

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO

HENRIQUE BUHL RICHTER

**A APLICAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE ACORDO COM A LEI  
9.296/96 E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DE CASO**

Porto Alegre

2011

HENRIQUE BUHL RICHTER

**A APLICAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE ACORDO COM A LEI  
9.296/96 E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DE CASO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado  
como requisito parcial para obtenção de grau  
de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais  
pela Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Dr. Salo de Carvalho

Porto Alegre

2011

HENRIQUE BUHL RICHTER

**A APLICAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE ACORDO COM A LEI  
9.296/96 E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DE CASO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado  
ao Departamento de Ciências Penais como  
requisito parcial para obtenção de grau de  
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais  
pela Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Dr. Salo de Carvalho

---

Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner

---

Dra. Roberta Camineiro Baggio

Porto Alegre

2011

*Ao meu avô Alberto Buhl, homem inteligente que nunca deixou de conservar a curiosidade própria de um verdadeiro cientista, mas que nunca teve a oportunidade de realizar uma obra acadêmica, ofereço a minha.*

*Curiosidade própria, também, de uma criança, tendo sido sempre um exemplo aos netos de que, enquanto se é vivo, deve-se viver a vida.*

*Aos meus pais, Aury Richter e Iria Maria Buhl Richter, por terem permitido, desde o início e de todas as forma imagináveis, que me fosse possível chegar onde chego hoje.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao professor Salo de Carvalho, a quem muito estimo, pela orientação nesse trabalho e pelo interesse que, através de sua grande vocação acadêmica, me despertou no estudo das ciências criminológicas e do direito penal.

Agradeço, também, a Antônio Tovo Loureiro, grande advogado, grande amigo, pela imensa colaboração que prestou no desenvolvimento dessa monografia.

Aos demais amigos do escritório “Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho”, Alexandre Wunderlich, Camile Eltz de Lima, Lilian Reolon, Marcelo Araújo, Renata Machado Saraiva, Luiza Farias Martins, Gustavo Satt Corrêa, Eduardo Fernandes, Mariela Wudich, Paulo Caleffi, Vanessa Trindade e Juliana Rocha, pela paixão que me instigaram pela advocacia, pelo enriquecimento que me proporcionaram em termos de conhecimento e pelos bons momentos de convívio durante boa parte do tempo de confecção dessa pesquisa acadêmica.

À minha família, em especial aos meus pais, Aury Richter e Iria Maria Buhl Richter, minha irmã Luciane Buhl Richter, meu cunhado, Kim Ramires Ellwanger e minha avó Ignez Buhl, pela paciência e apoio prestado durante esse estudo.

Aos amigos que me acompanharam de perto e com os quais realmente pude contar durante essa minha fase de realização do trabalho de conclusão de curso, Aleksei Sosa Rebelo, Alexandre Raupp Schebella, Carlos Bolognesi de Quadros, Eduardo Barboza dos Santos, Fernanda Menezes Vedana, Fernando Oliva Palma, Guilherme Capelatto Jordão, Henrique de David, Natália Piffero dos Santos e Rodrigo Pucci Flores.

A todos os outros que, de uma ou outra maneira, contribuíram para que eu pudesse realizar essa monografia.

*“Tirou do bolso uma moeda de vinte e cinco centavos. Ali também, em letras minúsculas e precisas, estavam inscritos os mesmos slogans, e do outro lado da moeda via-se a cabeça do Grande Irmão. Até na moeda os olhos perseguiram a pessoa. Nas moedas, nos selos, nas capas dos livros, em bandeiras, em cartazes e nas embalagens dos maços de cigarro – em toda parte. Sempre aqueles olhos observando a pessoa e a voz a envolvê-la. Dormindo ou acordada, trabalhando ou comendo, dentro ou fora de casa, no banho ou na cama – não havia saída. Com exceção dos poucos centímetros que cada um possuía dentro do crânio, ninguém tinha nada de seu”.*

George Orwell

## RESUMO

O presente trabalho trata da medida de quebra de sigilo telefônico em juízo penal, que é uma restrição aos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do indivíduo por parte do Estado, regulada na Lei 9.296/96. A pesquisa pretende analisar os pressupostos legais e constitucionais para a implementação da medida, além de examinar julgado (*case*) relativo à matéria, realizando um levantamento de como a questão é tratada pela magistratura brasileira. Apesar de a legislação e a Constituição determinarem que o deferimento de interceptação telefônica deve ser excepcional e estar condicionado a diversos requisitos, limitando a ação do Estado de modo a proteger as garantias individuais do cidadão, observamos que a medida acaba sendo largamente deferida, sem a adequada observação dos pressupostos. A legislação específica demonstra algumas impropriedades, mas o maior responsável pela inadequada leitura do instituto da interceptação telefônica (além de outros que também envolvam direitos fundamentais) é o discurso punitivista e inquisitorial presente na sociedade e que acaba permeando o ideário dos julgadores. Para verificar a ocorrência de tal situação, o presente trabalho optou por, além de realizar um levantamento jurisprudencial e doutrinário acerca do tema, selecionar e analisar um *case* consistente em uma decisão judicial do Superior Tribunal de Justiça, utilizando como critérios os posicionamentos nela encontrados e a abrangência com que a matéria das interceptações foi tratada. A análise do *case*, em comparação aos posicionamentos jurisprudenciais e, principalmente, doutrinários, permitiu perceber que o modelo processual penal inquisitorial se encontra largamente difundido nos ideais judiciais, em prejuízo do garantismo penal e do sistema acusatório colocados pela Constituição, restando feridos direitos e garantias fundamentais do indivíduo pela indiscriminada e inadequada autorização de medidas restritivas de direitos, em especial as interceptações telefônicas. Ficou evidenciada a necessidade de o Judiciário assimilar um pensamento adequado aos ideais constitucionais de garantias fundamentais, de modo a não permitir que esses sejam violados por abusos por parte da máquina estatal.

**Palavras-chave:** Interceptação telefônica. Direito fundamental. Restrição de direitos. Garantismo.

## ABSTRACT

The present work deals with the judicial disclosure of telephone records in criminal law, which is a restriction to the fundamental rights of intimacy and privacy of the individual by the State, regulated by the Law 9.296/96. The research aims to analyze the legal and constitutional requirements for the implementation of the measure, in addition to examine a judicial case related to the subject, proceeding to an issue of how the question is treated by the Brazilian magistrates. Although the legislation and the Constitution determine that the disclosures must be exceptional and subject to several requirements, limiting the action of the State in a way that protects individual rights of citizens, we observe that the measure turns to be largely authorized, without the proper respect for the requirements. The specific legislation demonstrates some inadequacies, but the greatest responsible for the inadequate reading of the institute (in addition to other institutes that involve fundamental rights) is the punitive and inquisitorial discourse that exists in this society and that permeates the ideals of the judges. To verify the occurrence of such a situation, this paper chose to, besides conducting a survey of jurisprudence and doctrine related to the subject, select and analyze a case consisting of a judicial decision of the Superior Court (STJ), using as criteria the positions found in it and the range obtained by the discussion of the disclosure subject. The analysis of the case, in comparison to the jurisprudential and, mainly, doctrinal positions, allowed us to realize that the inquisitorial model of penal procedure (process) finds itself widely spread in the judicial ideals, to the detriment of the criminal garantism and the accusatory system elected by the Constitution, injuring fundamental rights by the uncontrolled and inadequate authorization of rights restricting measures, particularly the disclosure of telephone records. We saw demonstrated the necessity of the Judiciary to assimilate an understanding coherent to the constitutional ideals of fundamental rights, in a way that does not allow the violation of these rights by the State.

