REVISTA JURÍDICA NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Revista Jurídica NELB

# Jus Scriptum

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
ANO 16 | VOLUME 6 | NÚMERO 3 | 2021

## EDITORIAL

Última edição para um novo começo
*Last edit for a fresh start*
Cláudio Cardona

## ARTIGOS

OMC: Governança Global e Legitimidade
*WTO: Global Governance and Legitimacy*
Pedro Carneiro Sales

A interceptação telefônica no ordenamento jurídico brasileiro: análise da medida sob a ótica do caso Escher e outros vs. Brasi
*Telephone interception in the Brazilian legal system: analysis of the injuction from the perspective of the Escher case and others vs. Brazil*
André Rocha Sampaio e Jéssica Alessandra Araújo Ferreira Leão

Democracia em crise na sociedade da informação
*Democracy in Crisis in the Information Society*
Ana Claudia Sousa de Campos

Efetividade da tutela dos direitos de personalidade no processo informacional: da privacidade aos desafios da proteção de dados
*Effectiveness of the protection of personality rights in the informational process: from privacy to data protection challenges*
Carolina da Rosa Roncatto

Aos 45: o direito constitucional à proteção de dados no Brasil e em Portugal
*At 45: the constitutional provision of data protection right in Brazil and Portugal*
João Ricardo Bet Viegas

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro

Revista Jurídica NELB

# Jus Scriptum



NELB
Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros

jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 16 • Volume 6 • Número 3
out./dez. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board
Leandra Freitas, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Iago Leal, Diretor Científico do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre Silvia Gabriel Teixeira

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2021/22

DIREÇÃO GERAL
*Diretoria Executiva*
Leandra Freitas, Presidente de Direção;
Dra. Joice Bernardo, Secretária Executiva;
Dr. Rodrigo David, Tesoureiro;

Secretarias especiais da Presidência:
Dra. Camila Henriques, Secretária Especial de administração de Conflitos e Apoio à Diversidade (SEACAD)
Mylla Purcinelli, Secretária Especial de Licenciatura (SEL)
Dr. Caio Brilhante, Secretário Especial do Meio Ambiente (SEMA)
Dr. Filipe Vigo, Secretário Especial de Mestrados, Doutoramentos e Empregabilidade (SEMDE)

Assessores da Secretaria Executiva:
Dra. Mariana Harz
Dra. Ana Paula Afonso

*Diretoria Científica*
Iago Leal, Diretor
Dr. Paulo Rodrigues, Diretor
Joao Villaça, Adjunto
Dr. Matheus Spegiorin, Adjunto
Theodora Simões, Adjunta
Dr. Cláudio Cardona, Diretor da Revista Jus Scriptum
Dr. Thiago Santos Rocha, Observador Externo do Conselho Editorial

*Diretoria de Eventos*
Dra. Thainara Nascimento, Diretora
Dra. Bruna Xavier, Assessora
Dra. Maria Melo, Assessora
Dra. Carolina Xavier, Assessora
Dra. Renata Péres, Assessora

*Diretoria de Comunicação*
Dra. Letícia Bittencourt, Diretora
Victor Gabriel, Diretor
Mylla Pucelli, Adjunta
Daniel Rosa, Adjunto
Rafaela Mascaro, Adjunto
Paula Lourenço, Assessora-secretária
Bruna Lebre, Assessora
Lara Calvo, Assessora

*Diretoria de Apoio Pedagógico*
Dra. Flávia Dias, Diretora
Dra. Júlia Ronconi Costa, Adjunta
Dra. Larissa Lopes Matta, Assessora
Dra. Mariana Miranda, Assessora
Eric Alejandro, Assessor
Dra. Brunna Mendes, Assessora

Colaboradores da Direção Geral
Dra. Gabriele Lima

ASSEMBLEIA GERAL
André Brito, Presidente
Dra. Joice Bernardo, Primeira-Secretária
Dra. Rebeca Rossato, Segunda-Secretária

CONSELHO DE PRESIDENTES
Dr. Claudio Cardona, Presidente
André Brito
Dra. Elizabeth Lima

CONSELHO FISCAL
Jefferson Nicolau, Presidente
Maria Eduarda Ribeiro, Vogal
Dra. Rebeca Rossato, Vogal

nelb.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 16 • Volume 6 • Número 3
out./dez. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

**EDITORIAL**

Última edição para um novo começo
*Last edit for a fresh start*
Cláudio Cardona

**ARTIGOS**

OMC: Governança Global e Legitimidade
*WTO: Global Governance and Legitimacy*
*Pedro Carneiro Sales*

A interceptação telefônica no ordenamento jurídico brasileiro: análise da medida sob a ótica do caso Escher e outros vs. Brasi
Telephone interception in the Brazilian legal system: analysis of the injuction from the perspective of the Escher case and others vs. Brazil
André Rocha Sampaio e Jéssica Alessandra Araújo Ferreira Leão

Democracia em crise na sociedade da informação
Democracy in Crisis in the Information Society
Gustavo da Silva Melo

Efetividade da tutela dos direitos de personalidade no processo informacional: da privacidade aos desafios da proteção de dados
Effectiveness of the protection of personality rights in the informational process: from privacy to data protection challenges
Carolina da Rosa Roncatto

Aos 45: o direito constitucional à proteção de dados no Brasil e em Portugal
At 45: the constitutional provision of data protection right in Brazil and Portugal
João Ricardo Bet Viegas

# A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE DA MEDIDA SOB A ÓTICA DO CASO ESCHER E OUTROS VS. BRASIL

*TELEPHONE INTERCEPTION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: ANALYSIS OF THE INJUCTION FROM THE PERSPECTIVE OF THE ESCHER CASE AND OTHERS VS. BRAZIL*

André Rocha Sampaio[1]
Jéssica Alessandra Araújo Ferreira Leão[2]

SUBMISSÃO: 1º DE OUTUBRO DE 2021
APROVAÇÃO: 06 DE OUTUBRO DE 2021

O Estado brasileiro foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por violar uma série de garantias fundamentais no que ficou conhecido como "Caso Escher e Outros vs. Brasil". Trata-se de caso no qual se constatou patente ilegalidade em medida de interceptação telefônica teoricamente deferida para investigar integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e que resultou na vulneração de vários outros direitos fundamentais, como a liberdade de associação e a honra. O presente artigo visa tão somente analisar as questões processuais relacionadas à interceptação telefônica, valendo-se do caso em estudo como meio para a realização de uma pesquisa crítica de cariz bibliográfico. Percebeu-se, ao cabo, que houve uma conduta de manifesto menosprezo, no que tange à atuação das instituições brasileiras, na proteção das garantias violadas,

1 Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (com Programa Doutorado Sanduíche no Exterior na Università di Bologna) (2016), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL)(2009), pós-graduado em Ciências Criminais pela ESAMC (2006), graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2003). Representante local do Mestrado Interinstitucional do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (SE). Professor da disciplina Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia e Advogado. Professor de pós-graduações no Estado. Coordenador do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Membro do Instituto Brasileiro de Processo Penal. Parecerista de diversos periódicos nacionais.Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processo Penal.

