V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS

SANTIAGO GARDERES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963
Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: André Leonardo Copetti Santos, Santiago Garderes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-266-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo penal. 3. Contituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

A celeuma acerca de uma crise do sistema de combate à criminalidade instalou-se no Brasil praticamente em momento concomitante ao final da Ditadura de 64. Até então, o foco das atenções do imaginário político do País estava voltado para as violências perpetradas pelo regime militar e, consequentemente, para a criminalidade política, bem como para a questão relativa à redemocratização. Com o final do regime de exceção, as atenções das mais diversas classes que compunham setores críticos da sociedade brasileira voltaram seus olhos para inúmeros problemas que assolavam o País, dentre eles a criminalidade que, a partir de então, assumia até mesmo características sistêmico-organizacionais, por conta de uma convivência "instrutiva" entre criminosos comuns e militantes de esquerda, recebendo as primeiros lições de organização política dos segundos. A partir de meados dos anos oitenta o fenômeno criminal no Brasil teve uma curva de crescimento com jamais houvera na história brasileira, desencadeando reflexões e investigações que ocorrem de forma permanente até nossos dias.

Ao longo das últimas três décadas, construiu-se um considerável catálogo de causas para o fenômeno criminal. Por um lado, apontam-se, no âmbito da sociologia e da criminologia, fundamentalmente, como elementos causais desta crise, aqueles decorrentes da exclusão socioeconômica de boa parte da população, em função da não satisfação de direitos fundamentais de natureza material, tais como alimentação, saúde, educação, trabalho, habitação etc. Entretanto, por outro, não faltam críticos dos sistemas normativos que regulam a atuação estatal penal, considerando-os como um sério fator a ser ponderado como gerador desta crise, especialmente em função de uma suposta reprodução da sensação de impunidade no imaginário dos delinquentes que, por uma série de problemas nos sistemas processuais penais, não sofreriam a efetiva imposição de pena por parte do Estado. Cremos que razões parciais assistem a ambos os lados.

Poderíamos anotar uma bifurcação das críticas em relação ao sistema de combate à criminalidade que, com razoável procedência, revela uma crise de dupla face dos sistemas estatais de combate ao crime. Este duplo viés da crise deve ser compreendido a partir de uma perspectiva garantista-democrática de organização político-jurídica da sociedade e do Estado, mais especificamente a partir de todas as vicissitudes do sistema positivo de direitos fundamentais. Ao percebermos a Constituição Federal como barreira e estímulo em relação às possibilidades de atuação do Estado, e situando tal compreensão em relação ao fenômeno

da criminalidade e dos sistemas de persecução penal, veremos que tanto podem ser atingidos os direitos fundamentais dos processados por autoria de fatos típicos, em razão de violações perpetradas por agentes estatais em relação aos princípios de garantia individual, quanto os direitos fundamentais das vítimas e do restante da população ao verem-se atingidas por ações delituosas, tanto no que se refere aos seus bens jurídicos individuais (vida, patrimônio, honra, etc.), quanto no que se relaciona a bens de natureza coletiva (segurança e incolumidade públicas, patrimônio).

De um lado, conservadores, identificados politicamente ao Movimento da Lei e da Ordem, ao Tolerância Zero ou outros movimentos político-criminais que se aproximam de posturas tendentes a uma atuação estatal penal máxima; de outro, os garantistas-liberais, que propugnam pela máxima redução do aparato de persecução penal do Estado.

Os conservadores deitam seus argumentos sobre uma reiterada impunidade que beneficia os réus, notadamente por conta da vigência de alguns institutos (v.g. procedimentos, recursos, alternativas processuais à aplicação da lei penal tais como a transação e a suspensão condicional do processo) que possibilitariam uma série de burlas à aplicação da lei penal, por facilitarem chicanas dentro do processo, situações que, segundo eles, têm levado a uma "institucionalização" da impunidade no Brasil. Nesse aspecto, um dos principais focos causais apontados para a escassez de eficácia da atuação persecutória criminal do Estado tem sido o sistema processual penal, particularmente em função de sua defasagem normativa, tendo-se em vista as demandas públicas de segurança num mundo completamente diverso daquele no qual foi construído o Código de Processo Penal. Ou seja, uma boa parte das soluções positivadas numa legislação de 1940 estaria completamente descontextualizada para demandas por segurança pública num mundo hipercomplexo, com profundas diferenças culturais, espaciais e temporais em relação à sociedade do tempo de geração do CPP.

Os liberais-garantistas, por sua vez, atacam os ranços inquisitivos do sistema e todas as possibilidades daí exsurgentes de violação a direitos fundamentais, especialmente de investigados ou réus.

O que precisa ser retido num primeiro momento é que a ideia de uma crise no sistema de administração da justiça penal tornou-se um tema reiterado em vários lugares, tais como a imprensa, os espaços forenses, a universidade. A elaboração da crítica por si só não se constitui num problema. Muito pelo contrário, pois a reflexão crítica estimula a constante reavaliação do sistema. Entretanto, o que é lamentável é que esse emaranhado de críticas permanece numa lâmina superficial da totalidade de um fenômeno muito mais profundo. Algumas graves questões ficaram esquecidas, obnubilando as verdadeiras razões de algumas

deficiências democráticas da prestação jurisdicional penal. O que há de mais singular nestas atitudes críticas é que a muito poucos, dentre aqueles que se lamentam da ineficiência da administração da justiça penal, ocorra a natural indagação do "por quê", que poderia dar-nos alguma resposta a respeito das causas reais desse fenômeno tão incomodativo.

Por conta da reiteração de críticas ao sistema processual penal e de uma conseqüente exasperação da crise, ensaiou-se um movimento de reformas a esta legislação de 1940, estando em estado bastante adiantado o projeto de lei que reformula o CPP. Entretanto, pelo teor do texto de tal projeto, oriundo da Câmara dos Deputados e já aprovado, com emendas, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, parece que o diagnóstico não foi tão preciso quanto seria necessário, para que realmente tivéssemos uma mudança paradigmática em termos de prestação jurisdicional penal.

O ponto fundamental da crise do sistema de administração de justiça penal no Brasil, do qual decorre uma série de ramificações de problemas secundários estruturadores desta situação pelo qual passa o sistema processual penal brasileiro, é, na verdade, uma dificuldade decorrente da estreita relação existente historicamente entre modelos de direitos e paradigmas filosóficos que se projetaram sobre a concretude do fenômeno jurídico. É o dogmatismo que impede a visualização da verdadeira face da crise do sistema processual penal brasileiro, qual seja: apesar de estar aparentemente assentado em premissas democráticas e garantistas, guarda profundas possibilidades de concretização de um sistema inquisitivo e autoritário de produção de verdades processuais.