**Keywords:** Disclosure of telephone records. Fundamental right. Restriction of rights. Garantism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 A LEI 9.296/96 E OS LIMITES DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA</b> .....	<b>12</b>
1.1 Necessidade de limitação do instituto das interceptações telefônicas .....	12
1.2 Breve análise acerca das provas ilícitas .....	16
1.3 Pressupostos para a quebra de sigilo telefônico .....	18
1.3.1 Necessidade da medida e impossibilidade de produção da prova por outro meio .....	19
1.3.2 Índícios de autoria e prova de materialidade do delito .....	21
1.3.3 Proporcionalidade da medida .....	22
1.3.4 Outros pressupostos .....	25
1.4 Renovações do prazo da interceptação telefônica .....	28
<b>2 EXPOSIÇÃO DE CASO: A QUEBRA DE SIGILO NO <i>HABEAS CORPUS</i> 191.378/DF</b> .....	<b>32</b>
2.1 Síntese da trajetória do caso .....	33
2.2 Exposição dos fundamentos da decisão .....	36
2.2.1 Ilícitude da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico .....	37
2.2.1.1 Ausência de diligências prévias à quebra de sigilo .....	37
2.2.1.2 Subjetividade da fundamentação da decisão que deferiu a quebra de sigilo .....	39
2.2.1.3 Decisões de quebra de sigilo consistentes em verdadeira cópia da decisão original .....	44
2.2.1.4 Desrespeito aos limites da prova e às garantias constitucionais .....	45
2.2.2 Ilícitude das provas decorrentes da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico .....	50
<b>3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CASE E DA CULTURA JUDICIAL BRASILEIRA</b> .....	<b>53</b>
3.1 Apontamentos críticos ao case .....	53
3.1.1 Ausência de <i>periculum in mora</i> e <i>fumus comissi delicti</i> .....	53
3.1.2 Inexistência de fundamentação adequada para deferir a quebra de sigilo telefônico .....	55
3.1.3 Excesso de duração da interceptação telefônica e irregularidades referentes às renovações da medida .....	58
3.2 Comentários acerca do modelo processual penal brasileiro .....	60
3.2.1 Cultura inquisitorial dos juízes .....	61
3.2.2 Sistema acusatório e importância do garantismo penal .....	67
3.2.2.1 Sistema acusatório .....	67
3.2.2.2 Importância e aspectos do garantismo penal .....	70
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>76</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>78</b>

## INTRODUÇÃO

O instituto da quebra de sigilo telefônico é uma medida prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil, e regulada pela Lei 9.296/96 utilizada na apuração de infrações penais de elevado potencial ofensivo e difícil elucidação.

Como trata de restrição a direitos fundamentais, no caso à intimidade e privacidade, a lei, cumprindo a orientação constitucional, estabelece uma série de requisitos para que seja deferida a interceptação telefônica, garantindo a excepcionalidade da medida e impondo limites à intervenção estatal na esfera do indivíduo. Entre esses requisitos estão o *periculum in mora*, consubstanciado na necessidade (ou imprescindibilidade) da medida e na impossibilidade de realização de prova por outros meios, a exigência de concreta fundamentação da decisão, o *fumus comissi delicti*, consistente em indícios razoáveis de autoria e prova de materialidade de delito, a exigência de que o delito seja punível com pena de reclusão (como forma de garantir que o delito seja de maior potencial ofensivo). Além disso, a lei fixa um prazo máximo de quinze dias para a duração da providência, sendo renovável por igual período (como forma de assegurar a provisoriedade da interceptação).

Entretanto, podemos perceber que esses requisitos acabam, muitas vezes, sendo relativizados pelos juízes, que deferem indiscriminadamente as medidas sem observar sua excepcionalidade e cautelaridade. Assim, permitem a violação de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, deixando que o poder estatal penetre, livre de limitações, nas esferas de direitos individuais desses cidadãos.

A ideia de abordar esse tema surgiu a partir da observação de casos com os quais tivemos a oportunidade de trabalhar na rotina da prática jurídica, bem como do debate com colegas do escritório de advocacia “Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho”, no qual o autor teve a oportunidade de trabalhar. Nesse período, foi possível perceber inúmeras violações aos direitos e garantias de investigados e réus

em processos criminais através do mau uso da ferramenta da quebra de sigilo telefônico por parte do Poder Judiciário.

A justificativa do estudo realizado se encontra justamente no fato de, passados quinze anos do início de vigência da Lei 9.296/96, ainda não termos conseguido vislumbrar uma correta aplicação de seus preceitos. Isso nos aponta para a existência de um problema na sistemática de interpretação dessa lei conforme a Constituição da República e que, se não corrigido, continuará a usurpar do cidadão seus direitos fundamentais, tanto no campo das interceptações telefônicas quanto em outras espécies de medidas.

A ideia central do trabalho consiste no fato de que, apesar de vivermos em um sistema de garantias constitucionais e de haver uma regulamentação legal que limita a restrição de direitos fundamentais do indivíduo com relação às interpretações telefônicas, os aplicadores do direito (juízes) não parecem se ver inseridos nesse contexto, não tendo assimilado os ideais garantistas impostos pela Constituição. Dessa maneira, solapam direitos individuais da personalidade dos indivíduos através de aplicação perversa da lei, com forte caráter repressivista.

A presente monografia tem a pretensão de não apenas consistir em uma análise doutrinária acerca das interceptações telefônicas, mas sim em um estudo capaz de efetivamente demonstrar como se dá a aplicação das medidas (e a violação de garantias já mencionada), realizando a análise de fundamentos que compõem uma decisão nesse sentido e proporcionando ao trabalho uma ancoragem no empírico, conforme aconselha Salo de Carvalho<sup>1</sup>. Com esse desiderato, elegemos um *case* de referência, consistente em *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça.

Foram utilizados alguns critérios para a eleição do *case*, tendo sido uma das razões da escolha a pluralidade dos posicionamentos adotados pelos magistrados pelos quais o caso passou, que tomaram rumos opostos, sendo possível o cotejo entre as diferentes visões para uma melhor análise dos fundamentos judiciais. Outro motivo consistiu na abrangência da decisão escolhida, que trata de matéria

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão*: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito (especialmente das ciências criminais). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 29.

relativamente ampla dentro do tema das interceptações telefônicas, permitindo uma boa possibilidade de desenvolvimento do assunto ao longo da monografia.

A comparação dos elementos doutrinários com o elemento empírico nos possibilitou notar que uma importante razão que leva os julgadores a, muitas vezes, proferirem decisões em inobservância de garantias fundamentais (tanto em matéria de interceptações telefônicas quanto de outras medidas que se relacionem com direitos fundamentais) é a alta influência que exerce o pensamento do modelo inquisitório no imaginário da magistratura brasileira. Esses ideais punitivistas ganham força no contexto da crise do direito penal, traduzida na imagem de ineficácia desse direito em face da criminalidade.

Assim, o sistema acusatório e o garantismo penal que nos são colocados pela Constituição acabam sofrendo forte abalo. Nesse contexto, eles devem ser reforçados para que os direitos fundamentais dos indivíduos não sofram violação por parte do Estado, especificamente com relação ao instituto das interceptações telefônicas, mas também com relação a qualquer campo do direito penal em que se compreendam os direitos e garantias fundamentais.

## 1 A LEI 9.296/96 E OS LIMITES DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, trouxe uma série de disposições acerca das medidas de interceptação telefônica nos processos judiciais<sup>2</sup>, atendendo ao desiderato constitucional disposto na parte final do inciso XII do artigo 5º da Constituição da República<sup>3</sup>.

Naturalmente, tanto a doutrina quanto a lei, com base na Constituição da República, trataram de estabelecer certos requisitos necessários ao deferimento de tal medida, como é de rigor ocorrer com qualquer espécie de providência que restrinja direitos e garantias fundamentais<sup>4</sup>.

Conveniente lembrar Geraldo Prado, que alerta para a diferença entre suspensão e restrição de um direito. Para o autor, suspender um direito significa impedir, por determinado tempo, a totalidade do direito, ao passo que restringir esse direito apenas o alcança em parte, não o paralisando por completo. Dentro desse aforismo, no caso das interceptações telefônicas, cuidamos de restrição a direitos<sup>5</sup>.

Nesse capítulo, trataremos dessas limitações às quebras de sigilo telefônico, abordando aspectos legais e constitucionais de acordo com a doutrina e jurisprudência nacional. Essa análise procurará demonstrar a importância de se enxergar as interceptações telefônicas sob o prisma das garantias e das liberdades individuais existentes em um estado democrático de direito.

### 1.1 Necessidade de limitação do instituto das interceptações telefônicas

---

<sup>2</sup> Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

<sup>3</sup> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 17.

<sup>5</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 25-28.