2 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), vinculada à linha de pesquisa Crimes, Punições e Direitos Violados: das normas penais e processuais às políticas criminais (2019/2021). Pós-graduanda em Direito de Execução Penal pela Faculdade Renato Saraiva (CERS) (2021/2022). Especialista em Direito da Seguridade Social pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ) (2016/2017). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL) (2010/2015). Pesquisadora do Grupo Biopolítica e Processo Penal do Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre a Pena e a Execução Penal da Universidade de São Paulo (USP).

tendo sido necessário a provocação da CIDH, após posterior acionamento da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, para instar a devida atuação do Estado brasileiro, o que se hipotetizou se tratar de manifestações de práticas inquisitórias arraigadas na praxe forense local. Palavras-chave: interceptação telefônica; garantias fundamentais; inquisitorialidade; CIDH.

The Brazilian State was convicted in the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) for violating a series of fundamental guarantees in what became known as the "Escher and Others against Brazil Case". This is a case in which it was found patent illegality in a measure of telephone interception theoretically deferred to investigate members of the "Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra" (Landless Rural Workers Movement) (MST) and which resulted in the violation of several other fundamental rights, such as freedom of association and honor. This article aims only to analyze the procedural issues related to telephone interception, using the case under study as a means to carry out a critical research of a bibliographic nature. In the end, it was perceived that there was a manifestly contemptuous conduct, with regard to the performance of Brazilian institutions, in the protection of violated guarantees, and it was necessary to provoke the IACHR, after subsequent action by the Inter-American Commission on Human Rights, to urge the proper performance of the Brazilian State, which was hypothesized to be manifestations of inquisitive practices rooted in local forensic practice. Key-words: telephone interception; fundamental guarantees; inquisitoriality; CIDH.

## 1. Introdução

O presente artigo tem como escopo realizar um estudo de caso focado nas questões processuais em torno do denominado "Caso Escher e Outros vs. Brasil", que versa sobre a interceptação telefônica de organizações sociais, nomeadamente o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), e que tramitou tanto na Comissão quanto na Corte Interamericana de Direitos Humanos, resultando na condenação do Estado brasileiro em reparação de danos imateriais, na obrigação de restituir as custas e os gastos suportados pelas vítimas e na ampla divulgação da sentença condenatória.

Trata-se de caso complexo, envolvendo uma série de violações relacionadas não apenas à medida cautelar probatória de interceptação telefônica, mas, por consequência, a vários outros direitos fundamentais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, como o direito à honra, intimidade e à liberdade de associação.

Contudo, para os propósitos delineados, serão abordados tão somente os aspectos ligados de forma mais estreita à medida ilegal, tendo em vista o critério metodológico eleito.

Assim, almeja-se proferir um diagnóstico das condicionantes institucionais que propiciaram a total ausência de responsabilização dos envolvidos por parte do Estado brasileiro, bem como seu descaso para com as medidas estabelecidas pela Comissão Interamericana. A título de método de pesquisa, será realizada uma incursão documental, sobretudo das decisões afetas ao caso disponíveis no próprio sítio da Corte, associada a uma revisão bibliográfica, calcada em constitucionalistas e processualistas brasileiros. Dados estatísticos secundariamente colhidos serão apresentados de forma a demonstrar pontos firmados.

A organização do artigo perpassa por cinco seções e as referências utilizadas, sendo a primeira esta introdução, seguida da apresentação dos aspectos mais relevantes do caso em análise. A terceira seção se bipartirá e será reservada para a demonstração e problematização dos regimes constitucional e legal à inviolabilidade das comunicações telefônicas, enquanto na quarta será feita a análise jurídica da medida aplicada ao caso, resgatando conceitos da seção anterior para a formulação das críticas cabíveis. Por fim, a quinta seção consiste na conclusão, na qual novas hipóteses são formuladas para uma possível futura investigação científica.

Apesar de não conformar estatística – trata-se da análise de somente um caso – a praxe forense brasileira revela que as mazelas a serem analisadas são relativamente frequentes, ainda que em menor grau, de modo que despejar a devida luz sobre elas tem o condão de mapear bolsões inquisitórios em prol de melhor se trafegar na migração para um sistema acusatório, alinhado a valores democráticos inarredáveis.

## 2. Contextualização da demanda[3]

Os fatos que deram origem ao Caso Escher e outros vs. Brasil foram iniciados em 03 de maio de 1999, quando o então Major Waldir Copetti Neves, membro do Quadro de Oficiais da Polícia Militar do Estado do Paraná, baseando-se na Lei nº 9.296/1996 (sancionada para regulamentar a interceptação de comunicações telefônicas), requereu ao Juízo da Comarca de Loanda/PR autorização para que a empresa de telecomunicações do Estado do Paraná, a TELEPAR, procedesse com a interceptação e o monitoramento da linha telefônica pertencente à Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA), situada no Município de Querência do Norte/PR. A instituição, administrada pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), por intermédio de Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni, foi acusada pelo Major Waldir de utilizar o sistema de telefonia como apoio à perpetração de crimes, motivo pelo qual seria necessária a monitoração para preservar a vida e/ou o patrimônio da população.

Diante do pedido, a magistrada Elisabeth Kather, então titular da referida unidade jurisdicional, em superficial anotação feita à margem do próprio documento de requerimento, deferiu a requisição sem qualquer fundamentação, deixando, inclusive, de dar ciência da decisão ao Ministério Público, imposição esta prevista no art. 6º da lei que fundamentou a pretensão[4]. Com efeito, em 14 de maio de 1999 tiveram início as operações, a princípio por 15 (quinze) dias

3 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Arley José Escher e outros contra a República Federativa do Brasil. Caso 12.353, Interceptação de linhas telefônicas de organizações sociais. Organização dos Estados Americanos. Washington, D.C, 20 de dezembro de 2007.