Outro ponto para encarar o problema de uma forma mais ampla. Por influência do racionalismo oriundo do século XVII, estruturado a partir de uma inversão metafísica (no sentido clássico de metafísica) proposta por Descartes, de uma trama de definições sugerida por Spinoza ou das sugestões acerca da melhor ordem possível de Leibniz, o direito iluminista tentou estruturar uma ideia de direito imune às transformações históricas. Foi uma consequência natural da projeção das concepções filosóficas e políticas modernas, especialmente materializadas no liberalismo e no iluminismo europeus, tentar transformar o direito numa ciência abstrata e formal, consequentemente invariável, com seu patrimônio conceitual imune às vicissitudes históricas. O efeito de tal influência da filosofia setecentista e oitocentista sobre o direito foi o estabelecimento de uma enorme distância entre o direito e a vida social e a prestação jurisdicional ficou limitada a uma mera declaração da vontade da lei.

Para encurtar essa distância entre o mundo da vida e o processo penal é, mais do que nunca, necessário desenvolvermos atividades investigativas que permitam a criação de novas

engenhosidades jurídicas, de modo a atender às demandas de um processo penal constitucional e democraticamente adequado. Esse desiderato tem sido concretizado em grande medida pelo CONPEDI através de seus encontros nacionais e internacionais, propiciando espaços de socialização e discussão das pesquisas que têm sido realizadas contemporaneamente no Brasil e no exterior. Nesse V Encontro Internacional, realizado em Montevideo, República Oriental do Uruguai não foi diferente. No GT sobre Processo Penal e Constituição I os trabalhos apresentados pautaram pela atualidade dos temas apresentados e debatidos, conforme é possível constatar-se na seguinte relação dos trabalhos:

1. A experiência brasileira: o papel da audiência de custódia para as políticas públicas de segurança no Brasil, de Patrícia Borges Moura;

2. A mídia e sua influência nas decisões judiciais em matéria criminal à luz da Constituição Federal de 1988, de Beatriz Lima Nogueira e Diane Espíndola Freire Maia;

3. A relativização do princípio da presunção de inocência: um diálogo com os direitos e garantias fundamentais, de Deilton Ribeiro Brasil , Leandro José de Souza Martins;

4. Colaboração premiada enquanto modalidade lícita de confissão: análise de sua incidência no direito brasileiro e sul-americano, de Marcelo DAngelo Lara , José Flôr de Medeiros Júnior;

5. Sigilo das interceptações telefônicas: uma análise do caso lava-jato, de Antonio Eduardo Ramires Santoro e Nilo Cesar Martins Pompilio Da Hora.

A literatura jurídica que aqui apresentamos reveste-se da excelente qualidade acadêmica, e entre todas há um eixo comum: a ideia de um processo penal democrático. Por isso, cremos que os leitores irão regozijar-se com a leitura.

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos - PPGD/URISAN

Prof. Dr. Santiago Garderes - UDELAR/Uruguai

SIGILO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: UMA ANÁLISE DO CASO LAVAJATO

SECRET OF TELEPHONE INTERCEPTIONS: AN ANALYSIS OF THE CASE LAVA JATO

Antonio Eduardo Ramires Santoro
Nilo Cesar Martins Pompilio Da Hora

Resumo

O juiz Sérgio Moro divulgou gravações contendo conversas de Lula ao argumento de que nos casos de investigação de crimes contra a Administração Pública deve prevalecer a publicidade constitucional dos atos processuais em detrimento da intimidade e do interesse social. A questão que se coloca é se esta decisão está correta à luz dos direitos fundamentais. A hipótese de trabalho é que a decisão violou o direito ao sigilo das comunicações e a intimidade. Procedeu-se a uma análise sobre o conteúdo da decisão, bem como da comparação com o caso Escher vs. Brasil julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Interceptação telefônica, Sigilo, Publicidade, Lava jato

Abstract/Resumen/Résumé

The judge Sérgio Moro released recordings containing conversations of Lula to the argument that in cases of investigation of offenses against the public administration should prevail constitutional publicity of procedural acts instead of intimacy and social interest. The question that arises is whether this decision is correct or violates the fundamental rights. The working hypothesis is that the decision violated the right to privacy of communication and intimacy. We proceeded to an analysis of the content of the decision, as well as the comparison with the Escher case vs. Brazil judged by the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Telephone interception, Secret, Publicity, Lava jato

1 Introdução

A Operação Lavajato vem causando uma grande comoção no país. Seja por parte daqueles que acreditam ser o novo divisor de águas na História do combate à corrupção no Brasil, seja por parte daqueles que acreditam não haver justificativa válida para violar as garantias fundamentais em prol de qualquer fim, todos vêm acompanhando o desenrolar dessas investigações.

Em meio a uma grave crise econômica, um processo criminal é peça chave na discussão sobre os rumos dos ocupantes do poder político. O processo de impeachment que se desenvolve no Congresso Nacional é fortemente marcado pela cisão na base de sustentação do governo, sendo certo que a pressão exercida sobre os parlamentares por setores da sociedade se avolumou constantemente em razão das diligências realizadas pela Polícia Federal determinadas pelo juiz Sérgio Moro e amplamente divulgadas pela grande mídia.

Basta ver que a primeira ação de impeachment proposta em 31 de agosto de 2015 em face da presidente eleita do Brasil, Dilma Roussef, que foi subscrita apenas por Hélio Bicudo e Janaína Paschoal, tinha por base a imputação de crise moral porque "...*foi deflagrada a Operação Lava Jato, que em cada uma de suas várias fases colhe pessoas próximas à Presidente...*"[1]

No final do mês de fevereiro e no mês de março deste ano de 2016, a investigação moveu seu foco para o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, com o objetivo de apurar suspeita de ocultação de bens em nome pessoas interpostas e recebimento de benefícios materiais de dirigentes de empreiteiras supostamente envolvidas nos atos envolvendo a Petrobrás.

