> No Brasil se criou um terceiro gênero, tipicamente tupiniquim: as quebras legais-ilegais. Legais porque autorizadas judicialmente, mas ilegais na sua essência, posto que realizadas sem a observância dos contornos constitucionais e legais.

Leonardo Pietro Antonelli, advogado

Por fim, a AMAERJ convidou o advogado e membro do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, Leonardo Pietro Antonelli, o qual exerceu no último triênio a função de procurador judicial da Ordem dos Advogados do Brasil, para falar sobre os resultados da CPI dos Grampos e o Anteprojeto de Lei que tramita no Congresso Nacional objetivando regulamentar as interceptações em geral.

Leonardo Pietro Antonelli, advogado:

A origem da controvérsia remonta da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual erigiu como direito fundamental a inviolabilidade do sigilo das comunicações (art. 5º, XII). Todavia, essa regra não era absoluta, uma vez que o mesmo dispositivo permitia ao juiz, na forma da lei e nas hipóteses que ela viesse a estabelecer, relativizar essa garantia constitucional, excepcionando-a desde que para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Submetida a questão ao STF, ele foi firme em reconhecer a impossibilidade de auto-aplicação do dispositivo constitucional, o que fez surgir, em 1996, a Lei 9.296, regulamentando a parte final do dispositivo constitucional citado.

Assim, *ex-lege*, o juiz precisa perceber indícios razoáveis da autoria e da participação do investigado em infração penal, quebrando o sigilo somente na hipótese da interceptação ser "imprescindível às investigações, por impossibilidade de outros meios disponíveis", sem prejuízo da imperiosa fundamentação da sua decisão concessiva, sob pena de nulidade de todo o excepcional procedimento.

A banalização das interceptações decorreu da i) proliferação da telefonia móvel, que trouxe a plena acessibilidade, revolucionando,

> Como constatou o Deputado Marcelo Itagiba é fácil pedir, fácil autorizar e fácil executar.

na última década, a forma de se comunicar, ii) ausência de controle sobre os pedidos e deferimentos de quebra, iii) à farta tecnologia disponível para as interceptações. Na Itália, em 2005, a TIM chegou a informar aos promotores que tinha atingido o limite das interceptações simultâneas, criando uma fila cronológica de espera. Para administrar e armazenar todos estes dados, surgiram sistemas eficazes (Guardião, Sombra) que, através de softwares específicos, cruzam

as informações das diversas mídias (fax, Nextel, e-mail, SMS) e passam a conduzir a investigação. Como constatou o Deputado Marcelo Itagiba é fácil pedir, fácil autorizar e fácil executar.

Caos formado, surge a resposta dos Poderes constituídos. No legislativo, cria-se a CPI DOS GRAMPOS que apurou a existência de um terceiro gênero, tipicamente tupiniquim: as quebras legais-ilegais. Legais porque autorizadas judicialmente, mas ilegais na sua essência, posto que realizadas sem a observância dos contornos constitucionais e legais. "Enxertos" ou "barriga de aluguel", nos quais números de pessoas estranhas às investigações foram incluídos, ordens proferidas por juízes cíveis, de juizados especiais e escutas oficiais por órgãos que não têm competência legal para fazê-lo (Polícia Rodoviária Federal e Abin) foram fartamente identificados. No total, 10 casos foram investigados. Satiagraha, Kroll, Chacal, Ferreiro entre outros. O caso Pertence é emblemático. Um juiz federal de Mato Grosso do Sul autoriza a quebra. Na escuta, determinado advogado cobra honorários, que segundo interpretação da polícia serviria para remunerar o relator Ministro Pertence, o qual havia deferido, em tempo recorde, uma decisão de interesse do Banco do Estado de Sergipe, tipificando-se, em tese, o crime de exploração de prestígio. Como Pertence soube? Através

de um jornalista que o procurou com uma cópia do material degravado. E se não fosse o Ministro Pertence, cuja honra e dignidade não seriam jamais abaladas por esta leviandade? Quais as repercussões que este vazamento poderia gerar para um simples operador do direito?