4 BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 - Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Publicada em 25/07/1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 20 set 2021.

e posteriormente prorrogadas pela magistrada até o dia 02 de julho de 1999, resultando em 49 (quarenta e nove) dias de escutas telefônicas. Ao final, em 1º de julho de 1999, foi entregue à magistrada, pelo Major Waldir, 123 (cento e vinte e três) fitas com as conversas gravadas.

Ressalte-se que já em 08 de junho de 1999 alguns fragmentos das gravações obtidas foram reproduzidos em noticiários nacionais de grande projeção, principalmente na Rede Globo de Televisão. Dentre as conversas gravadas, foram divulgadas, sobretudo, as comunicações dos dirigentes das instituições afetadas com diversas pessoas, cuja maior parte era de integrantes do MST. No que se refere ao teor dos diálogos, em geral diziam respeito às atividades decorrentes do movimento, como a ocupação de terras.

Assim sendo, em 1º de abril de 2000, ante a ampla repercussão da divulgação do conteúdo, as pessoas que tiveram suas comunicações telefônicas interceptadas impetraram mandado de segurança contra o ato da Juíza de Direito da Comarca de Loanda, o qual foi distribuído ao Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sob o nº 83486-6. Contudo, com base no argumento de que o remédio constitucional foi impetrado após a suspensão da escuta telefônica, e, portanto, carecia de objeto, o mandado foi rejeitado sem resolução do mérito em 05 de abril de 2000. As vítimas chegaram a opor embargos de declaração alegando que houve omissão na decisão, uma vez que o pedido de destruição das fitas em que estavam armazenadas as conversas gravadas não foi apreciado. Porém, o Tribunal decidiu que o referido pedido não poderia ser atendido, posto que o indeferimento da petição se deu sem análise meritória.

Posteriormente, em 19 de agosto de 2000, foi oferecida denúncia pelos delitos cometidos contra as vítimas. Entre-

tanto, em 06 de outubro de 2000, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná rejeitou a acusação, absolvendo dos delitos de usurpação da função pública, abuso de autoridade e crime de responsabilidade a magistrada Elizabeth Khater, o Subcomandante e Chefe do Estado-Maior da Polícia Militar, Coronel Valdemar Krestschmer, o Chefe do Grupo Águia do Comando de Polícia do Interior, Major Waldir Copetti Neves e o Terceiro Sargento Valdecir Pereira da Silva, do 8° Batalhão da Polícia Militar.

Não obstante, remeteu-se o processo referente a Cândido Manuel Martins de Oliveira, Secretário de Segurança Pública do Estado do Paraná, ao Juizado de Primeira Instância Penal, tendo em vista a possibilidade de adequação de sua conduta ao tipo previsto no art. 10 da Lei nº 9.296/1996 (quebra de segredo de justiça sem autorização judicial)[5], em razão de ter divulgado à imprensa as informações contidas nas gravações obtidas. Dessa maneira, após os devidos trâmites processuais, o Secretário foi condenado no Processo Penal nº 82516-5, perante a 2ª Vara do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, à pena privativa de liberdade de dois anos e quatro meses, bem como ao pagamento de 28 dias-multa. Entretanto, a condenação foi revertida pelo Tribunal de Segunda Instância do Estado do Paraná, que em 14 de outubro de 2004, absolveu o acusado por considerar que as conversas gravadas não foram por ele divulgadas à imprensa, na medida em que já haviam se tornado públicas em momento anterior à entrevista concedida.

Ocorre que, paralelamente à tramitação dos processos

5 Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput deste artigo com objetivo não autorizado em lei. BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 - Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. Publicada em 25/07/1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 20 set 2021.

em âmbito nacional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi acionada em 26 de dezembro de 2000, tendo recebido denúncia apresentada pelas organizações Rede Nacional de Advogados Autônomos Populares (RENAAP) e Centro de Justiça Global (CJG) contra a República Federativa do Brasil.

Porém, somente em 02 de março de 2006, após os procedimentos preliminares, a Comissão declarou o caso formalmente admissível, de modo que, em 19 de abril de 2006, transmitiu o Relatório de Admissibilidade às partes e concedeu o prazo de 02 (dois) meses para que os peticionários apresentassem alegações sobre o mérito da demanda, colocando-se à disposição para promover um desfecho amistoso. Transcorridos os prazos concedidos e apresentadas as devidas manifestações, em 08 de março de 2007, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito 14/07, conforme dispõe o art. 50[6] da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em suma, o relatório concluiu que "o Brasil violou

6 Art. 50.1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, e, do artigo 48. 2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo. 3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humano. 22 de novembro de 1969.

os direitos consagrados nos artigos 8.1[7], 11[8], 16[9] e 25[10] da Convenção Americana, descumprindo ao mesmo tempo as obrigações gerais que impõem os artigos 1.1[11], 2[12] e 28[13] do mesmo

7 Art. 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

8 Art. 11. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.3.Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

9 Art. 16. 1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. 2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. 3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

10 Art. 25.1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

11 Art. 1.1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

12 Art. 2. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

13 Art. 28. 1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial. 2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinente, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção. 3. Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições neces-

instrumento".

Diante disso, a Comissão elaborou algumas recomendações ao Estado brasileiro, a saber: 1) realização de uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos; 2) reparação plena a Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, bem como aos familiares de Eduardo Aghinoni, tanto no aspecto moral quanto material, pelas violações de direitos humanos determinadas no relatório; 3) aprovação e implementação de medidas destinadas a preparar funcionários da justiça e da polícia, a fim de evitar ações que impliquem violação do direito de privacidade em suas investigações; 4) aprovação e implementação de ações imediatas que assegurassem o cumprimento dos direitos estabelecidos nos artigos 8.1, 11, 16 e 25 da Convenção Americana, tornando efetivos os direitos à proteção especial da privacidade e à liberdade de associação das pessoas físicas no Brasil.

Com efeito, o Relatório de Mérito foi transmitido ao Estado em 10 de abril de 2007, oportunidade em que foi concedido o prazo de 02 (dois) meses para que prestasse informações acerca das ações executadas com a finalidade de efetivação das recomendações. Na ocasião, a CIDH informou aos peticionários sobre a aprovação do relatório e encaminhamento ao Estado, solicitando que se posicionassem, também no prazo de 02 (dois) meses, quanto à eventual submissão do caso à Corte Interamericana. Destarte, em 10 de maio de 2007, os peticionários informaram o desejo de que o caso fosse encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Entretanto, uma série de prorrogações de prazo passou

sárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

a ser requerida pelo Brasil. Inicialmente, sob a justificativa de complexidade da articulação interna necessária à concretização das recomendações e elaboração de relatório completo e preciso, o Estado solicitou prorrogação em 24 de maio de 2007, a qual acabou por ser concedida pela CIDH em 05 de junho de 2007, pelo período de 03 (três) meses, resultando em suspensão do prazo fixado no artigo 51.1 da Convenção Americana para envio do caso à Corte.