No estado democrático de direito e de garantias a liberdade do indivíduo é algo extremamente valioso. E é justamente no processo penal onde essa referida liberdade acaba por ser constantemente ameaçada.

Dessa maneira, é de suma importância que se crie consciência da obrigação do Estado de sobrepujar na menor medida possível os direitos individuais da personalidade do investigado. Nesse sentido, emergem com inestimável valor as limitações ao direito à prova<sup>6</sup>.

Afirma Salo de Carvalho que esses direitos da personalidade (dentre os quais destacaremos, a seguir, os relativos à privacidade e à intimidade) constituem verdadeira pedra de toque de um sistema democrático, criando um espaço de não intervenção estatal e estabelecendo importante indicador de legitimação (ou não) de determinado ato do Estado em face ao indivíduo. Mais do que isso: a observância do direito à personalidade nos aponta os *graus de justiça e validade da estrutura jurídica infraconstitucional*<sup>7</sup>.

De acordo com esse raciocínio, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho advertem<sup>8</sup> para a importância do rito probatório. Esse é um conjunto de regras previamente concebidas com o intuito de se constituir um instrumento de garantia ao indivíduo, um valor em si mesmo a ser observado. Essa forma moral, assim, impede que se busque a verdade a qualquer custo, devendo essa ser uma verdade processualmente válida, restringindo-se o poder de atuação do juiz para que não se avilte os direitos do acusado.

Vale dizer, não se está a defender uma forma inepta. A respeito das formas processuais no processo penal garantista, assevera Antônio Tovo Loureiro<sup>9</sup> que elas devem sempre ter como função principal resguardar as garantias do investigado. Dessa maneira, sua utilidade é proteger o indivíduo e seus direitos e liberdades individuais.

---

<sup>6</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 130.

<sup>7</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Reformas Penais em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 153.

<sup>8</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 130-132.

<sup>9</sup> LOUREIRO, Antônio Tovo. *Nulidades & Limitação do Poder de Punir: Análise de Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 96-97.

Interessante lançar mão de valiosa lição de J. J. Gomes Canotilho, que infere que nem toda norma legal se presta a restringir direitos, liberdades e garantias, tendo muitas o condão de justamente complementar ou concretizar conteúdo vago, aberto, abstrato ou incompleto de preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais. Muitas normas, portanto, têm a função de realização desses direitos<sup>10</sup>.

A respeito dos direitos fundamentais do indivíduo, destacamos dois que se evidenciam quando o tema é a quebra de sigilo telefônico: os direitos à privacidade e à intimidade. Além do já mencionado inciso XII do artigo 5º da Constituição da República<sup>11</sup>, que coloca como regra a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, podemos aludir a outra disposição constitucional, presente no inciso X do mesmo artigo<sup>12</sup>, que explicita esses dois direitos individuais, preceituando que são invioláveis a intimidade e a vida privada.

Geraldo Prado ensina que a Lei 9.296/96 não pode ser compreendida de maneira a suprimir excessivamente os direitos à intimidade, à privacidade e à inviolabilidade do sigilo telefônico<sup>13</sup>. Da mesma maneira, aduz Luiz Francisco Torquato Avolio que, bem antes do advento da referida lei, Ada Pellegrini Grinover já professava a necessidade de se regular e cercar a matéria de cautelas a fim de proteger esses direitos<sup>14</sup>.

Oportuno se faz colacionar trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA". DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL.

NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS.

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1263.

<sup>11</sup> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

<sup>12</sup> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>13</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 38.

<sup>14</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 24.

As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal.

A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa<sup>15</sup>.

Nesse sentido, acentua Lenio Luiz Streck que a interceptação telefônica deve ser tida como absoluta exceção. Seu deferimento apenas pode se dar quando cumpridos todos os requisitos para tanto, sendo condição *sine qua non* para o deslinde do feito<sup>16</sup>.

Portanto, é na acepção de proteger os direitos da personalidade e limitar a medida que os restringe que deve ser interpretada a Lei 9.296/96. A interferência na vida privada dos indivíduos apenas pode se dar de acordo com o estritamente previsto em lei, compatibilizando-se a produção de provas com os direitos fundamentais do acusado, tais como a privacidade e a intimidade<sup>17</sup>.

Nesse ponto, cumpre ressaltar a importância do devido processo legal, estatuído pela Constituição da República em seu artigo 5º, inciso LIV<sup>18</sup>. Se o sigilo das comunicações telefônicas é a regra, o princípio do devido processo legal se coloca como garantidor de que as exceções a essa regra, bem como o procedimento legal a ser seguido, estejam rigorosamente previstos em lei. Lei essa que deve ser efetivamente respeitada, legitimando a atuação do Estado na origem da prova, mormente quando relativa à privacidade do indivíduo<sup>19</sup>.

Dessa maneira, assentada está a necessidade de se respeitar os limites à medida de quebra de sigilo telefônico colocadas pela lei e pela Constituição da República, respeitando-se as garantias de nosso estado democrático de direito.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 137.349 – SP. Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 05/04/2011, DJ 30/05/2011.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 53-54.

<sup>17</sup> GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). *Legislação Criminal Especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Coleção Ciências Criminais, v. 6.) p. 554.

<sup>18</sup> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>19</sup> GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). *Legislação Criminal Especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Coleção Ciências Criminais, v. 6.) p. 554.

Qualquer prova obtida sem a observância dessas limitações à quebra de sigilo, vale dizer, há de ser reputada ilícita, conforme se versará a seguir.

## 1.2 Breve análise acerca das provas ilícitas

Luiz Francisco Torquato Avolio<sup>20</sup> argumenta que deve ser tido como ilícito todo elemento probatório produzido em desacordo com normas ou princípios de direito material<sup>21</sup> constitucional ou infraconstitucional. Os direitos fundamentais ganham destaque nesse tópico, consistindo na maior problemática da prova ilícita, destacando-se, entre outros, a garantia à intimidade, ponto cerne da questão das interceptações telefônicas, conforme já colocado anteriormente.

Não é outra a orientação do Código de Processo Penal, que veda as provas ilícitas, assim compreendidas as obtidas através de violação a norma constitucional ou legal, e determina seu desentranhamento dos autos em seu artigo 157<sup>22</sup>. Mister reportar que nossa Carta Magna também proíbe as provas ilícitas em nosso ordenamento, em seu artigo 5º, inciso LVI<sup>23</sup>.

Quanto ao referido desentranhamento das provas ilícitas do processo, reforçando o que já se encontra expresso no Código de Processo Penal, Antonio Scarance Fernandes afirma que é de rigor que seja a prova removida dos autos do processo<sup>24</sup> quando constatada sua ilicitude<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 43.

<sup>21</sup> O autor faz uma diferenciação entre violação a normas materiais e processuais, relacionando à primeira categoria as provas ilícitas e à segunda provas ilegítimas. Essa distinção não será por nós desenvolvida, eis que foge aos limites da presente monografia, pelo que consideraremos todas as violações como geradoras de provas ilícitas. Há de se reconhecer, a respeito, as várias correntes doutrinárias acerca do tema, algumas diferenciando as categorias de provas obtidas em violação a normas e princípios materiais e processuais, outras tratando todas como ilícitas. Ver RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 54.

<sup>22</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

<sup>23</sup> LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

<sup>24</sup> O autor faz referência à diferenciação entre provas obtidas em violação a lei material e lei processual, referindo que, no último caso, a prova não receberia a denominação de ilícita, e a regra

Não deve ser outro, aliás, o destino das provas que derivarem de outras ilícitas. A chamada prova ilícita por derivação está disciplinada no parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal<sup>26</sup>, consistindo em elemento probatório aparentemente lícito (se visto isoladamente), mas que tem sua origem em outra prova obtida ilicitamente, de modo que não teria sido produzida independentemente dessa. Essa sistemática, que se coloca em defesa dos direitos fundamentais, está fundada na teoria dos frutos da árvore envenenada, de origem na Suprema Corte norte-americana<sup>27</sup>.