Chamou a atenção do público a condução coercitiva executada em 04 de março de 2016, quando a Polícia Federal foi à casa de Lula e o conduziu para prestar depoimento na condição de investigado. O fato não apenas ganhou notoriedade pelo confronto entre manifestantes contra e a favor da figura pública do ex-Presidente, bem como pela entrevista coletiva que o mesmo concedeu, chamando a militância do Partido dos Trabalhadores para ir às ruas, mas também pela controvérsia que se estabeleceu sobre a legalidade do ato.

Juristas passaram ao debate público sobre a possibilidade de condução coercitiva naquele caso concreto, havendo até mesmo aqueles que defenderam *a priori* a legalidade do

[1] Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150901-04.pdf. Acessado em 05.06.2016.

ato e depois voltaram atrás[2], mas ninguém nega ter sido criado um fato político de relevância, que alçou o ex-Presidente ao centro do debate político nacional novamente.

Embora já estivessem previamente agendadas, no dia 13 de março ocorreram manifestações contra o governo da Presidente Dilma Roussef em diversos pontos do Brasil, as quais ganharam uma adesão ainda maior após a medida de condução coercitiva do ex-Presidente.

Já estavam agendadas manifestações contra o impeachment para os dias 18 e 20 de março, que efetivamente acabaram por se realizar, mas em 16 de março de 2016, o governo anunciou que Lula assumiria a Chefia da Casa Civil, que tem status de ministério, o que não apenas era um fato político de grande relevância na articulação da base aliada contra o impeachment da Presidente Dilma, mas implicava no afastamento da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para decidir qualquer questão a ele referente no tocante à investigação em curso.

Ocorre que no mesmo dia 16 de março, o Brasil foi surpreendido com a divulgação pública e massivamente repetidos pela imprensa, de conversas realizadas entre o ex-Presidente Lula e diversas pessoas, em especial seu diálogo com a Presidente Dilma Roussef, originados de uma medida de interceptação das comunicações telefônicas realizados no âmbito da Operação Lavajato, cujo sigilo foi afastado por decisão proferida pelo juiz Sérgio Moro às 16h19 daquele mesmo dia[3].

Mais uma vez o fato político originado do processo criminal movimentou o país. Em especial o diálogo entre Lula e Dilma, que foi realizado após a decisão de interrupção da interceptação das comunicações telefônicas do ex-Presidente, dava ensejo à interpretação de que Lula estaria assumindo o referido cargo para evitar que alguma medida judicial determinada por Sérgio Moro, como uma eventual prisão preventiva, pudesse ser executada.

Por decisão do juiz da 4ª Vara Federal do Distrito Federal, foram suspensos os efeitos da posse de Lula, ao argumento de que este seria um ato de intervenção do Poder Executivo no Poder Judiciário. Embora essa decisão tivesse sido cassada na noite do dia seguinte pelo Presidente do Tribunal Regional da 1ª Região, outras 20 (vinte) ações já haviam sido protocoladas visando impedir que Lula pudesse exercer as funções de Chefe da Casa

[2] Disponível em http://luizflaviogomes.com/conducao-coercitiva-do-lula-ilegalidade-e-a-busca-da-verdade-aletheia/. Acessado em 05.06.2016.
[3] Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf. Acessado em 05.06.2016.

Civil, sendo que em uma delas, na 6ª Vara Federal do Rio de Janeiro já tinha sido proferida decisão suspendendo os efeitos da posse[4].

O Partido Popular Socialista e o Partido da Social Democracia Brasileira impetraram, separadamente, dois mandados de segurança pleiteando a sustação dos efeitos da nomeação de Lula e a manutenção da competência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba para continuar a decidir questões referentes à investigação do ex-Presidente. Em 18 de março, o relator, Ministro Gilmar Mendes, deferiu as medidas liminares para suspender a eficácia da nomeação de Lula para o cargo de Chefe da Casa Civil e a manutenção dos procedimentos criminais de primeira instância em seu desfavor[5].

Curiosamente o Ministro Gilmar Mendes utiliza a conversa entre Lula e Dilma divulgada pela referida decisão do juiz Sérgio Moro. O Ministro declara-se ciente do argumento de que aquela conversa teria sido gravada fora do período de autorização judicial, vez que a ordem para interromper a interceptação ocorreu em 16 de março às 11h13, ao passo que a conversa gravada se deu no mesmo dia, porém às 13h32, portanto mais de duas horas depois da ordem de interrupção. Todavia, sem declarar a validade das conversas, a utiliza como prova de que a nomeação de Lula se presta a afastá-lo das investigações em curso na 13ª Vara Federal de Curitiba apenas afirmando que a Presidente Dilma, ao se referir à conversa em uma nota oficial de 16 de março e em um discurso em 17 de março, teria confessado extrajudicialmente a existência e o conteúdo da conversa, adotando uma teoria da validade dos atos posteriores que supostamente podem ratificar uma prova ilícita, retirando-lhe a ilicitude, e ignorando a teoria dos frutos da árvore envenenada.

A Presidente da República apresentou reclamação com pedido liminar em face da decisão proferida pelo juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba nos autos da medida de quebra do sigilo telefônico do ex-Presidente Lula, ao argumento de que as conversas com a Presidente da República foram captadas no curso da interceptação e, em razão da regra constitucional que estabelece o foro por prerrogativa de função, as decisões a partir deste ponto tomadas padecem do vício de incompetência absoluta. Em 22 de março, o relator, Ministro Teori Zavascki, deferiu a liminar para determinar a suspensão e remessa ao Supremo Tribunal

[4] Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1751294-trf1-derruba-uma-das-decisoes-para-suspensao-da-posse-de-lula.shtml. Acessado em 05.06.2016

[5] Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf e http://s.conjur.com.br/dl/medida-cautelar-mandado-seguranca-34071.pdf. Acessados em 05.06.2016.

Federal do pedido de quebra de sigilo telefônico e demais procedimentos relacionados, determinando que a autoridade reclamada prestasse informações em 10 (dez) dias[6].

A grande questão que aqui se coloca é se a decisão proferida pelo juiz Sérgio Moro, que afastou em 16 de março o sigilo das conversas telefônicas, é juridicamente correta. Poderia o magistrado dar publicidade àquelas ligações gravadas no âmbito da medida de quebra de sigilo telefônico? Há compatibilidade dessa decisão com a Constituição e com os tratados internacionais sobre direitos humanos aderidos ao ordenamento brasileiro?

A hipótese inicial é que houve uma ruptura da determinação de sigilo das interceptações telefônicas constante da Lei n. 9.296/96, não sendo admissível a publicização das conversas gravadas durante ou mesmo depois da execução das medidas.