Então, em 11 de setembro de 2007, o Estado enviou à Comissão um relatório informando acerca do cumprimento parcial das recomendações, requerendo, todavia, uma nova prorrogação de 06 (seis) meses para viabilização do cumprimento integral. Salientou, ainda, que não pretendia se eximir de suas responsabilidades internacionais, mas apenas e tão somente garantir que os princípios do sistema interamericano fossem efetivados em sua totalidade. Dessa maneira, em 08 de outubro de 2007, a CIDH novamente concedeu prorrogação, restringindo-a, no entanto, a um período de 02 (dois) meses. No documento, a Comissão solicitou, ainda, que o Estado elaborasse um programa de cumprimento relacionado a cada recomendação, bem como, que em 25 de novembro apresentasse o relatório final de todas as ações.

Contudo, para a surpresa de todos que estavam acompanhando a demanda, em 11 de outubro de 2007 a Assembleia Legislativa do Estado do Paraná aprovou a Lei nº 15662/2007[14], que concedeu o título de Cidadã Honorária à magistrada Elisabeth Kather, diretamente envolvida nos fatos do caso analisado. Assim, em 14 de novembro de 2007, os peticionários comunicaram a situação à CIDH, enfatizando

14 PARANÁ. Lei nº 15.662, de 11 de outubro de 2007 - concede o título te Cidadã Honorária do Estado do Paraná à Doutora Elisabeth Kather. Publicada em 11/10/2007. Disponível em: < https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-15662-2007-parana-concede-o-titulo-de-cidada-honoraria-do-estado-do-parana-a-doutora-elisabeth-kather>. Acesso em: 22 set 2021.

que o ato representava a impunidade em relação à responsabilização que poderia ser atribuída à Juíza, e, por conseguinte, o distanciamento do Estado quanto ao cumprimento das recomendações elaboradas pela Comissão.

O prazo de 25 de novembro de 2007 foi ultrapassado sem qualquer manifestação do Brasil, que somente em 10 de dezembro de 2007 requereu uma terceira prorrogação, novamente sob o argumento de demasiada complexidade na interação dos diversos atores estaduais e federais envolvidos na concretização das recomendações. Na mesma data, a CIDH concedeu ao Estado brasileiro uma última prorrogação, de 10 (dez) dias, para que fosse apresentado ao menos um cronograma pormenorizado do cumprimento de cada uma das recomendações, com especificação acerca do estágio em que se encontrava cada uma delas. Todavia, chegado o dia 17 de dezembro de 2007, fixado como prazo limite para a apresentação da documentação, o Estado não encaminhou sequer o cronograma de cumprimento, motivo pelo qual a CIDH decidiu submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, vale lembrar que o Brasil aderiu à Convenção Americana em 09 de julho de 1992 e aceitou a jurisdição contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998, sendo esta competente para julgar o feito. Desse modo, em 20 de dezembro de 2007, considerando a ausência de promoção de justiça e reparação adequada pelo Estado em detrimento das vítimas, a CIDH submeteu à Corte o caso número 12.353, Arley José Escher e outros, contra a República Federativa do Brasil, em razão da interceptação e monitoramento ilegais das linhas telefônicas de Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni, membros das organizações sociais Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais

(ADECON) e da Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA), ambas associadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), realizados entre abril e junho de 1999 pela Polícia Militar do Estado do Paraná.

Em sua representação, apresentada em 20 de dezembro de 2007, a Comissão solicitou à Corte que estabelecesse a responsabilidade internacional do Estado brasileiro, uma vez que o país incorreu em diversas violações previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, sobretudo as contidas nos artigos 8.1 (direito ao devido processo legal), 11 (proteção da honra e da dignidade), 16 (liberdade de associação) e 25 (proteção judicial). Ademais, enfatizou que o caso constituía uma oportunidade de aperfeiçoamento da jurisprudência interamericana no que diz respeito à tutela do direito à proteção da privacidade e do direito à liberdade de associação, além dos limites do exercício do poder público.

No que se refere ao objetivo da demanda, a CIDH pontuou que consistia na declaração de que a República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos dispositivos supramencionados, bem como das obrigações gerais de respeito e garantia, dispostas no artigo 1.1 do mesmo instrumento, e do dever de adotar medidas legislativas e de outra natureza no âmbito interno, previstas no artigo 2 do Tratado. Em consequência, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse o Estado a cumprir as mesmas recomendações indicadas no âmbito da CIDH, dessa vez com natureza coercitiva, tendo em vista que anteriormente acabaram por não ser seguidas pelo Estado. Pleiteou, ainda, que as custas e despesas legais decorrentes da tramitação do caso fossem pagas pelo Brasil, tanto em âmbito nacional quanto internacional.

Dessa maneira, em 06 de fevereiro de 2008 a demanda foi notificada ao Estado, tendo as organizações Justiça Global, Rede Nacional de Advogados Populares, Terra de Di-

reitos, Comissão Pastoral da Terra (CPT) e Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), representantes das vítimas, apresentado o conjunto de petições, argumentos e provas em 07 de abril de 2008, conforme prevê o art. 23 do Regulamento. Adiante, em 07 de julho de 2008, o Estado apresentou defesa, mediante a qual suscitou questões preliminares e contestou os pontos alegados. Ademais, a Presidenta da Corte ordenou, através da Resolução de 08 de outubro de 2008, o recebimento de declarações de 08 (oito) testemunhas propostas pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, bem como as declarações dos dois peritos oferecidos pelos representantes. Com efeito, as exceções preliminares foram: 1) Descumprimento pelos representantes dos prazos previstos no Regulamento para apresentar o escrito de petições e argumentos e seus anexos; 2) Impossibilidade de alegar violações não consideradas durante o procedimento perante a Comissão Interamericana; e 3) Falta de esgotamento dos recursos judiciais internos.

Em seguida, uma audiência pública foi celebrada no dia 03 de dezembro de 2008, ocasião em que foram colhidos os depoimentos de Celso Aghinoni, Avanilson Alves Araújo e Harry Carlos Herbert, propostos pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, respectivamente; além dos laudos dos peritos Luiz Flávio Gomes e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, o primeiro proposto pela Comissão e a segunda pelo Estado. Ao final, foram apresentadas as alegações finais orais das partes.