Guilherme Madeira Dezem, a respeito dessa teoria, refere que essa se fortaleceu em grande medida a partir de sua inclusão no parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, reafirmando o que já era posição majoritária na doutrina e jurisprudência, no sentido de não admitir prova que, apesar de formalmente lícita, seja ilícita por derivação, pois contaminada<sup>28</sup>. Dessa maneira, se uma interceptação telefônica irregular faz a polícia chegar a outras provas, essas devem ser consideradas ilícitas<sup>29</sup>.

A aplicação dessa referida teoria, vale frisar, também é aceita na jurisprudência nacional, de onde se destaca a decisão proferida no *habeas corpus* 69.912/RS, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

PROVA ILICITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE

---

seria apenas a declaração de sua nulidade, e não seu desentranhamento. Esse entendimento, como vimos anteriormente, é aceito por parte da doutrina. Entretanto, conforme já referido, tal discriminação não será procedida nessa monografia, pois foge aos limites do trabalho.

<sup>25</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 86.

<sup>26</sup> § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

<sup>27</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 86-87.

<sup>28</sup> De acordo com o autor, existem mecanismos destinados a afastar ou atenuar essa teoria, que são a fonte independente, a descoberta inevitável ou a teoria do nexo causal atenuado. Esse tema não será desenvolvido nesse trabalho por não consistir em objeto dessa pesquisa.

<sup>29</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008. p. 132-133.

SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE<sup>30</sup>.

Assim, identificada a prova como ilícita, deve essa ser imediatamente removida do processo, a fim de que esse não permaneça contaminado.

Apenas tecemos nota acerca do que preceitua Luiz Francisco Torquato Avolio quanto à prova ilícita *pro reo*. Segundo o autor, o princípio da proporcionalidade autoriza que seja utilizada no processo prova ilícita que aproveite ao réu, mesmo quando em cotejo com o direito à intimidade de terceiro, pois a liberdade do acusado possui mais peso no quadro das liberdades públicas<sup>31</sup>.

### 1.3 Pressupostos para a quebra de sigilo telefônico

Demonstrada a necessidade de limitação à medida de quebra de sigilo telefônico, passamos a examinar seus pressupostos colocados pela Lei 9.296 e pela Constituição da República, consagrados pela doutrina e jurisprudência.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 69912 – RS. Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16/12/1993, DJ 25/03/1994.

<sup>31</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 140.

Classificamos e dividimos os pressupostos de acordo com uma sistemática que nos pareceu clara e didática, não sendo necessariamente a divisão encontrada nos manuais e na doutrina.

### 1.3.1 Necessidade da medida e impossibilidade de produção da prova por outro meio

Entre os requisitos para o deferimento da quebra de sigilo telefônico podemos encontrar a necessidade ou imprescindibilidade da medida e a impossibilidade de produção da prova por outro meio.

A Lei 9.296/96 dispõe, em seu artigo 4º<sup>32</sup>, que deve o pedido de interceptação telefônica deve demonstrar a necessidade da medida à apuração da infração penal. Também adverte a mesma lei, no artigo 2º, inciso II<sup>33</sup>, que não deve ser admitida a realização da quebra de sigilo telefônico quando a prova puder ser obtida por outros meios.

Lenio Luiz Streck atenta para esses dois requisitos para o deferimento de interceptação telefônica, estabelecendo, entretanto, ressalvas com relação a ambas. Quanto ao quesito da necessidade, o autor afirma que a expressão mais adequada, de acordo com o espírito da lei, que trata de direitos fundamentais, seria “indispensável”, tendo em vista a já mencionada excepcionalidade da medida. Nesse diapasão, essa necessidade possui uma relação com o *periculum in mora*, conforme se verá a seguir. Por isso, a interpretação da palavra “necessária” deve obrigatoriamente ser restritiva<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

<sup>33</sup> Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

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

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 53-54.

Também tece esse autor comentários sobre o pressuposto da inexistência de outros meios disponíveis a elucidar o caso além da medida de quebra de sigilo telefônico. É destacada a importância de se evitar, aqui, uma interpretação extensiva da lei nesse ponto. Assim sendo, esses “outros meios disponíveis” não podem consistir em meios que a polícia possua materialmente, mas apenas os legais-processuais, de modo que não sirva de justificativa à medida, a título de exemplo, a falta de contingente de peritos, o que feriria o caráter excepcional da medida e solaparia o direito à privacidade do indivíduo<sup>35</sup>.

Geraldo Prado ressalta o caráter constitucional que possui a disposição do inciso II do artigo 2º da Lei 9.296/96, acerca da exigência de inexistência de meio diverso para a obtenção da prova. Assim como Lenio Luiz Streck, cujo entendimento acerca do tema destacamos supra, esse autor chama atenção para a característica da excepcionalidade exigida pela Carta Magna com relação à medida<sup>36</sup>.

Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel referem que o critério da necessidade é um conceito atrelado ao *periculum in mora* e à imprescindibilidade da interceptação, enquanto é a inexistência de outros meios de prova que realmente revela essa necessidade da medida. De qualquer sorte, o pedido de quebra de sigilo telefônico deve lançar mão de tudo o que disponha o requerente, devendo ser efetivamente demonstrada a imprescindibilidade da medida<sup>37</sup>, que apenas estará constituída quando de fato não houver outras formas de obtenção da prova<sup>38</sup>.

Por último, citamos Antonio Scarance Fernandes, que também vincula o artigo 2º, inciso II da Lei 9.296<sup>39</sup> ao *periculum in mora*, a respeito do que fazem muitos outros doutrinadores, referindo que, ao inexistir outro meio para a produção da prova, essa corre o risco de se perder<sup>40</sup>. Por essa razão, não estará autorizada a interceptação telefônica se não se configurar esse risco (*periculum in mora*), é dizer,

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52-53.

<sup>36</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 20.

<sup>37</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296*, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 147.

<sup>38</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296*, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 95.

<sup>39</sup> Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

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

<sup>40</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 97.

se não estiver presente a necessidade da medida ou inexistirem outras maneiras de obtenção do elemento probatório.

### 1.3.2 Indícios de autoria e prova de materialidade do delito

O artigo 2º, inciso I, da Lei 9.296/96<sup>41</sup>, determina que não poderá ser decretada a medida de interceptação telefônica quando não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal por parte do investigado.

Diante da natureza cautelar da medida de quebra de sigilo telefônico, que deve ser *ultima ratio*, deve estar demonstrado, além do *periculum in mora*, também o *fumus boni juris* exigido pela lei na disposição legal supra<sup>42</sup>.

Essa fumaça do bom direito, que no processo penal pode receber o nome de *fumus comissi delicti*, possui duas exigências: a probabilidade de existência de um delito e a probabilidade de autoria ou participação em infração penal. Note-se que se fala em probabilidade, no caso, visto que a Lei 9.296/96 exige não apenas a possibilidade de participação ou autoria, o que se depreende da expressão “indícios razoáveis” constante do inciso I do artigo 2º<sup>43</sup>. Assim, não havendo prévia suspeita concreta em investigação em andamento ou processo instaurado, não poderá ser decretada a medida<sup>44</sup>.

Lenio Luiz Streck, lembrando ensinamentos de Kelsen, acentua que toda palavra incluída em lei deve ter seu conteúdo levado em consideração, nunca podendo ser considerada vazia. Dessa forma, ao cunhar a expressão “indícios razoáveis”, a lei obriga o intérprete a valorar seu real significado. Nesse sentido, o

---

<sup>41</sup> Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

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

<sup>42</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 186.

<sup>43</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296*, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 91.

<sup>44</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 96.

Código de Processo Penal, em seu artigo 239, acaba por socorrer o leitor, ao dispor que “considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias<sup>45</sup>”.

A respeito do tema do conteúdo textual, lembramos Gadamer, que explica que qualquer texto deve ser compreendido assim como uma obra de arte, visto que ambos apenas terão sentido quando em contato com o espectador. Assim, o escrito deve ser visto pelo leitor pelo prisma de uma hermenêutica ampla, que lhe faça jus, ultrapassando a estética e definindo o conteúdo desse texto, pois, como referimos, a compreensão leva ao sentido<sup>46</sup>.

Dessa maneira, é de rigor que não se ignore a essência, o real e completo significado, do disposto pela lei no artigo 2º, inciso I, sendo a norma compreendida no sentido de que são necessários sólidos indícios de autoria e robusta prova de materialidade do delito para que se dê a autorização de interceptação telefônica.