Metodologicamente será realizada uma análise de cada uma das decisões proferidas pelo juiz Sérgio Moro e pelo Ministro Teori Zavascki, identificando os pontos centrais dos fundamentos judiciais para, em seguida, cotejá-los com a interpretação da Constituição, dos tratados internacionais e das leis, à luz da bibliografia especializada na matéria.

2 A decisão de afastamento do sigilo dos diálogos decorrentes das conversas telefônicas interceptadas proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba

O juiz Sergio Moro, acolhendo pedido formulado pelo Ministério Público Federal, decidiu acabar com o sigilo dos autos do "Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônica nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR", em decisão proferida no dia 16 de março deste ano de 2016, às 16h19[7].

Na fundamentação, o magistrado afirmou genericamente que não havia mais necessidade do sigilo e que, portanto, levantava a medida "*a fim de propiciar a ampla defesa e a publicidade*".

Em seguida afirmou que por se tratar de apuração de possível crime contra a Administração Pública, o interesse público e a previsão constitucional de publicidade (art. 5º, LX da Constituição) dos atos processuais impediriam a continuidade do sigilo. Verifica-se que para o julgador, a apuração de crimes contra a Administração Pública implica no interesse público de publicidade, a qual é a regra geral à luz da Constituição.

[6] Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf. Acessado em 05.06.2016.
[7] Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf. Acessado em 05.06.2016.

Continua reafirmando que a publicidade propiciará "*não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça Criminal*".

Defende que a democracia "*exige que os governados saibam o que fazem os governantes*".

Finaliza afirmando que "*o fato da prova ser resultante de interceptação telefônica*" não muda nada a respeito de sua conclusão sobre o afastamento do sigilo, o qual deve ser mantido apenas em relação aos diálogos de conteúdo pessoal, para preservação da intimidade, mas que não se estendem a diálogos relevantes para investigação de crimes contra a Administração Pública.

Finaliza fundando-se na ideia de que à luz da Constituição, a "*defesa de intimidade ou interesse social*" não justificam o segredo em relação aos elementos probatórios.

Diante disso, podemos realizar uma análise dos fundamentos apresentados pelo magistrado em sua decisão para afastar o sigilo dos diálogos e dar-lhes publicidade:

a) propiciar a ampla defesa pelos investigados;
b) previsão constitucional da publicidade dos atos processuais;
c) interesse público na apuração dos crimes contra a Administração Pública;
d) submissão ao "saudável escrutínio público" sobre a atuação da Administração Pública e da Justiça Criminal;
e) democracia exige que os governados saibam o que fazem os governantes;
f) a defesa da intimidade ou interesse social não prevalecem sobre a publicidade dos atos, nos termos da Constituição.

Releve-se que a intimidade, para o magistrado, implica na preservação do sigilo em relação aos atos de conteúdo pessoal.

3 A decisão de suspensão e remessa ao Supremo Tribunal Federal do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico e procedimentos relacionados proferida pelo Ministro Teori Zavascki

O Ministro Teori Zavascki, nos autos da Reclamação 23457 MC/PR, decidiu suspender o Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos e procedimentos relacionados, bem como a remessa para o Supremo Tribunal Federal.

Na fundamentação, o Ministro afirmou que eventual encontro de indícios de envolvimento de autoridade detentora de foro especial durante os atos instrutórios não violam por si só a competência do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a decisão que deferiu a interceptação telefônica do ex-Presidente Lula atendeu a pedido formulado no sentido de estendê-lo a "*pessoas associadas ao ex-Presidente da República*". Ademais, as confirmações e aditamentos ampliativos foram motivados apenas remissivamente, "*tornando praticamente impossível o controle* (...) *de interceptações de um sem número de ramais telefônicos*".

Aduza-se que, embora o sigilo tenha sido voltado *a priori* para pessoas sem foro por prerrogativa de função, o sigilo "*foi levantado incontinenti, sem nenhuma das cautelas exigidas em lei*".

Completa o Ministro que, de acordo com a jurisprudência reiterada, compete apenas ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre a cisão das investigações envolvendo autoridade com prerrogativa de foro e deliberar sobre o cabimento e os contornos do desmembramento.

Em especial sobre o levantamento do sigilo, afirmou o Ministro Teori Zavascki que a divulgação pública das conversas comprometeu o "*direito fundamental à garantia de sigilo*" do art. 5º XII da Constituição. Afirmou, de acordo com a Lei nº 9.296/96, em seu art. 8º, está expressamente prevista a garantia do sigilo e, no art. 9º, está determinada a inutilização das conversas que interessarem à investigação. Afirmou que é descabida a invocação do interesse público para divulgação de conversas de autoridades públicas como se estas "*estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade*".

Por isso, determinou a suspensão do pedido de quebra e procedimentos relacionados, bem como sua remessa para que o Supremo Tribunal Federal decida a respeito das investigações e do desmembramento.

Esta decisão monocrática, que foi confirmada em 31 de março, apresenta os seguintes fundamentos sobre o levantamento do sigilo das conversas telefônicas interceptadas:

a) viola o direito fundamental ao sigilo das comunicações, previsto no art. 5º, inciso XII, da Constituição;
b) a Lei nº 9.296/96 garante expressamente o sigilo em seus art. 1º e 8º;
c) as autoridades públicas não perdem sua intimidade e privacidade em razão da ocupação de cargo;
d) no momento da prolação da decisão que autorizou a divulgação das conversas o magistrado já tinha conhecimento de sua incompetência por se tratar de interlocutor cuja competência era especial por prerrogativa de função;

e) a decisão de divulgação das conversas se deu de forma imediata, sem tomar em conta sua única finalidade constitucionalmente legítima ("*fins de investigação criminal ou instrução processual penal*", como consta da Lei nº 9.296/96);
f) a decisão de divulgação das conversas se fez sem estabelecer o contraditório;
g) os efeitos práticos da divulgação são irreversíveis;
h) a sustação imediata dos efeitos da decisão de divulgação servem para evitar ou minimizar os danos, seja no que diz respeito ao comprometimento da prova colhida, seja no que diz respeito às consequências no plano civil, disciplinar ou criminal.

Com essa última afirmação, o Ministro Teori Zavascki não ocultou que, no seu entendimento, seria possível haver responsabilização civil, disciplinar ou mesmo criminal decorrente do ato de divulgação de conteúdo de conversa sigilosa obtida por medida de interceptação telefônica, o que, a despeito de não expresso, poderia alcançar o autor da decisão de divulgação, o juiz Sérgio Moro.