Assim, em 06 de julho de 2009, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença[15], declarando,

15 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Arley José Escher e outros contra a República Federativa do Brasil. Caso 12.353, Interceptação de linhas telefônicas de organizações sociais. Sentença. 20 de julho de 2009.

por unanimidade, que o Estado brasileiro violou o direito à vida privada e o direito à honra e à reputação de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, reconhecidos no artigo 11 da Convenção Americana, relacionado ao artigo 1.1 do mesmo diploma, pela interceptação, gravação e divulgação de conversas telefônicas; violou o direito à liberdade de associação reconhecido no artigo 16 da Convenção Americana, relacionado ao artigo 1.1; violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana; relacionados ao art. 1.1 do mesmo diploma, em razão da ação penal seguida contra o ex-secretário de segurança; da falta de investigação dos responsáveis pela primeira divulgação das conversas telefônicas; e da falta de motivação da decisão em sede administrativa relativa à conduta funcional da magistrada que autorizou a interceptação telefônica.

A título de reparação, restou determinado ao Estado, em síntese, a obrigação de pagar para cada vítima, pelos danos imateriais, o montante de US$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América); a obrigação de publicar no Diário Oficial, em outro jornal de ampla circulação nacional, e em um jornal de ampla circulação no Estado do Paraná, a parte resolutiva da sentença, bem como a publicação na íntegra da decisão em um sítio web oficial da União Federal e do Estado do Paraná; a obrigação de investigar os fatos que geraram as violações do caso; a obrigação de restituir as custas e os gastos suportados pelas vítimas no valor de US$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América).

## 3. Da Interceptação Telefônica

A Constituição Federal da República Federativa do

Brasil data de 5 de outubro de 1988. Apesar dos seus quase 35 anos de existência, a realidade da época já contemplava a vasta utilização de comunicações telefônicas – em número muito maior do que atualmente, diga-se de passagem. Assim sendo, conveio ao constituinte instituir, inicialmente, os limites constitucionais do seu exercício, delegando ao legislador infraconstitucional a responsabilidade de fornecer contornos mais precisos aos limites do direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas.

No presente tópico será feita a devida análise tanto da contextualização constitucional como infraconstitucional, analisando-se todas as nuances pela ótica jurisprudencial e doutrinária, sobretudo, no que tange a esta última, a de cariz crítico.

### 3.1. Da Proteção Constitucional à Inviolabilidade das Comunicações Telefônicas

O constituinte de 1988 reservou o Título II da Carta Magna para a proteção "Dos direitos e garantias fundamentais", trazendo em seu primeiro capítulo os "direitos e deveres individuais e coletivos". Foi nele que, precisamente no inciso XII do artigo 5º, dispôs: "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".

Como visto, no aludido inciso o constituinte assegurou a inviolabilidade de sigilos ligados a correspondência, a comunicações telegráficas, de dados e também a comunicações telefônicas, porém, fazendo uma ressalva quanto a este último, em virtude de ordem judicial e com a finalidade de produção de provas e/ou elementos de informação para uma

persecução criminal, com seus limites definidos pela legislação infraconstitucional.[16]

Tratou-se de espécie de "ponderação a priori" realizada pelo constituinte, que mesmo percebendo a robusta importância da garantia à inviolabilidade das comunicações telefônicas entendeu não poder ser ela absoluta, de modo a ser usada indene para a prática de delitos, porém considerou a interferência do Estado algo tão gravoso que só poderia ocorrer mediante ordem judicial e para fins de persecução criminal, nos termos que serão melhor explorados abaixo.

### 3.2. Da Proteção Legal às Comunicações Telefônicas

Em nível infraconstitucional, as hipóteses de violação legal ao sigilo das comunicações telefônicas foram estabelecidas pela Lei 9.296/96. Esta lei possibilita que haja a gravação do conteúdo as comunicações telefônicas diante do preenchimento dos seguintes requisitos: autorização judicial devidamente fundamentada, demonstração de ser o último meio de prova disponível para a obtenção de informações com determinado propósito investigativo, a presença de indícios suficientes de autoria ou participação em infração penal e, por fim, o crime que está sendo investigado precisa ser punível com a pena de reclusão.[17]

A reserva de jurisdição[18] possui o condão exatamente

16 "Finalmente, à luz do art. 5º, XII, pode parecer que somente o sigilo das comunicações telefônicas pode ser quebrado. Na verdade, como não há direitos absolutos, qualquer sigilo mencionado no preceito pode ceder quando ponderado com outros valores diante do caso concreto. Mas a Constituição, relativamente às comunicações telefônicas, limita a quebra do sigilo, através da interceptação ou captação da conversação, à ordem judicial e nas hipóteses e forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Esclareça-se, de logo, que interceptação das comunicações telefônicas é a apreensão e gravação da conversa telefônica por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores" (CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. Jus Podium: Salvador, 2008. p. 664).

17 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgng; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 293.

18 CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. Jus Podium: Salva-

de evitar a banalização da medida, incumbindo ao juiz competente a decisão final acerca de estarem ou não preenchidos os requisitos autorizativos da medida. Ademais, conforme disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, é imperativo que fundamente sua decisão, demonstrando a presença de todos os elementos em questão.

A demonstração de se tratar do último meio de prova à disposição para o propósito almejado pode, por sua vez, ser bastante problemática. Frise-se que a medida em questão se trata de prova cautelar,[19] o que impede, neste caso, a devida proteção de um contraditório forte, instituído aprioristicamente ao ato; ou seja, a autoridade requerente – delegado de polícia ou membro do Ministério Público – não possui meios viáveis de comprovar o negativo, ou seja, a inexistência de outros meios capazes de atingir o mesmo desiderato. Em assim sendo, tal requisito costuma orbitar em torno da mera alegação da parte requerente, que se se demonstrar minimamente razoável, é costumeiramente deferida pelo juiz competente.

A necessidade da presença de indícios suficientes de autoria ou participação em infração penal é o requisito que institui o *standard* probatório a ser analisado pelo juiz competente antes de deferimento da medida. Em que pese trazer inegável limitação à concessão da autorização para interceptar comunicações telefônicas, o *standard* é vago – como sói serem –, trazendo o adjetivo "suficientes" como modulador de eventuais indícios presentes passíveis de figurar nessa análise. Essa "suficiência" acaba operando como significante vazio, manuseada pelo requerente e pelo juiz competente de forma pouco controlável, extremamente vulnerável a vieses

dor, 2008. p. 665.