Importante estabelecer que isso não é exclusividade da espécie. Todos os meios de relativização de direitos fundamentais, além de possuírem um caráter de excepcionalidade, devem também ostentar suficientes e concretos indícios de autoria e materialidade delitiva, a chamada *justa causa*<sup>47</sup>.

### 1.3.3 Proporcionalidade da medida

O artigo 2º, inciso III da Lei 9.296/96<sup>48</sup> refere que apenas os crimes punidos com pena de reclusão podem ser objetos da medida de interceptação telefônica.

---

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52.

<sup>46</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 262-263.

<sup>47</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Reformas Penais em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 160.

<sup>48</sup> Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

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

Apesar desse requisito se mostrar aparentemente simples e extremamente objetivo, entendemos que ele merece uma seção à parte para debate. Isso porque tal disposição legal virou palco para uma série de reflexões doutrinárias acerca do princípio da proporcionalidade, conforme se discorrerá a seguir.

Geraldo Prado afirma que é importante reforçar o critério da proporcionalidade quando o assunto é a Lei 9.296/96. Esse princípio ganha azo quando nos deparamos com o momento de seleção dos casos de incidência da quebra de sigilo telefônico<sup>49</sup>.

Lenio Luiz Streck tece escólio acerca da disposição legal em debate, asseverando que a discussão acerca da proporcionalidade tem lugar na medida em que o legislador tentou definir quais tipos de crimes poderiam ser abrangidos pela medida restritiva de direitos, visto que uma invasão de privacidade desse quilate seria demasiado gravosa para alguns delitos mais leves. Entretanto, não pode ser considerada escorreita a opção tomada pelo poder legiferante<sup>50</sup>.

Esse mesmo autor, fazendo alusão a ensinamentos de Nelson Nery Júnior, refere duas críticas que são feitas à Lei 9.296/96 nesse quesito: primeiramente, teria o legislador ido longe demais ao definir como autorizadores da medida todos os crimes punidos com reclusão, pois aí se incluem algumas ofensas de pouca gravidade; por outro lado, teria ficado aquém quando deveria ter autorizado a quebra de sigilo telefônico para alguns crimes e contravenções mais graves não puníveis com reclusão, como o delito de ameaça (artigo 147 do Código Penal<sup>51</sup>).

Segue, acerca da lição de Nery Júnior, assentando que o autor defende, portanto, que se utilize o princípio da proporcionalidade para permitir que, em nome do interesse público e dependendo do caso, se permita a utilização da interceptação telefônica para elucidação de delitos sem previsão de pena de reclusão.

Lenio Luiz Streck, nessa altura, faz contundente crítica a essa posição, afirmando que a proporcionalidade (no sentido do tipo de delito que deve ser combatido através da quebra de sigilo telefônico) já foi estabelecida em lei e, apesar

---

<sup>49</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 20-21.

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 55-56.

<sup>51</sup> Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

de eventualmente problemática, é *numerus clausus*. Dessa maneira, violar a lei nesse aspecto colhendo provas por ela não autorizadas acabaria por retirar sua validade<sup>52</sup>.

Entretanto, não é aceitável que o legislador amplie o universo autorizado pela Constituição da República e inclua os delitos que bem entender no âmbito de alcance da medida restritiva de direitos. O simples fato de a lei constitucional delegar à infraconstitucional a regulação acerca do tema e dos delitos que serão atingidos pela interceptação telefônica não autoriza que aí se inclua todos os crimes puníveis com pena de reclusão, pois isso fere o princípio da proporcionalidade. Assim, ao aplicar a lei, o juiz deve apenas deferir a medida quando houver crime efetivamente grave, assim compreendido de acordo com exegese constitucional<sup>53</sup>.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho também apontam para o erro do legislador ao estender a interceptação a todos os crimes punidos, em abstrato, com pena de reclusão, olvidando a excepcionalidade da medida e abrangendo crimes de menor potencial ofensivo, simultaneamente deixando de abarcar outros de maior lesividade. Assim, o princípio da proporcionalidade permite que uma lei, mesmo quando adequada e necessária, seja inconstitucional na medida em que adote cargas excessivas ou desproporcionais<sup>54</sup>.

Os autores assinalam, ainda, que o princípio da proporcionalidade no direito brasileiro decorre de vários dispositivos constitucionais que conferem especial proteção aos direitos fundamentais, anotando como exemplo o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição da República<sup>55</sup>. Assim, o princípio da reserva legal se torna o princípio da reserva legal proporcional, redundando na inconstitucionalidade da previsão legal que estabelece como alvo da interceptação os crimes puníveis

---

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 56-57.

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 57-60.

<sup>54</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 184.

<sup>55</sup> § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
IV - os direitos e garantias individuais.

com reclusão, devendo o juiz aplicar a medida somente em casos em que se constatar crime de efetiva gravidade<sup>56</sup>.

### 1.3.4 Outros pressupostos

Existe ainda uma série de outros requisitos colocados pela Lei 9.296/96 à medida de interceptação telefônica. Apesar de não parecerem ganhar tanto destaque no debate doutrinário, entendemos que ainda assim são dignos de menção, o que passamos a fazer.

O artigo 5º da Lei 9.296/96<sup>57</sup> disciplina que a decisão que deferir quebra de sigilo telefônico deve ser fundamentada. Refere, ainda, que a falta dessa fundamentação é ensejadora de nulidade do ato decisório.

De fato, a falta dessa fundamentação da decisão constituiria inaceitável violação ao direito à intimidade. Vale anotar que, além da fundamentação, é necessário que o magistrado indique como se dará a aplicação da medida<sup>58</sup>.

Questão importante é o fato de a decisão de deferimento de quebra de sigilo telefônico é medida cautelar *inaudita altera parte*, não podendo a fundamentação ser vista como mera formalidade, servindo como salvaguarda à intimidade do indivíduo. Dessa maneira, o magistrado deve exteriorizar racionalmente as razões que o levaram a decidir pelo deferimento da medida, devendo a motivação ser exaustiva, razoável, convincente e guardar coerência com a decisão<sup>59</sup>.

Vale lembrar o que frisa João Roberto Parizatto ao destacar que, antes de ser exigida pela lei em comento, essa motivação dos atos decisórios já se encontrava

---

<sup>56</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 185.

<sup>57</sup> Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

<sup>58</sup> SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 51-52.

<sup>59</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296*, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 150-151.

insculpida no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República<sup>60</sup>, que dispõe que todas as decisões judiciais devem, sob pena de nulidade, serem fundamentados<sup>61</sup>.

A respeito, decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, referindo que o artigo 93, inciso IX da Carta Magna não se satisfaz com fundamentação que tangencie os fatos, de maneira que a incongruência da motivação de quebra de sigilo telefônico acaba por solapar o direito individual do investigado, conforme se transcreve a seguir:

A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social.

Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, in casu, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual<sup>62</sup>.

Lenio Luiz Streck, também ao apontar para o inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, a respeito da necessidade da motivação da autorização de quebra de sigilo telefônico, refere que o referido artigo 5º da Lei 9.296/96 (fundamentação da decisão) deve ser lido em conjunto com o artigo 4º<sup>63</sup> (necessidade da medida, consubstanciada no *periculum in mora*), pois aí são tratados assuntos correlatos. Ora, se o artigo 4º estatui que deve ser demonstrada a necessidade da quebra de sigilo, obviamente será necessária fundamentação para tanto<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>61</sup> PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei nº 9.296, de 24-07-96: interceptação de comunicações telefônicas*. Leme: Editora de Direito, 1996. p. 44.

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 137.349 – SP. Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 05/04/2011, DJ 30/05/2011.

<sup>63</sup> Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

<sup>64</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 83-84.

Dessa maneira, assentada está a exigência de uma fundamentação idônea para que possa ser deferida a interceptação telefônica.

Outro requisito digno de nota é o tempo máximo de duração da medida de quebra de sigilo telefônico. Esse é definido pela Lei 9.296/96, no artigo 5<sup>o</sup><sup>65</sup>, como quinze dias.

Geraldo prado nos recorda que a interceptação telefônica tem natureza provisória. Assim sendo, pode perdurar apenas por certo tempo, devendo ser preservados ao máximo os direitos à privacidade e à intimidade do indivíduo investigado<sup>66</sup>.