Por fim, determinou que a autoridade reclamada deveria prestar informações no prazo de 10 (dez) dias.

4 O ofício resposta à determinação do Ministro Teori Zavascki com um pseudo pedido de resposta do juiz Sérgio Moro

O juiz da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba Sérgio Moro foi respondido no dia 29 de marco. O ofício ficou famoso como um pedido de desculpas, que de fato ocorreu pelo menos por três oportunidades nas vinte e oito páginas do documentos nos seguintes termos:

> Diante da controvérsia decorrente do levantamento do sigilo e da r. Decisão de V. Exa., compreendo que o entendimento então adotado possa ser considerado incorreto, ou mesmo sendo correto, possa ter trazido polêmicas e constrangimentos desnecessários. Jamais foi a intenção desse julgador, ao proferir a aludida decisão de 16/03, provocar tais efeitos e, por eles, solicito desde logo respeitosas escusas a este Egrégio Supremo Tribunal Federal[8].

Todavia, apesar do pedido de desculpas, o magistrado passou a defender a correção do seu ato. Para tanto Moro passou a transcrever diversos diálogos interceptados durante a medida de interceptação telefônica, em sua grande maioria tendo por interlocutores o ex-

[8] Disponível em http://estaticog1.globo.com/2016/03/29/RCL23457-MororespondeaTeorisobregrampodeLula.pdf. Acessado em 05.06.2016.

Presidente Lula e uma autoridade cuja competência para ser investigado e processado se definia por prerrogativa de função, o qual foi indevidamente chamado em duas oportunidades na decisão de "foro privilegiado".

O objetivo foi argumentar que aquelas conversas tinham relevância jurídico-criminal, pois em sua maioria implicariam em algum pedido feito pelo ex-Presidente Lula para que a autoridade tomasse alguma providência com o objetivo de obstruir a Justiça (o que Moro reconheceu não ser uma conduta típica, mas ainda assim ter relevância jurídico-penal na apuração dos fatos criminosos), mas que não continham nenhuma demonstração de que a autoridade de fato tivesse cedido ao pedido formulado e, portanto, não estaria a autoridade sendo investigada, não demandando o deslocamento da competência para o tribunal de competência originária.

Outro ponto relevante foi o de transcrever três entrevistas com o ex-Ministro Carlos Velloso concedida ao jornal Estado de São Paulo, com o advogado Modesto Carvalhosa ao jornal Folha e um vídeo do advogado Rene Ariel Dotti, em que opinam pela legalidade da decisão de levantamento do sigilo das conversas gravadas em razão da medida de interceptação telefônica.

Portanto, verifica-se, com clareza ofuscante, que o magistrado formulou pedido de desculpas por motivo que não se pode precisar ao certo se por deferência ao Ministro Teori Zavascki (elogiado ao fim da decisão) ou para evitar responder civil, disciplinar ou criminalmente (como constou da decisão do Ministro), mas decerto não se relaciona com uma mudança de entendimento a respeito da ilegalidade de sua decisão, cuja adequação constitucional foi amplamente sustentada no referido ofício como se viu.

Embora não tenha sido perguntado ao magistrado, os propósitos que conduziram sua decisão de levantamento do sigilo das conversas interceptadas, segundo sua própria explicação, foram explicados no ofício-resposta nos seguintes termos:

> O levantamento do sigilo não teve por objetivo gerar fato político-partidário, polêmicas ou conflitos, algo estranho à função jurisdicional, mas, atendendo ao requerimento do MPF, dar publicidade ao processo e especialmente a condutas relevantes do ponto de vista jurídico e criminal do investigado do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva que podem eventualmente caracterizar obstrução à Justiça ou tentativas de obstrução à Justiça (art. 2º, §1º, da Lei nº 12.850/2013).
> O propósito não foi político-partidário, mas sim, além do cumprimento das normas constitucionais da publicidade dos processos e da atividade da Administração Públicas (art. 5º, LX, art. 37, caput, e art. 93, IX, da Constituição Federal), prevenir

> obstruções ao funcionamento da Justiça e à integridade do sistema judicial frente a interferências indevidas.[9]

Verifica-se, portanto, que em duas oportunidades o juiz Sérgio Moro negou que seu objetivo tenha sido "*gerar fato político-partidário*", o que coloca em xeque a própria negativa já que a decisão liminar do Ministro Teori Zavascki não fez qualquer menção a essa finalidade, de tal sorte que mais se assemelha ao que Freud (2007, p. 147-148) chama de estatuto da negatividade do inconsciente, que estará sob a forma de repressão e pode significar a afirmação do objeto. Outra possibilidade não psicanalítica – descartada obviamente a resposta ao ofício que não faz menção a essa finalidade – é a resposta à opinião pública.

Segundo ponto de relevância inegável é justificar que o fez atendendo a um pedido do Ministério Público. Em seguida explicitou os seguintes propósitos:

a) dar publicidade ao processo;
b) dar publicidade a condutas relevantes jurídico-criminalmente do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva;
c) cumprir as normas constitucionais de dar publicidade dos atos processuais;
d) cumprir as normas constitucionais de dar publicidade à atividade da Administração Pública;
e) prevenir obstruções ao funcionamento da Justiça e à integridade do sistema judicial frente à interferências indevidas.

Não é difícil verificar que "*dar publicidade ao processo*" e "*dar publicidade a condutas* (...) *do ex-Presidente*" não deveriam ser tratados como objetivos da decisão, porquanto o comando contido em uma decisão judicial não pode ser o objetivo, mas o próprio objeto da decisão.

Entre os efetivos propósitos da decisão, verifica-se o de dar cumprimento à norma constitucional da publicidade dos atos processuais, dar publicidade à atividade da Administração Pública e prevenir obstruções ao funcionamento da Justiça. Ora, comparando-os, genericamente com a motivação da decisão proferida no dia 06 de março que determinou o levantamento, não é difícil perceber que naquela não se falou sobre prevenir a obstrução da Justiça, como nesta não se repetiu a finalidade de permitir o exercício da ampla defesa, contido naquela.

---

[9] Disponível em http://estaticog1.globo.com/2016/03/29/RCL23457-MororespondeaTeorisobregrampodeLula.pdf. Acessado em 05.06.2016.