19 No mesmo sentido, cf. RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação Telefônica. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 26, abr./jun., 1999, pp. 143 – 151.

de variadas ordens.

O último elemento é o mais objetivo: o crime alvo da investigação precisa ser apenado com pena de reclusão, o que na prática impede que a medida em questão se banalize ao ponto de ser utilizada em crimes de menor gravidade. Por outro lado, ainda permite que uma grande quantidade de condutas seja potencialmente objeto de interceptação.

CANOTILHO, MENDES, SARLET e STRECK afirmam que as duas primeiras hipóteses se tratam, em certa medida, de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, o que não suscita nenhuma controvérsia de cunho constitucional, mas a terceira delas – a possibilidade de aplicação para todos os crimes apenados com reclusão – instigaria a discussão acerca da proibição de excesso.

> Observa-se, desse modo, nítido descompasso entre a opção feita pelo legislador ordinário, de um lado, e a diretriz constitucional e o critério sinalizado pelo STF, de outro, no sentido de que as interceptações telefônicas deveriam ser restritas a casos de extrema gravidade, como, por exemplo, o crime organizado, os crimes inafiançáveis, os crimes praticados contra o meio ambiente e contra a administração pública, etc.[20]

Afirmam os autores que o legislador foi ao mesmo tempo aquém a além, pois ao passo que açabarcou todos os crimes apenados com reclusão, deixou de fora crimes comumente praticados pelo telefone, como o de ameaça e os crimes contra a honra. Entretanto, ao cabo, afirmam:

> Longe de atender ao caráter excepcional da previsão constitucional, o legislador ordinário ampliou de tal modo as hipóteses de interceptação telefônica que terminou por aniquilar o direito fundamental à intimidade assegurado pela Constituição, afastando-se a realidade legislativa do modelo garantista de processo penal esboçado pelo constituinte.[21]

20 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgng; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 294.

21 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgng; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Sa-

GRINOVER, por sua vez, afirma que, no que tange às hipóteses legais nas quais a interceptação é admissível, o texto do dispositivo fora extremamente infeliz, primeiramente porque do texto constitucional funda a ideia de que o sigilo é a regra, à qual a lei poderia excepcionar, porém, ao invés disso, o artigo 2.º inverte a lógica instituída, trazendo a quebra como regra e a inviolabilidade como exceção.[22]

A prática referida, de esvaziamento pelo legislador ordinário – e pelo Judiciário – do conteúdo garantista de normas constitucionais, infelizmente, tornou-se algo corriqueiro. Em nome de um amorfo combate à criminalidade, calcados em uma emergencialidade que já se insculpiu em uma realidade democrática subvertida, tornaram-se corriqueiras leis que resvalam em barreiras constitucionais em tese intransponíveis, bem como julgados que entortam o texto constitucional para além de qualquer possibilidade hermenêutica.[23]

Conforme CANOTILHO, MENDES, SARLET e STRECK,

> A lei que regulamentou a interceptação telefônica seguiu a linha daquilo que se denominou "sistema de prévia verificação", baseando-se, portanto, em três pontos: (a) a autorização da interceptação – escrita e, devidamente, fundamentada – deve ser concedida somente pelo juiz (cláusula de reserva de jurisdição) que for competente para a apreciação da ação principal, o que significa dizer que, nos casos em que o investigado

raiva/Almedina, 2013. p. 294. No mesmo sentido, GRINOVER afirma que "É evidente o excesso do legislador brasileiro, que não se deu conta da excepcionalidade da intercepção telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua índole, só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida interceptação. O direito comparado reserva a possibilidade de quebra do sigilo a casos taxativos de extrema gravidade, acrescentando ao rol de crimes mais sérios, via de regra, os casos de ameaça e injúria (punidos entre nós com pena de detenção), quando cometidos pela via telefônica" (GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 17, jan./mar., 1997, pp. 112-126).

22 GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 17, jan./mar., 1997, pp. 112-126.

23 Para mais detalhes, cf. STRECK, Lenio Luiz. Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019. pp. 148 e ss.

> gozar de prerrogativa de foro, o seu deferimento está vinculado ao princípio do juiz natural; (b) a interceptação telefônica somente pode ser autorizada para constituir prova em investigação criminal ou em instrução processual penal; (c) o sigilo do procedimento da interceptação telefônica não viola o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa – garantidos, nesse caso, após a gravação e a transcrição, conforme entendimento do STF (por todos, HC 92331) – , tendo em vista que qualquer notificação prévia ou vista à defesa impossibilitaria o cumprimento da diligência, considerando que, uma vez ciente da escuta, o investigado jamais iria efetuar qualquer comunicação comprometedora.[24]

Para TÁVORA e ALENCAR, a interceptação telefônica é medida cautelar probatória, um meio de apreensão imprópria, visto que são apreendidos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica. A rigor, a medida poderia ser considerada como meio de prova – visto que seu resultado pode servir à comprovação dos elementos componentes da infração penal –, meio de obtenção de prova – pois seria possível por meio dela se alcançar provas que diretamente demonstrariam a materialidade de um delito – ou fonte de prova – quando considerada desde sua estrutura técnica, que viabiliza resultados úteis à produção probatória[25].

O artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, por sua vez, afirma que o "juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas", ou seja, em sendo a interceptação telefônica espécie do gênero "provas cautelares", está posto o atalho que permite que o juiz da causa possa condenar o réu tão somente com base

24 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgng; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 293.

25 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Novo curso de direito processual penal. 15ª ed. Salvador: Jus Podium, 2020. p. 960.

no conteúdo de uma interceptação telefônica, esvaziando o direito ao confronto[26] e privilegiando um contraditório extemporâneo, ou seja, o que FERRUA chama de "contraditório fraco".[27]

Diante desse cenário, resta propiciar à defesa o direito de se pronunciar acerca da prova obtida o quanto antes. Esse é também o entendimento de MOURA:

> Entendemos que a defesa deva ter ciência do resultado da interceptação logo após o término da captação da comunicação telefônica, devidamente autorizada, uma vez feitas as respectivas gravações e transcrições, independentemente do momento da persecução criminal em que a interceptação se dê.[28]

Se o caso ora em análise se tratasse de situação isolada ainda seria possível sustentar algum tipo de respiro de ares democráticos, mas é imperioso frisar que, conforme exposto por TAVARES, OLIVEIRA e SANTORO, a chamada "CPI do Grampo" concluiu em seu relatório final que há uma verdadeira banalização no uso da medida de interceptação telefônica. "Foram apontados diversos problemas, como o uso prospectivo da prova, o descontrole no vazamento de gravações protegidas pelo segredo e a prorrogação por prazos extremamente longos, o que foi atribuído pela CPI aos 'espaços sem definição' da Lei 9.296/1996"[29].