Para coibir os abusos e reparar os danos (por vezes irreparáveis), surge uma nova solução legislativa. Ao final dos trabalhos da CPI é elaborado um Anteprojeto que revoga a atual lei das escutas. Numa síntese apertada dos mais importantes de seus 54 artigos, destacam-se:

a) a captação de imagem e som ambiental será deferida somente na hipótese de inviabilidade da interceptação telefônica;

b) o juiz criminal que autorizar a quebra estará proibido de julgar a ação penal respectiva;

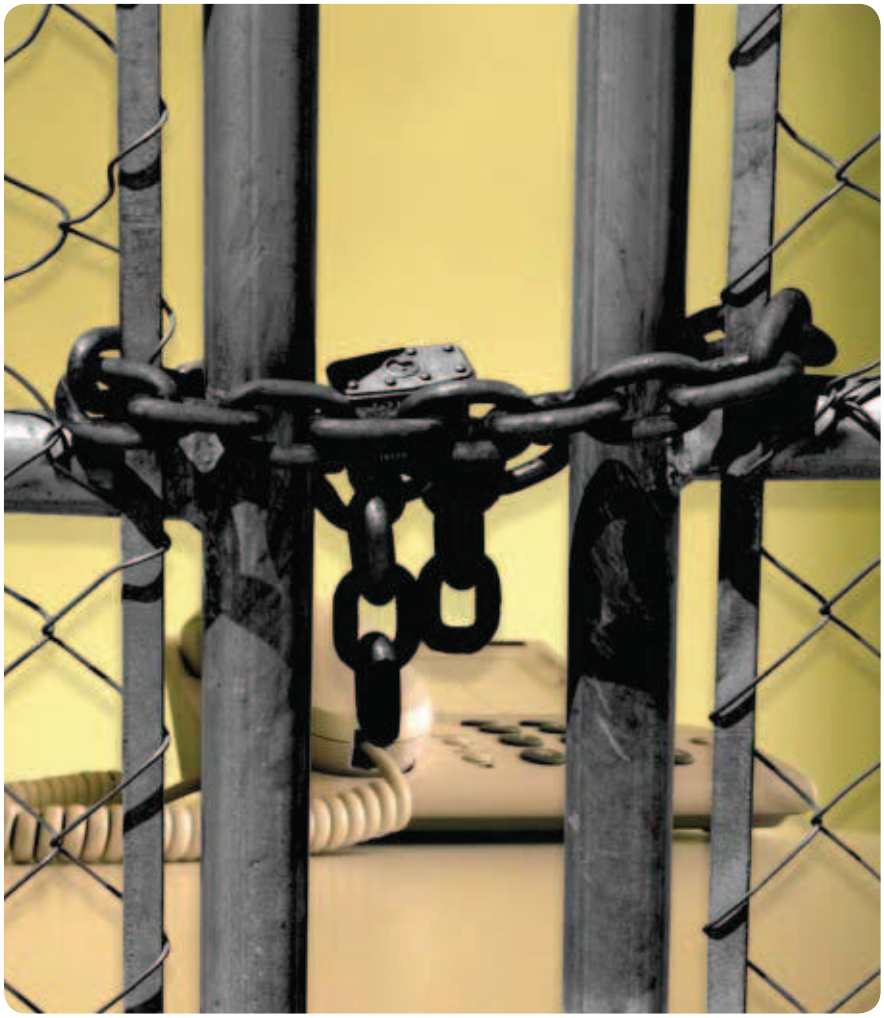
c) será considerada infração funcional do juiz o deferimento da quebra de sigilo de comunicações em desacordo com a lei, bem como na ausência de fundamentação específica para cada terminal a ser interceptado;

d) o terceiro prejudicado terá direito à indenização moral e material decorrente da violação indireta da sua intimidade, vida privada, honra e imagem;

e) os equipamentos e programas destinados à realização de interceptação ficarão restritos aos órgãos públicos legalmente autorizados, vendando-se o uso, porte, produção, comercialização e importação dos mesmos, o que será tipificado como crime;

f) o agente público e qualquer pessoa que propague informação ilicitamente obtida serão responsabilizados criminalmente; idem em relação àqueles que impedirem, dificultarem ou retardarem a execução de interceptação autorizada pelo Poder Judiciário;

g) o prazo de duração da quebra de sigilo ficará limitado a 180 dias, salvo quando se tratar de crime permanente.