5 Análise dos fundamentos da decisão de levantamento do sigilo e o uso indevido da ponderação

Em primeiro lugar devemos observar que se compararmos os motivos apresentados na decisão do dia 06 de março pelo juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba para levantar o sigilo sobre os autos da medida de interceptação telefônica com aqueles apresentados na informação prestada pelo mesmo magistrado ao ministro Teori Zavascki nos autos da Reclamação que suspendeu a divulgação, veremos que não há uma convergência completa.

Na decisão que levantou o sigilo, o magistrado apresentou alguns motivos que não foram repisados na informação prestada ao ministro Teori Zavascki: (a) propiciar a ampla defesa pelos investigados, (b) submissão ao "saudável escrutínio público" sobre a atuação da Administração Pública e da Justiça Criminal e (c) democracia exige que os governados saibam o que fazem os governantes.

Comecemos a análise pelo primeiro motivo invocado na decisão de levantamento do sigilo que não foi repisado nas informações prestadas nos autos da Reclamação, qual seja, "*garantir a ampla defesa*". A parte o completo absurdo dessa afirmação, a decisão do Ministro Teori Zavascki sepultou essa possibilidade de justificação ao afirmar que a divulgação se fez sem estabelecer o contraditório, demonstrando que para o exercício da defesa era absolutamente desnecessário e até mesmo violador divulgar ao mundo o conteúdo das gravações, bastava dar ciência à defesa.

Noutro giro, no que respeita ao segundo motivo apontado, qual seja, "submissão ao "saudável escrutínio público" sobre a atuação da Administração Pública e da Justiça Criminal". Não é difícil perceber que o magistrado tentou, com pouca cerimônia, colher a aprovação popular para a sua medida. Aliás, basta ver que o "saudável escrutínio público" não foi apontado apenas para o julgamento dos atos da Administração Pública, mas também da Justiça Criminal, portanto, há uma maneira simples de perceber um propósito de fazer a opinião pública conhecer e comparar os atos das pessoas interceptadas com os atos do próprio juiz, aqui tratado como "atuação da Justiça Criminal".

Interessante perceber, ademais, que a pessoa sujeito de afastamento do sigilo telefônico foi o ex-Presidente Lula e que, portanto, não pratica mais atos em nome da Administração Pública. Aduza-se, quanto a este ponto específico, o que consta do terceiro motivo por ele apontado: "*democracia exige que os governados saibam o que fazem os governantes*". Ora, Lula não era mais governante. Portanto, duas conclusões são possíveis: ou o juiz Sérgio Moro queria divulgar os atos praticados pelos demais interlocutores que

dialogaram com Lula ou o magistrado queria efetivamente chamar a atuação de Lula de "atuação da Administração Pública".

Nesse sentido devemos observar que a primeira hipótese (divulgar os atos praticados pelos demais interlocutores que dialogaram com Lula) desvela uma absoluta violação da competência originária do Supremo Tribunal Federal, pois que entre as autoridades que tiverem suas conversas com Lula interceptadas foram a Presidente da República Dilma Roussef e alguns ministros, todos ocupantes de funções que deslocam a competência para a mais alta Corte do país, de tal sorte que deliberadamente o magistrado decidiu divulgar conversas de autoridades sobre as quais um juiz de primeira instância não poderia decidir.

De outro lado, a segunda hipótese parece ser a mais adequada, ou seja, se o juiz Sérgio Moro denominou os atos do ex-Presidente Lula de "atuação da Administração Pública" e os submeteu, conjuntamente com os seus atos ao julgamento da opinião pública ("atuação da Justiça Criminal"). Essa parece ter sido a intenção de Moro, na medida em que na resposta dada ao Ministro Teori Zavascki nos autos da Reclamação, afirmou que um dos motivos que levaram ao levantamento do sigilo era dar publicidade a condutas relevantes jurídico-criminalmente do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Nota-se uma tentativa de criar uma comparação com finalidades desconhecidas, mas passíveis de serem deduzidas, na medida em que poucos dias antes Lula convocou a militância a sair às ruas exatamente quando o juiz Sérgio Moro determinou sua condução coercitiva, lançando-se de imediato candidato à Presidência da República em 2018.

Deve se acrescentar que naquele dia havia sido divulgado que Lula se tornaria Chefe da Casa Civil, portanto, além de buscar uma comparação dos atos praticados pelo futuro Ministro com os seus próprio enquanto juiz, decerto precipitou as mais diversas reações contra a nomeação que se avizinhava, fornecendo elementos políticos para uma ruptura política dos partidos da base do governo, como de fato aconteceu.

Quiçá tenha sido exatamente por esse ponto que o magistrado insistiu, por três vezes, em dizer em sua peça de informações ao Ministro Teori Zavascki nos autos da Reclamação que "*o levantamento do sigilo não teve por objetivo gerar fato político-partidário*", não para negar o que não foi perguntado, mas o que foi dito sem ter sido escrito.

O Ministro Teori Zavascki, em sua decisão de suspensão do levantamento do sigilo, por sua vez, deixou claro que não cabe invocar interesse público para divulgar conversas de autoridades como se estas "*estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade*".

Provavelmente por isso é que o magistrado Sérgio Moro alterou os fundamentos (‘submissão ao “saudável escrutínio público” sobre a atuação da Administração Pública e da Justiça Criminal’ e ‘democracia exige que os governados saibam o que fazem os governantes’) por ‘cumprir as normas constitucionais de dar publicidade à atividade da Administração Pública’ invocado como motivo para a decisão de levantamento do sigilo quando das informações prestadas ao Ministro nos autos da Reclamação. Não é difícil verificar que o juiz retirou o inusitado “*saudável escrutínio público*” da fundamentação que, no entanto, não apenas já havia sido escrito como desvela clara intenção de midiatizar o processo.

Não é demais observar que o juiz Sérgio Moro fez constar na resposta à Reclamação um fundamento que não constou na decisão que levantou o sigilo dos autos da interceptação: prevenir obstruções ao funcionamento da justiça e ao sistema de justiça criminal contra interferências indevidas.

Ora, nesse caso parece muito claro que o juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba estava dizendo que sobre ele não haveria interferência, mas que sobre o resto da justiça era preciso prevenir, ou seja, divulgar para conhecimento geral para que a opinião pública exerça pressão sobre os demais membros do Judiciário, com o objetivo de que eles não se deixem interferir.