Conforme já colocado, o prazo máximo da interceptação será de quinze dias, se procedendo à contagem a partir do início da implementação da medida. Nesse ponto, é fundamental ressaltar que, apesar de ser possível a prorrogação da quebra de sigilo, conforme veremos a seguir, o pedido deve ser feito antes do final do decurso dos quinze dias para que se continue a interceptar as ligações telefônicas, visto que não deve ser admitida prova produzida na ausência de autorização judicial<sup>67</sup>.

Assim, tendo em vista o caráter provisório da medida, certamente não se pode tolerar que se ultrapasse os quinze dias estabelecidos como limite máximo da medida, ressalvados os casos de renovação. Ainda assim, conforme já colocamos, a totalidade da medida não deve perdurar por tempo que cause excessivo prejuízo aos direitos individuais.

Finalmente, mencionamos algumas ressalvas feitas por Lenio Luiz Streck com relação ao artigo 3<sup>o</sup> da Lei 9.296/96<sup>68</sup>. Primeiramente, em homenagem ao princípio

---

<sup>65</sup> Art. 5<sup>o</sup> A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

<sup>66</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 26-27.

<sup>67</sup> PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei nº 9.296, de 24-07-96: interceptação de comunicações telefônicas*. Leme: Editora de Direito, 1996. p. 45.

<sup>68</sup> Art. 3<sup>o</sup> 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.

da igualdade, deve ser oportunizado à defesa postular, também, a interceptação telefônica, o que não se encontra no texto da lei<sup>69</sup>.

Em segundo lugar, é importante que se consigne que, apesar de também não estar expresso no texto legislativo, deve sempre ser dada vista dos autos ao Ministério Público para que se defira uma interceptação, pois esse órgão deve exercer sua função de zelar pela idoneidade do processo<sup>70</sup>.

Por último, ressaltamos que não pode ser admitida quebra de sigilo telefônico *ex officio*. Isso porque o processo penal acusatório (que é uma conquista do Estado Democrático de Direito), por força do dever de imparcialidade do juiz, não se compatibiliza com essa ideia. Ainda, outra razão que aponta para a impossibilidade da implementação de ofício da medida se encontra na leitura do artigo 4º da Lei 9.296/96<sup>71</sup>. Aqui, percebemos que essa disposição legal foi redigida para contemplar o pedido realizado perante a autoridade judiciária, de maneira incompatível com a realização da medida pelo juiz sem a provocação das partes, pois não fica claro quais seriam os requisitos nessa última hipótese<sup>72</sup>.

A respeito do tema, Salo de Carvalho traz a lição de Amilton Bueno de Carvalho ao definir como deve ser interpretada a lei penal, sempre pelo prisma do mais fraco. Assim, na direção punitiva, a interpretação deve se direcionar ao núcleo do texto, de maneira restritiva; por outro lado, na direção libertária (favorável, portanto, ao acusado) o texto legislativo deve ser interpretado para fora, em sentido extensivo dos direitos e garantias do indivíduo<sup>73</sup>.

#### 1.4 Renovações do prazo da interceptação telefônica

---

<sup>69</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 78-81.

<sup>70</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 76-77.

<sup>71</sup> Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

<sup>72</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 81-82.

<sup>73</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 90.

O artigo 5º da Lei 9.296/96<sup>74</sup> permite que haja a renovação das medidas de interceptação telefônica. Para tanto, deverá ser comprovada a indispensabilidade do meio de prova, sendo o prazo máximo da renovação quinze dias.

Nesse diapasão, afirma João Roberto Parizatto que os motivos da prorrogação e sua indispensabilidade devem ser informados para que se dê a renovação da medida, com o objetivo de alcançar a prova inicialmente almejada. Entretanto, conforme já destacamos anteriormente, para que a interceptação telefônica se dê continuamente no ensejo de sua prorrogação, sem que haja interrupção, urge haver previamente manifestação judicial autorizando essa continuidade, pelo que deve o pedido ser formulado anteriormente ao final do prazo inicial de quinze dias próprio à medida<sup>75</sup>.

Asseveram Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que a lei não esclarece de maneira expressa se será possível outra prorrogação após a primeira. Nesse caso, o juiz deverá fazer uso do bom senso, além do direito comparado, admitindo-se a possibilidade de haver diversas renovações, desde que presentes os pressupostos de admissibilidade da medida<sup>76</sup>.

Esse é o entendimento exarado em *decisum* do Supremo Tribunal Federal assim ementado:

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

<sup>75</sup> PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei nº 9.296, de 24-07-96: interceptação de comunicações telefônicas*. Leme: Editora de Direito, 1996. p. 45.

<sup>76</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 189.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* n. 85575 – SP. Segunda Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 28/03/2006, DJ 16/03/2007.

Tentando estabelecer um prazo máximo para a interceptação telefônica, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel recorrem à letra da lei e destacam posição fixando que apenas poderia ocorrer uma prorrogação. De fato, a Lei 9.296/96 utiliza a expressão “renovável por igual período”, no singular, e não “renováveis por iguais períodos”, inferindo, assim, que a renovação da medida apenas poderia se dar uma vez, totalizando trinta dias<sup>78</sup>.

Geraldo Prado, entretanto, propõe diferente raciocínio, analisando as regras do estado de defesa previstas na Constituição da República no artigo 136, parágrafo 1º, inciso I, alínea “c” e parágrafo 2º<sup>79</sup>. De acordo com o autor, a Lei 9.296/96 e seus intérpretes não podem permitir que ela enseje nível de restrição ao sigilo das comunicações telefônicas superior ao do estado de defesa, que dispõe que as interceptações podem perdurar por trinta dias, renováveis por mais trinta (somando-se sessenta). Seria impossível que uma interpretação em conformidade com a Carta Magna compreender de maneira diversa<sup>80</sup>.

Em tempo, destacamos que cada prorrogação da interceptação telefônica deve possuir uma fundamentação específica. Não pode haver autorização genérica e que, dessa maneira, se encaixe em qualquer situação. Deve ser demonstrada a imprescindibilidade da medida a cada renovação, servindo ao princípio da proporcionalidade<sup>81</sup>.

Nesse momento, trazemos à baila a já mencionada provisoriedade das medidas de quebra de sigilo telefônico. A privacidade e intimidade do indivíduo devem sempre estar preservadas na maior medida possível, e sua restrição limitada.

<sup>78</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica*: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 158-159.

<sup>79</sup> Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

§ 2º - O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

<sup>80</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 38-42.

<sup>81</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica*: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 155-157.

Assim, o juiz deve analisar o caso concreto e evitar que a duração das interceptações se dê por tempo excessivo, sendo de fato provisória<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 27.

## 2 EXPOSIÇÃO DE CASO: A QUEBRA DE SIGILO NO *HABEAS CORPUS* 191.378 – DF

Nesse capítulo, se pretende traçar uma descrição do *case* objeto desse trabalho. Para tanto, após uma breve síntese do andamento do caso, se passará a uma análise dos fundamentos utilizados no voto do Ministro-Relator Sebastião Reis Júnior, integrante da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, para conceder a ordem no *writ*, declarando a nulidade das quebras de sigilo e consequente ilicitude das provas daí decorrentes.

Notaremos que o andamento do feito foi um palco para nulidades, ensejadas pelo juiz singular e não erradicadas pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região em sede de *habeas corpus*. Entretanto, após a impetração de outro *habeas corpus*, destinado ao Superior Tribunal de Justiça, esses vícios foram identificados e erradicados do processo, em decisão de fundamentação exemplar e praticamente irretocável. O *decisum* contrariou o que muitas vezes ocorre no poder judiciário, que acaba por adotar uma postura inquisitorial frente ao processo.

Assim, muitos juízes têm se alinhado ao poder público na luta punitivista contra alguns grupos (por vezes os excluídos, por outras os “privilegiados”), restando prejudicada, em algumas situações, a imparcialidade que seria própria da magistratura. Essa situação não é exclusividade dos julgadores de primeira instância, encontrando-se alojada também nos tribunais. Dessa maneira, os magistrados vão se afastando de sua função de garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos colocados na mira do aparato estatal repressivista ou punitivista<sup>83</sup>.