26 MALAN, Diogo Rudge. Direito ao confronto no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
27 FERRUA, Paolo. Il 'giusto processo'. 3. Ed. Bolonha: Zanichelli, 2012. pp. 25/26.
28 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Interceptação telefônica: breves reflexões. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 21, jan./mar. 1998, pp. 411-412.
29 TAVARES, Natália Lucero Frias; OLIVEIRA, Anderson Affonso de; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 143, Maio, 2018, pp. 89 – 116. O artigo citado também apresenta dados importantes fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre a utilização da medida de interceptação telefônica no Brasil. Conforme menciona os autores, eles perceberam "(...) um crescimento no número de interceptações de comunicações (telefônica e dados), que alcançou a maior quantidade em 2015. Todavia, no ano de 2016, houve uma diminuição do número de interceptações em relação a 2015, sendo certo que o ano de 2017 ainda não incluiu o mês de dezembro e, pela média dos meses, também deverá ultrapassar a marca de 300 mil interceptações".

## 4. O Regime da Interceptação Telefônica e o Caso Escher e Outros vs. Brasil

Aplicando-se a disciplina enfrentada ao caso em apreço, percebem-se várias violações que merecem análise. Primeiramente, há uma gritante usurpação de função pública, na medida em que pedido fora realizado por um major da Polícia Militar. Em seguida, percebe-se a falta de fundamentação, representada por um despacho sucinto no canto do requerimento. Ademais, o Ministério Público foi afastado do ato, não lhe tendo sido dada ciência da medida. Por último, a interceptação extrapola o período legal, em que pese a aceitação jurisprudencial quanto a isto.

O artigo 3º da Lei 9296/96 é cristalino ao dispor:

> Art. 3° 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.

No caso em análise se percebe a manifesta falta de legitimidade do então Major Waldir Copetti Neves para requerer tal medida, o que deveria ter sido de plano percebido pela magistrada competente, a Dra. Elisabeth Kather. Ainda que se argumente que se a medida poderia ser decretada de ofício, como dispõe a lei, logo sequer seria necessário o referido requerimento, algumas considerações precisam ser feitas.

A princípio, a iniciativa probatória do juiz, mormente na fase preliminar (investigativa), trata-se de claro resquício inquisitório, repudiada pela doutrina[30] e até mesmo afastada por decisões da suprema corte:

EMENTA Processual Penal. Habeas Corpus. Impedi-

30 Por todos, cf. LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 14. Ed. Saraiva: São Paulo, 2017. Em sentido contrário, cf. RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação Telefônica. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 26, abr./jun., 1999, pp. 143 – 151.

> mento. Imparcialidade do julgador. Intervenção probatória do magistrado em procedimento de delação premiada. Não configuração das hipóteses taxativas. Inocorrência. Art. 252 do CPP. Precedentes. Ordem Denegada. 1. As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um numerus clausus. Precedentes (HC nº 92.893/ES, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 12/12/08 e RHC nº 98.091/PB, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/4/10). 2. Não é possível interpretar extensivamente o inciso III de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância (o desempenhar funções em outra instância é entendido aqui como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição). 3. Reinterrogatório de corréus validamente realizado em processo distinto daquele em que surgiram indícios contra o investigado (CPP, art. 196) e que não constitui impedimento à condução de nova ação penal instaurada contra o paciente. 4. Inquérito policial instaurado por requisição do Ministério Público. Atuação do magistrado: preside o inquérito, apenas como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exteriorização de qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes na fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. 4.Ordem denegada.[31]

Ademais, ainda que fosse possível essa espécie de substituição subjetiva no procedimento, deveria restar claramente fundamentada, o que não se percebeu, sobretudo por sua suma deficiência. Por fim convém destacar que em sendo sujeito alheio à *persecutio criminis*, caberia ao Major Neves comunicar ao Ministério Público e/ou à polícia investigativa acerca de suas suspeitas, jamais diretamente ao juízo, por faltar-lhe total legitimidade para o ato.

Ainda sobre a fundamentação, é imperioso frisar que se trata de conquista civilizatória, demarcando-se, então,

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97553 / PR – PARANÁ. HABEAS CORPUS. Rel.: Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 16/06/2010. Publicação: 10/09/2010. Órgão julgador: Primeira Turma.

rasgos mínimos de um sistema acusatório, a devida fundamentação das decisões judiciais. Frise-se que no caso em comento se trata de limitação em garantia fundamental protegida por cláusula pétrea constitucional, relativizada *a priori* pelo próprio constituinte, mas cuja importância menos que diminui, amplia sobremaneira o peso do dever de fundamentar tal intrusão.

Uma superficial anotação feita à margem do próprio documento de requerimento denota desapreço aos cuidados necessários à proteção de uma tão importante garantia constitucional, cuja necessidade de motivação é reforçada pelo artigo 5º da aludida Lei, e, em última análise, aos próprios fundamentos de um modelo democrático de processo penal.

Seguindo na análise, percebe-se, no caso, a privação do Ministério Público de participar do ato. O artigo 6º da Lei 9296/96 aduz que "(d)eferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização". O constituinte atribui ao *Parquet*, entre outras, as seguintes funções:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
> III – (...);
> VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
> VIII – (...);

Longe de ser mera peça figurativa, o Ministério Público ocupa função de inegável importância na defesa de garantias. Afastá-lo do ato, ferindo de morte o artigo 6º, mencionado acima, apenas reforça a falta de zelo para com a fiscalização dos

direitos fundamentais dos investigados, impedindo que esse importante fiscal pudesse participar da realização da medida.

Inclusive, nessa temática, importante o posicionamento de CANOTILHO, MENDES, STRECK e SARLET,

> (...) Ora, parece evidente que, em matéria de tamanha relevância – destaque-se que a autorização da interceptação é uma invasão na esfera de privacidade do cidadão – , a prévia participação do Ministério Público mostra-se essencial, sobretudo porque sua missão constitucional é a de ser o guardião dos direitos individuais e coletivos da sociedade. Aliás, se o legislador optou pelo sistema de autorização prévia, e não pela verificação posterior de legalidade, então o parecer prévio do Ministério Público se faz absolutamente indispensável, além de representar um efetivo resguardo da garantia constitucional do cidadão (...).[32]

Por fim, mas não menos importante, é essencial destacar que, em que pesem todas as violações apontadas, o conteúdo das gravações, absolutamente sigilosos, por força de lei, foi divulgado para veiculação em noticiários nacionais de grande projeção, descumprindo-se o artigo 8º da Lei 9296/96, o inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal e o artigo 11, 2, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

## 5. Conclusão

Pode-se concluir que o caso em análise, apesar de não poder operar a título de projeção estatística das posturas institucionais da República Federativa do Brasil, representa verdadeiro sintoma de uma cultura judicial ainda profundamente contaminada por veios inquisitórios e pouco zelosa a garantias constitucionais consagradas pela Carta Magna.