Ocorre que os demais membros do Judiciário, diante da própria decisão de levantamento de sigilo, eram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, já que os autos seriam para lá remetidos em razão do que ele denominou de aquisição de “foro privilegiado” em razão da nomeação de Lula a Ministro Chefe da Casa Civil.

Vale, então, apenas duas reflexões: (a) não estaria a expressão “foro privilegiado” sendo empregada indevidamente já que trata-se de competência originária ou por prerrogativa de função? e (b) cabe a um magistrado de primeira instância prevenir a possibilidade de interferência no trabalho da Suprema Corte divulgando conversas para o conhecimento da opinião pública?

Não pode haver dúvida que a utilização da expressão “foro privilegiado” não é técnica, mas valorativa, em tom pejorativo, sendo certo que ao criticar a competência por prerrogativa de função apenas com a troca do nome, o juiz de primeira instância estaria se legitimando perante a opinião pública a proteger a sociedade contra a possibilidade de manipulação ou interferência no trabalho dos Ministros do Suprema Tribunal Federal, alcançando ainda mais aprovação popular.

Por fim, devemos frisar que os motivos referentes a dar cumprimento à previsão constitucional da publicidade foi mantido na resposta à Reclamação. Nesse ponto específico

observa-se que o juiz Sérgio Moro agiu com fundamento neoconstitucionalista e de maneira indevida. Vejamos exatamente sua motivação:

> Não muda esse quadro o fato da prova ser resultante de interceptação telefônica. Sigilo absoluto sobre esta deve ser mantido em relação a diálogos de conteúdo pessoal inadvertidamente interceptados, preservando-se a intimidade, mas jamais, à luz do art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal, sobre diálogos relevantes para a investigação de supostos crimes contra a Administração Pública. Nos termos da Constituição, não há qualquer defesa de intimidade ou interesse social que justifiquem a manutenção do segredo em relação a elementos probatórios relacionados à investigação de crimes contra a Administração Pública.[10]

Ora, o inciso LX do artigo 5º da Constituição realmente estabelece como parâmetro para afastar a publicidade dos atos processuais a intimidade e o interesse social. Todavia, essa tarefa de ponderação não foi atribuída, pelo texto constitucional ao juiz, mas ao legislador, na medida em que dispôs com clareza que "*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*".

Assim, é a lei que pode restringir, sendo certo que nos casos em que a lei o fizer, não cabe ao juiz tomar decisão contrária.

Ademais, como bem colocou o Ministro Teori Zavascki, há outro direito fundamental que deve ser respeitado e foi ignorado pelo juiz: o direito ao sigilo das comunicações previsto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição.

A Lei nº 9.296/96, regulamentou a interceptação telefônica na forma prevista na parte final do inciso XII do artigo 5º da Constituição e realizou a ponderação entre a publicidade dos atos processuais, a intimidade e o interesse social, a que se referiu o inciso LX do mesmo artigo.

Nos artigos 1º, 8º e 10 da Lei de regência da interceptação telefônica, estão com clareza previstos o sigilo, a extensão do sigilo às diligências, gravações e transcrições, bem como criminalizando sua violação.

Portanto, ao ignorar o disposto na Lei nº 9.296/96, que realizou a tarefa constitucionalmente atribuída ao legislador de regular os casos de relativização do sigilo das comunicações e ponderar a publicidade em cotejo com a intimidade e o interesse social para dispor sobre o sigilo de todos os dados da interceptação telefônica, enquanto meio de obtenção de prova que é, o juiz Sergio Moro aplicou a ponderação em detrimento da subsunção, em írrito ativismo judicial, à luz de um equivocado neoconstitucionalismo.

[10] Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf. Acessado em 05.06.2016.

Sem ingressar no debate sobre a possibilidade de decidir aplicando-se a ponderação, certo é que apenas os *hard cases* admitiriam esse método e, mesmo assim, quando a Constituição não faz reserva expressa à lei, pior ainda quando a lei à qual a tarefa de ponderar existe e realiza a escolha política de dar prevalência à intimidade.

Houve clara usurpação pelo magistrado de uma tarefa reservadamente legislativa.

6 O entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a ilicitude da divulgação das conversas telefônicas: o *caso Escher vs. Brasil*

Para completar a análise, cumpre ainda apontar que caso semelhante já foi submetido à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se do caso Escher vs. Brasil, em que a Corte considerou terem sido violados os direitos fundamentais à vida privada, à honra e à reputação previstos no artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Cumpre observar que a Corte decidiu, em primeiro lugar, que embora as conversas telefônicas não estejam expressamente previstas na redação do artigo 11 da Convenção, trata-se de uma forma de comunicação incluída no âmbito da proteção à vida privada:

> 114. Como esta Corte expressou anteriormente, ainda que as conversas telefônicas não se encontrem expressamente previstas no artigo 11 da Convenção, trata-se de uma forma de comunicação incluída no âmbito de proteção da vida privada. O artigo aa protege as conversas realizadas através das linhas telefônicas instaladas nas residências ou nos escritórios, seja seu conteúdo relacionado a assuntos provados do interlocutor, seja com o negócio ou a atividade profissional que desenvolva.[11]

O caso Escher não é igual à Lava Jato, mas guarda importante semelhança. No caso apreciado pela Corte, o Brasil foi condenado por ter divulgado conversas interceptadas, tal como ocorreu no caso em análise, porém, enquanto neste há decisão judicial autorizando a divulgação, no caso Escher a divulgação foi realizada pelo Secretário de Segurança do Paraná, que detinha as gravações decorrentes de interceptação telefônica.

O que importa, para efeito de comparação, é que a Corte levou em consideração precisamente a explicação não satisfatória para a divulgação das conversas interceptadas, tendo em conta o disposto nos artigos 1º, 8º e 10 da Lei nº 9.296/96 para declarar violados os direitos à vida privada, à honra e à reputação protegidos pelo artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, precisamente o que ocorreu nesse caso concreto. *In verbis*:

[11] Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acessado em 05.06.2016.