Por ter fugido a essa prática, em flagrante contraste com o posicionamento adotado pelo juiz federal e, após, pelo Tribunal Regional Federal, e que, invariavelmente, é visto nos mais diversos órgãos do Poder Judiciário, elegemos esse *case* como objeto de estudo. Outra razão para essa escolha foi a amplitude

---

<sup>83</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica*: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 96-97.

com a qual foi tratado o tema, o que nos proporcionou suficiente substrato para a análise que pretendemos realizar.

Frisamos que, apesar de apenas havermos logrado acesso ao teor do voto do relator, através da seção de notícias do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça<sup>84</sup>, essa mesma fonte confirma que os demais integrantes do julgamento acompanharam o mesmo posicionamento. A razão pela qual não temos acesso, nesse momento, ao completo teor do acórdão, consiste no fato de a decisão ainda se encontrar pendente de publicação. De qualquer maneira, conforme já mencionado, o voto que analisaremos a seguir traduz o conteúdo da íntegra do *decisum*.

## 2.1 Síntese da Trajetória do Caso

O caso que estudaremos consiste em acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em *habeas corpus*, tendo como paciente João Odilon Soares Filho. A decisão que ensejou esse *writ* foi proferida pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, também em *habeas corpus*.

Essa decisão do Tribunal Regional Federal manteve a quebra dos sigilos telefônico, bancário e fiscal dos investigados deferida pelo juiz singular em inquérito policial, baseando-se apenas em relatório do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Também reconheceu que as interceptações deveriam perdurar até a elucidação dos fatos, sendo renovadas tantas vezes quanto necessário para tanto. Ainda, negou as alegações defensivas de incompetência da Justiça Federal de primeira instância, por entender apenas estarem citados nomes de parlamentares nas peças investigativas, o que não constituiria qualquer prerrogativa de foro<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> *Quebra de sigilo baseada apenas em relatório do Coaf é inconstitucional*. Brasília, 2011. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103234](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103234)>. Acessado em: 15 de outubro de 2011.

<sup>85</sup> O referido acórdão concedeu parcialmente a ordem, apenas para declarar a ilegalidade de interceptação telemática concedida de maneira indiscriminada para atingir todos os endereços eletrônicos de um determinado domínio, sem razão que justificasse tal entendimento.

Em sede de inquérito policial, a partir de relatório do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) dando conta de movimentações atípicas na conta de alguns indivíduos (o paciente, aqui, ainda não figurava como investigado), foi requerida e deferida a quebra de sigilo bancário do paciente por parte do Ministério Público.

Partindo disso, em novo inquérito policial, também com base unicamente no referido relatório do COAF, a autoridade policial, nos moldes da primeira autorização de quebra de sigilo bancário, requereu a quebra de sigilo fiscal e a interceptação de comunicações telefônicas desses mesmos sujeitos (ainda não constando o paciente como investigado). Esse requerimento foi, igualmente, deferido.

Houve, por fim, mais um pedido de quebra de sigilos fiscal, bancário e telefônico nesse último inquérito policial, sem que houvesse qualquer elemento novo, apenas com lastro no relatório do COAF, passando o paciente, nesse momento, a ser um dos alvos da investigação. Novamente, foram autorizadas as medidas.

Após isso, ocorreram diversas prorrogações de interceptação telefônica, que perduraram por cerca de 10 meses, totalizando dezoito renovações, afirmando o juiz que se mantinham cumpridos todos os requisitos previstos na Lei 9.296/96. Entretanto, ressaltamos que nem todas essas interceptações se estenderam ao paciente.

O objeto de todas as medidas narradas e dos respectivos inquéritos policiais consistiu em averiguar a ocorrência de delitos de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, subsumidos nas hipóteses do artigo 1º da Lei 9.613/98<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo e seu financiamento;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

Os impetrantes, em *writ* perante o Tribunal Regional Federal, sustentaram a incompetência da justiça federal de primeiro grau por se tratarem alguns dos investigados de parlamentares. Também requereram o reconhecimento da ilicitude da quebra de sigilo telefônico, bancário e fiscal e das provas dela decorrentes, pois requerida apenas com base no relatório do COAF apontando movimentação atípica, mas não necessariamente prática de crime. Frisaram que a decisão que autorizou as medidas é confusa e sem fundamentação específica, fazendo apenas referência a uma decisão que deferiu a quebra de sigilo telefônico em outro expediente.

Outro argumento utilizado pela defesa foi o de que, ao aquiescer com as prorrogações da interceptação telefônica e demais medidas cautelares, não teria o magistrado mostrado nova justificativa, apenas se limitando a repisar os termos da primeira decisão. Por isso, a defesa quis ver declarada a ilegalidade dessas prorrogações seja pela ausência de fundamentação ou pela violação dos prazos máximos para tais prorrogações (que foram prorrogadas 18 vezes, totalizando quase dez meses), de acordo com a Lei 9.296/96.

A partir da denegação dessa ordem do remédio heroico pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, os defensores impetraram, contra esse ato, novo *habeas corpus* com os mesmos fundamentos acima esposados (dessa vez perante o Superior Tribunal de Justiça).

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu (contrariamente ao que defendia o Ministério Público), à unanimidade, conceder a ordem de Habeas Corpus para declarar nulas as quebras de sigilo bancário (20637000063929), fiscal (200737000017507) e telefônico (200737000017510), referentes ao Inquérito Policial 001/2007 – DFIN/DCOR, e declarar a ilicitude das provas daí decorrentes (processo 200737000106178), devendo ser desentranhadas dos autos.

---

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

## 2.2 Exposição dos fundamentos da decisão

A seguir, analisamos os fundamentos que sustentam a decisão. A questão da eventual prova obtida por juízo incompetente é apreciada pelo órgão julgador, tendo sido refutada a tese do impetrante. Contudo, não será por nós analisada, pois foge aos limites do objeto desse trabalho.

Pôde-se perceber que o magistrado não enfrentou diretamente a questão das prorrogações das interpretações, apesar de que o entendimento do ministro no sentido da falta de fundamentação idônea no pedido inicial e da nulidade das interceptações originais acabar por se estender às renovações da medida. Conforme já relatamos, as interceptações telefônicas foram renovadas dezoito vezes, perdurando por cerca de dez meses. A defesa pugnou pela ilegalidade e nulidade dessas renovações, eis que ausente fundamentação das decisões, além de sustentar que foi violado o prazo máximo da medida.

Também é necessário comentar que o Ministro Sebastião Reis Júnior, mesmo não fazendo direta menção às prorrogações, a fez com relação às provas dos autos, considerando-as derivadas das interceptações telefônicas e violação de dados fiscais e bancários originais. Assim, a prova derivada das prorrogações também deve ser, automaticamente, reputada ilícita.

Quanto ao argumento da defesa de que teriam as interceptações se perpetuado além do prazo máximo para tanto, nem indiretamente há enfrentamento pelo ministro. Deve ser feita a ressalva, entretanto, de que o reconhecimento da ilicitude e nulidade das quebras de sigilo em seus pedidos originais acaba por tornar prejudicado o tema das renovações, visto que essas acabariam, inexoravelmente, sendo consideradas nulas também.

### 2.2.1 Ilicitude da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico

Conforme já relatado anteriormente, o ministro Sebastião Reis Júnior decidiu pela ilicitude das quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico do paciente. A esta altura, se pretende expor os argumentos utilizados pelo magistrado para tanto.

É necessário frisar que esses argumentos não são independentes entre si, possuindo vários pontos de convergência e se relacionando constantemente, chegando, por vezes, a se confundirem. Isso é natural, visto que a decisão não se deu apenas por uma ou outra razão, mas por todos os motivos expostos no voto.

Ressalvamos que foi tangida pelo magistrado a questão da existência de prejuízo ao paciente do *habeas corpus*, sendo a resposta positiva. Entretanto, a ideia não teve desenvolvimento no acórdão, razão pela qual não será tratada nesse capítulo.

#### 2.2.1.1 Ausência de diligências prévias à quebra de sigilo

Um dos fundamentos em que se baseou o ministro Sebastião Reis Júnior ao proferir seu voto foi o de que inexistia nos autos qualquer menção a diligências realizadas, ou à impossibilidade de fazê-lo, anteriormente à quebra de sigilo.

