata apenas de verificar se houve ou não subsunção das regras como única forma de aferir a equação jurídica, já que esta exige a convergência do elemento valorativo. Na verdade, em sede de jurisdição penal, o que se deve perseguir é a interpretação e aplicação do direito de modo justo em homenagem aos postulados da equidade.

Desenganadamente, o processo penal há de se cercar de todas as garantias consubstanciadas na Constituição Federal e referidas à ampla defesa. Os abusos na colheita de elementos probatórios e práticas prejudiciais aos investigados não podem ser tolerados. Assim, o direito de demandar uma vez extrapolando os cânones legais, como é o caso vertente, - ausência da transcrição das escutas telefônicas em sua integralidade, autoriza o trancamento da ação penal pertinente em decorrência da insubsistência das provas carreadas para os autos que dão conformação ao pedido e, portanto, sua ilegitimidade.

Referências

- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 2.
- DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoria de la prueba**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Tênis, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- KAUFMANN, Artur. Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Dogmática Jurídica. In: KAUFMANN, Artur, HASSEER, W. (org.) **Introdução à Filosófica do Direito e a Teoria do Direito Contemporâneo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- LIFSCHITZ, Sergio Politoff. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Buenos Aires: B de F, 2008.
- MAIHOFFER, Werner. **Estado de derecho y dignidad humana**. Montevideu: Editorial B de F, 2008.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Crime de sonegação previdenciária: aspectos polêmicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- PATRÍCIA, Rui. **O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual Processo Penal Português**. Lisboa: Ass. Acadêmica da FDL, 2004.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **Los elementos subjetivos del delito**: bases metodológicas. Buenos Aires: Euroed Flores, 2007.

MAFFETTONE, Sebastião; VECA, Salvatore (org.) **A idéia de justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: definições e fins do Direito: os meios do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WELZEL, Hans. **Estúdios de Filosofia del Derecho y Derecho Penal**. Buenos Aires: Bosabilvaso, 2006.

APÊNDICE

LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.
art. 5º, inciso XII da Constituição Federal
Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º
da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

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

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

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

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

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

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

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 24 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

Fernando Henrique Cardoso
Nelson A. Jobim



IMPrensa UNIVERSITÁRIA

IMPRESSO NA GRÁFICA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ - ILHÉUS-BA

03

O presente volume reúne, sob a ótica do Direito Constitucional Penal, estudos relacionados com o poder investigatório pelo Ministério Público à luz da teoria dos poderes implícitos. Outro tema diz respeito as interceptações das comunicações telefônicas, advertindo para o perigo de sua banalização por parte das autoridades policiais. Trata o último do trancamento da ação penal, adentrando e alertando sobre a necessidade do manejo correto dos elementos indispensáveis a sua propositura em razão do conjunto probatório formado a partir das escutas telefônicas pelas autoridades policiais. Os três temas, por sua natureza polêmica, possibilitaram uma abordagem crítica com o intuito de contribuir para uma melhor compreensão de sua conformação no ordenamento jurídico.

ISBN 978-85-7455-326-9



9 788574 553269