> 162. No tocante à primeira divulgação, o Estado não apresentou uma explicação satisfatória sobre como conversas privadas interceptadas e gravadas no curso de uma investigação penal, protegidas pela figura do segredo de justiça, culminaram em um meio de imprensa. A entrega do material à rede de televisão foi contrária aos artigos 1º, 8º e 10 da Lei nº 9.296/96. Em termos gerais, a Corte considera que manter sigilo quanto às conversas telefônicas interceptadas durante uma investigação penal é um dever do estatal: a) necessário para proteger a vida privada das pessoas sujeitas a uma medida de tal natureza; b) pertinente para os efeitos da própria investigação; e c) fundamental para a adequada administração da justiça. No presente caso, tratava-se de informação que deveria permanecer apenas em conhecimento de um reduzido número de funcionários policiais e judiciais e o Estado falhou em sua obrigação de mantê-la sob o devido resguardo.
> (...)
> 164. Em consequência, a Corte considera que, ao divulgar as conversas privadas que se encontravam sob segredo de justiça, sem respeitar os requisitos legais, o Estado violou os direitos à vida privada, à honra e à reputação, reconhecidos nos artigos 11.1 e 11.2 da Convenção Americana, conexo com a obrigação de respeito consagrada no artigo 1.1 do mesmo tratado...[12]

Portanto, diante da análise realizada no item anterior sobre a inexistência de fundamento constitucionalmente idôneo para autorizar a divulgação das conversas gravadas durante a medida de interceptação telefônica à grande imprensa, resta claro que estamos diante de uma reiteração da violação dos direitos fundamentais da qual, conforme reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil foi autor.

7 Conclusão

Diante de tudo que se expôs é adequado apontarmos algumas conclusões:

1) Houve deliberada intenção do juiz da 13 Vara Federal de Curitiba de divulgar as conversas telefônicas gravadas no âmbito do processo que ficou conhecido como Lava Jato, colhidas em interceptação autorizada por ele próprio.

2) Os fundamentos da decisão foram: (a) propiciar a ampla defesa pelos investigados; (b) previsão constitucional da publicidade dos atos processuais; (c) interesse público na apuração dos crimes contra a Administração Pública; (d) submissão ao "saudável escrutínio público" sobre a atuação da Administração Pública e da Justiça Criminal; (e) democracia exige que os governados saibam o que fazem os governantes; (f) a defesa da intimidade ou interesse social não prevalecem sobre a publicidade dos atos, nos termos da Constituição.

3) O Ministro Teori Zavascki suspendeu a divulgação dos conteúdos das conversas gravadas sob os seguintes fundamentos: (a) viola o direito fundamental ao sigilo

[12] Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acessado em 05.06.2016.

das comunicações, previsto no art. 5º, inciso XII, da Constituição; (b) a Lei nº 9.296/96 garante expressamente o sigilo em seus art. 1º e 8º; (c) as autoridades públicas não perdem sua intimidade e privacidade em razão da ocupação de cargo; (d) no momento da prolação da decisão que autorizou a divulgação das conversas o magistrado já tinha conhecimento de sua incompetência por se tratar de interlocutor cuja competência era especial por prerrogativa de função; (e) a decisão de divulgação das conversas se deu de forma imediata, sem tomar em conta sua única finalidade constitucionalmente legítima ("*fins de investigação criminal ou instrução processual penal*", como consta da Lei nº 9.296/96); (f) a decisão de divulgação das conversas se fez sem estabelecer o contraditório; (g) os efeitos práticos da divulgação são irreversíveis; (h) a sustação imediata dos efeitos da decisão de divulgação servem para evitar ou minimizar os danos, seja no que diz respeito ao comprometimento da prova colhida, seja no que diz respeito às consequências no plano civil, disciplinar ou criminal.

4) Ao responder à Reclamação, o juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba apresentou fundamentos um pouco diversos, a saber: (a) dar publicidade ao processo; (b) dar publicidade a condutas relevantes jurídico-criminalmente do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva; (c) cumprir as normas constitucionais de dar publicidade dos atos processuais; (d) cumprir as normas constitucionais de dar publicidade à atividade da Administração Pública; (e) prevenir obstruções ao funcionamento da Justiça e à integridade do sistema judicial frente à interferências indevidas.

5) Restou claro que o juiz Sérgio Moro tentou submeter à opinião pública a uma comparação entre a conduta do ex-Presidente Lula e a sua conduta, procurando, com isso, apoio popular.

6) De outro lado, o magistrado utilizou-se de um fundamento que não variou entre a decisão de levantamento de sigilo e a resposta à Reclamação: o atendimento à publicidade constitucional dos atos processuais. Todavia, para isso Sérgio Moro realizou uma ponderação entre a publicidade, a intimidade e o interesse público, dando prevalência à publicidade. Porém, a Constituição reservou essa ponderação à lei, não atribuindo ao juiz essa tarefa. Ademais, o sigilo constitucional das comunicações também dependem de lei para serem relativizados no caso concreto, o que ocorreu com edição da Lei nº 9.296/96.

7) A Lei nº 9.296/96 nos seus artigos 1º, 8º e 10 garantiu o sigilo das diligência, gravações e transcrições, tendo sido tal disposição ignorada pelo magistrado de primeira instância.

8) Nesse sentido, não há fundamentação idônea para vulnerar o direito ao sigilo das comunicações, o que, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é protegido pelo

artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que protege a vida privada, a honra e a reputação.

9) No julgamento do caso Escher vs. Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a inexistência de explicação satisfatória para violar o sigilo e dar divulgação às conversas telefônicas gravadas implica em violação do artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, violação que se repetiu no caso em análise.

8 Referências

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

BECHARA, A. E. L. S. *Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil*. Doutrinas Essenciais – Flavia Piovesan e Maria Garcia (org.). volume V. São Paulo: RT, 2011.

CALLEGARI, André Luís. *Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro* in Direito penal e economia. Organizadores Thiago Bottino e Diogo Malan. Rio de Janeiro: Elsevier – FGV Rio, 2012.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.

D'ÁVILLA, Fabio Roberto. *A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais* in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 7, n. 79, p. 4, jun. 1999.

DELMANTO, Roberto et al. *Leis Penais Especiais Comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* 4a ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1975.

FREUD, Sigmund. A negativa. Trad. L. Hanns. In S. Freud [Autor], *Escritos sobre a psicologia do inconsciente*, v. 3. Rio de Janeiro: Imago, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, L. G. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*. Obras completas. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
____. *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

PASTOR, Daniel (Diretor) e GUZMÁN, Nicolás (coordenador). *Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de políticas e prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, G. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
_____ *Derecho Procesal Penal*. 25ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SCARANCE FERNANDES, A. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança* in Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Tradução Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA JARDIM, Afrânio. *Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial* in Direito Processual Penal: estudos e pareceres. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.