> Intermináveis discussões doutrinárias à parte, reconhecida a ausência de "fundamentação específica" da sua decisão de quebra, haverá, com a aprovação do Anteprojeto, uma (re)discussão dos efeitos cíveis das decisões dos agentes políticos. Um retrocesso, d.m.v., sob a ótica da necessária independência funcional.

Permitam-me trazer duas reflexões, entre tantas, decorrentes dos artigos citados. Qual a conseqüência para o magistrado cuja decisão de quebra vier a ser reconhecida, ao final, como infundada?

Utilizo como paradigma o Caso do Grupo Sundown, onde os sócios da empresa tiveram amplamente divulgadas as suas "intimidades" por força de autorização judicial que veio a ser declarada, ao final, nula pelo STJ, assim como os atos processuais que lhe foram decorrentes. Trata-se de *leading case*, onde a E. 6ª. Turma, divergindo da orientação até então prevalente nos Tribunais Superiores e por unanimidade de votos conduzidos pelo Relator Ministro Nilson Naves, concedeu a ordem para reputar ilícita a prova resultante de quase dois anos de quebra, sob o argumento da falta de fundamentação exaustiva e específica da necessidade da quebra/prorrogações (HC no. 76.686).

É evidente, neste caso concreto, o risco do magistrado prolator das decisões, caso venha a ser aprovado o citado Anteprojeto, posto que o mesmo assegura ao terceiro prejudicado o direito à indenização (art. 17) e paralelamente tipifica como infração funcional do juiz a autorização de quebra quando o fizer sem fundamentação específica (art. 13). Intermináveis discussões doutrinárias à parte, reconhecida a ausência de "fundamentação específica" da sua decisão de quebra, haverá uma (re)discussão dos efeitos cíveis das decisões dos agentes políticos. Um retrocesso, *d.m.v.*, sob a ótica da necessária independência funcional.

Por fim, uma segunda e última reflexão quanto ao artigo que trata da limitação temporal das interceptações em até 180 dias. Sob o ponto de vista do advogado, há um temor generalizado que a regra passe a ser o deferimento, em todos os casos, dos 180 dias. Há mais de um ano publiquei um artigo no Jornal O Globo, sustentando que deveria haver um limite razoável, a ser construído pela jurisprudência, para a suspensão da garantia constitucional ao sigilo das comunicações. Qual seria este? Eu insistia que a resposta estaria exatamente na prescindibilidade (ou não) das sucessivas prorrogações para as investigações em curso, a qual deveria constar da fundamentação das decisões concessivas dos novos 15 dias. Estando devidamente fundamentada, prorroga-se por tantas vezes quantas forem necessárias; caso contrário, preserva-se a regra que é a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da liberdade.

Nesta linha de pensar também caminhou a E. 6ª. Turma do STJ no leading case citado, cuja orientação foi novamente reafirmada, quando da publicação em março deste ano, do HC no. 116.375, Relatora Ministra Jane Silva (desembargadora convocada) seguida por unanimidade de votos, restando assente que *"consoante orientação adotada por esta E. 6ª. Turma, existem três interpretações possíveis para a prorrogação:*

1ª.) máximo de 30 dias (art. 5º., Lei 9.296/96);

2ª.) 60 dias (prazo máximo possível para a medida em caso de decretação de Estado de Defesa, cf. art. 136, §2º., da CFRB); ou

3ª.) pelo prazo necessário à elucidação das investigações, desde que ele não exceda o princípio da razoabilidade e, necessariamente, a imperiosidade das sucessivas prorrogações seja exaustivamente fundamentada".

Isto posto, foi declarada a nulidade das interceptações efetivadas contra os pacientes, especialmente pelas decisões que as embasaram conterem, sempre, fundamentações idênticas, todas elas desprovidas de argumentos concretos que pudessem demonstrar a estrita necessidade do meio de prova em questão. Está lançada a controvérsia.

"Há mais de um ano publiquei um artigo no Jornal O Globo, sustentando que deveria haver um limite razoável, a ser construído pela jurisprudência, para a suspensão da garantia constitucional ao sigilo das comunicações."