Convém destacar que as vítimas às agressões legais analisadas pertenciam ao Movimento dos Trabalhadores Rurais

32 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgng; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. pp. 294/295.

Sem Terra (MST), grupo cujo escopo é a luta pela reforma agrária, objetivo este inclusive contemplado na Constituição Federal, entre seus artigos 184 e 191. A suspeita infundada de se tratar de grupo criminoso demonstra certa aversão aos ideais defendidos pelo movimento, o que deveria ter sido freado já de início, pela magistrada à qual fora enviado o pedido de interceptação telefônica.

Dessa forma, a atuação da magistrada, em confronto com várias normas dispostas na Lei nº 9296/96 e na própria Constituição Federal, poderia demonstrar um "ponto fora da curva"; um fortuito encontro entre as impressões enviesadas de um major da Polícia Militar e a incauta inclinação da magistrada para a rápida concessão do pedido ilegal. Entretanto, trata-se de apenas sintoma de uma cultura institucional de desapreço a garantias constitucionais, na qual o Judiciário, menos que um "defraudador de expectativas" e um "guardião das promessas"[33] constitucionais, torna-se um aliado de primeira hora das agências policiais, compactuando de visão de mundo congruente, para dizer o mínimo, ainda que em dissonância com valores constitucionais.

Indício de não se tratar de fato isolado se encontra no que se percebeu de comportamento institucional desde então. Apesar de toda a movimentação para a responsabilização dos atores envolvidos, ao cabo ninguém respondera pela consequência de seus atos, tendo as respostas institucionais ao feito se situado entre a culpa diluída e a impossibilidade de apuração concreta da responsabilidade.

Tamanho descaso possibilitou a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que viu ser feita tábula rasa de suas recomendações, representada pela extrema

33 Conforme atestam, respectivamente, MARTINS (cf. MARTINS, Rui Cunha. A hora dos cadáveres adiados. São Paulo: Atlas, 2013) e GARAPON (GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999).

morosidade, desídia e até mesmo pelo escárnio de concessão de título de Cidadã Honorária à magistrada Elisabeth Kather, diretamente envolvida no caso.

Assim, restou aos organismos internacionais o acionamento da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, sancionando o Estado brasileiro na obrigação de pagar para cada vítima o valor de US$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América); a obrigação de publicar no Diário Oficial, em outro jornal de ampla circulação nacional, e em um jornal de ampla circulação no Estado do Paraná, a parte resolutiva da sentença, bem como a publicação na íntegra da decisão em um sítio web oficial da União Federal e do Estado do Paraná; a obrigação de investigar os fatos que geraram as violações do caso; a obrigação de restituir as custas e os gastos suportados pelas vítimas no valor de US$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América).

A cautelar de interceptação telefônica constitui medida que pode se revelar, no caso concreto, de vital importância para a melhor qualidade das investigações que visam coibir certos tipos de práticas criminosas, todavia se trata de ato demasiadamente intrusivo em liberdades individuais, de modo que demanda controles em vários escalões. Inicialmente, sob o prisma constitucional, percebe-se o cuidado do constituinte em assegurar em cláusula pétrea a inviolabilidade das comunicações telefônicas, realizando-se desde logo a ponderação *a priori* da aludida garantia, atribuindo-lhe a reserva de jurisdição, diferentemente do que se vinha operando até então.

Já em nível infraconstitucional se pode detectar falhas na lei que regulamenta a medida, a Lei nº 9296/96, visto trazer de forma genérica sua aplicação para "crimes apenados com reclusão", instituir *standard* probatório de difícil controle racional, ao se falar em "suficiência de indícios de autoria

ou participação", não contemplar parecer prévio do Ministério Público e ainda autorizar a odiosa iniciativa judicial de ofício em fase preliminar ao processo penal.

Entretanto, os verdadeiros danos podem ser causados na dimensão de aplicabilidade; uma cultura inquisitória, aliada a uma fragilidade hermenêutica, encapsulada pelo poder da toga, e a um descaso (ou cumplicidade) para com o rígido controle de decisões judiciais, tem o condão de esvaziar todo o rigor constitucional para a proteção de garantias individuais fundamentais, criando as condições para que elas sejam facilmente violadas pelo reles requerimento de pessoa não legitimada seguido por superficial anotação feita à margem do próprio documento.

## 6. Referências bibliográficas

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 - Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Publicada em 25/07/1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 20 set 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97553 / PR – PARANÁ. HABEAS CORPUS. Rel.: Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 16/06/2010. Publicação: 10/09/2010. Órgão julgador: Primeira Turma.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgng; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Arley José Escher e outros contra a República Federativa do Brasil. Caso 12.353, Interceptação de linhas telefônicas de organizações sociais. Organização dos Estados Americanos. Washington, D.C, 20 de dezembro de 2007.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Arley José Escher e outros contra a República Federativa do Brasil. Caso 12.353, Interceptação de linhas telefônicas de organizações sociais. Sentença. 20 de julho de 2009

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. Jus Podium: Salvador, 2008.

FERRUA, Paolo. Il 'giusto processo'. 3. Ed. Bolonha: Zanichelli, 2012.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 17, jan./mar., 1997, pp. 112-126.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 14. Ed. Saraiva: São Paulo, 2017

MALAN, Diogo Rudge. Direito ao confronto no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTINS, Rui Cunha. A hora dos cadáveres adiados. São Paulo: Atlas, 2013

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Interceptação telefônica: breves reflexões. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 21, jan./mar. 1998, pp. 411-412.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação

Telefônica. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 26, abr./jun., 1999, pp. 143 – 151.

STRECK, Lenio Luiz. Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.

TAVARES, Natália Lucero Frias; OLIVEIRA, Anderson Affonso de; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A interceptação telefônica no contexto dos maxi-processos no brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 143, Maio, 2018, pp. 89 – 116.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Novo curso de direito processual penal. 15ª ed. Salvador: Jus Podium, 2020.