De fato, o juiz singular deferiu as medidas apenas com base no relatório do COAF, sem mencionar sequer a tentativa de se obter a prova por outros meios.

De acordo com o Ministro Sebastião Reis Júnior, a polícia deveria ter demonstrado a imprescindibilidade/indispensabilidade da medida, reunindo elementos de investigação anteriores. No caso, entretanto, a autoridade policial simplesmente dispensou tais elementos por conta própria, sem sequer justificar

eventual impossibilidade de colher elementos de prova por outras maneiras, ignorando determinação legal<sup>87</sup>.

Nesse tópico, o magistrado lançou mão das lições de Guilherme de Souza Nucci, em *Leis Penais e Processuais Comentadas*, para afirmar que a violação de sigilo deve necessariamente estar calcada em outros elementos de prova, não se podendo iniciar uma investigação criminal diretamente com tal medida. Colacionou, ainda, parte da decisão no *habeas corpus* 124.253, do Superior Tribunal de Justiça, que frisa a necessidade da comprovação de impossibilidade de obtenção de prova por outros meios que não a quebra de sigilo. Nesse mesmo sentido, juntou também a lição de Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel, na obra *Legislação Criminal Especial*, que coloca a interceptação telefônica como medida de *ultima ratio*, que não se justifica quando é possível obter a prova por outros meios.

Assim, o relator apontou para o fato de o relatório do COAF ser, de fato, o único pilar a sustentar o pedido de quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico. Não há registro de outras investigações ou da impossibilidade de se utilizar outros meios de prova para a elucidação dos fatos (esgotamento de todos os meios de prova disponíveis), que são requisitos para a quebra de sigilo. Dessa maneira, devem ser impostos certos limites à medida, aspecto que é especificamente abordado pelo magistrado, inclusive merecendo seção específica na presente monografia.

De acordo com o ministro Sebastião Reis Júnior, essa falta de fundamentação da imprescindibilidade da medida e do esgotamento de todos os meios de prova disponíveis acaba por violar frontalmente direitos e garantias fundamentais (à intimidade, à privacidade e, inclusive, em última instância, do devido processo legal, como se verá mais adiante). Dessa maneira, tal situação não pode ser suportada pelo ordenamento jurídico.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em trecho do voto do Ministro Celso de Mello na Reclamação 511-9, trazida pelo magistrado Sebastião Reis Júnior, decidiu que a medida de quebra de sigilo (bancário, no caso), só pode ser decretada quando presentes estribados elementos de suspeita cancelados por indícios idôneos de suposta prática criminosa. Entretanto, tudo o que se tem no caso sob análise, de

---

<sup>87</sup> O voto, nesse ponto, não faz menção a dispositivo legal em específico.

acordo com o relator, é o já mencionado relatório do COAF, que evidentemente não se presta a dar o suporte necessário à decretação de medida tão gravosa.

Em tempo, frisa o magistrado que o próprio relatório do COAF deixa claro que as movimentações financeiras analisadas não constituem necessariamente crime, apenas se mostrando atípicas, razão pela qual inclusive recomenda que o relatório não seja utilizado em inquérito policial ou processo. Como se vê, esse relatório tem um caráter completamente subsidiário. Entretanto, a autoridade policial ou transformou, e assim foi recebido pelo magistrado, em suporte para formular pedido de afastamento de sigilo, atacando, conforme já colocado, direitos e garantias fundamentais.

Os *Manuais de Atuação da Escola Superior do Ministério Público (ESMPU)*, dos quais o relator faz citação, em seu volume que trata da quebra de sigilo<sup>88</sup>, revelam que “o COAF não promove quebras de sigilo fiscal e/ ou bancário, não processa os dados eventualmente obtidos por meio de autorização judicial, nem costuma requisitar de instituições financeiras dados complementares aos que elas lhe enviam e considera suspeitos.” Dessa forma, sendo esse órgão apenas centralizador de comunicações de operações atípicas do sistema bancário, fica ainda mais evidenciado que deveria, a autoridade policial, ao receber o relatório do COAF, diligenciar de todas as forma possíveis acerca dos fatos. Só a essa altura, então, caso necessário, poderia representar pelo afastamento do sigilo, o que evidentemente não ocorreu.

### *2.2.1.2 Subjetividade da fundamentação da decisão que deferiu a quebra de sigilo*

Foi utilizado pelo magistrado, a fim de decidir pela nulidade das quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico, o argumento de que a fundamentação do juiz que as deferiu se baseou essencialmente em elementos subjetivos.

---

<sup>88</sup> *ESMPU – Manuais de Atuação: Quebra de Sigilos Fiscal e Bancário*, de autoria de Lauro Pinto Cardoso Neto e Eduardo Gazzinelli Veloso, disponível em <<http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/manuais-de-atuacao/>>.

O julgador singular referiu que as movimentações relatadas pelo COAF teriam ocorrido em data próxima às eleições (visto que teriam alguns investigados interesses políticos). Discursou acerca do perigo que os crimes previstos na lei de lavagem pode trazer à sociedade, bem como sobre a complexidade do caso. Entretanto, não logrou êxito em trazer argumentos que realmente pudessem embasar objetivamente uma decisão tão gravosa como a de autorização de quebras de sigilo, falhando em apontar reais e razoáveis indícios de provável autoria ou mesmo materialidade de delito.

O ministro relator aduziu que o argumento referente ao “perigo enorme e efetivo que a ação pode causar à ordem tributária, à ordem econômica e às relações de consumo” não pode servir de justificativa à quebra de sigilo, visto que estão sujeitos à medida tanto os crimes de elevada quanto os de reduzida gravidade (desde que puníveis com pena de reclusão), pelo que tal fator se mostra irrelevante à imposição dessa medida.

Tampouco tem arrimo, de acordo com o magistrado, a justificativa da complexidade do fato, pois esse conceito deve conter nexos que o relacione à impossibilidade de se colher outras provas nos autos para o deferimento da quebra, o que não ocorreu no caso examinado. A complexidade, por si só, não constitui elemento a autorizar as quebras de sigilo de qualquer espécie.

Ainda, sustentou o relator que o argumento utilizado pelo juiz singular de que as movimentações atípicas descritas no relatório do COAF deveriam ser investigadas em decorrência de terem supostamente ocorrido em período pré-eleitoral, tendo-se em conta o alegado interesse político de alguns investigados, não pode receber guarida judicial, pois totalmente subjetivo, não havendo qualquer previsão legal a respeito. O mesmo ocorre com o argumento de que a experiência indicaria que movimentações de dinheiro em espécie como ocorreu no caso normalmente estão relacionadas com operações ilícitas.

É conveniente lembrar, novamente, que no próprio relatório do COAF está expressa a recomendação de que ele não seja utilizado em inquérito policial, tendo em vista que apenas aponta movimentações financeiras atípicas, mas não necessariamente criminosas. Ainda assim, afora as conjecturas subjetivas, o relatório do COAF se mostra como único baluarte para o deferimento das medidas cautelares.

O ministro observou que, na decisão do magistrado singular, o juiz se limitou a tergiversar sobre probabilidades e movimentação financeira atípica, mas em nenhum momento efetivamente indicou reais indícios de prática delitiva, tampouco de autoria de crime, não cumprindo com a exigência de motivação das decisões judiciais. Tal exigência é de viés constitucional, consistindo a inobservância dessa regra em ofensa à Constituição da República, em seu artigo 93, inciso IX<sup>89</sup>.

Foi utilizada, a respeito, doutrina contida na obra *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo*<sup>90</sup>, no sentido de que a motivação é colocada como requisito extrínseco e imprescindível a qualquer decisão judicial. O artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, reputa nula qualquer decisão carente da devida fundamentação, sendo essa necessária ao ato decisório. O texto afirma, também, que a motivação é garantia político processual a legitimar os atos de manifestação do juiz, sendo a única maneira desse exteriorizar sua convicção de forma que seja possível ao cidadão impugnar o ato judicial que compreender inconstitucional.

Transcrevemos trecho da mesma obra citado pelo relator: “a motivação deve ser a mais completa possível, abarcando todos os aspectos jurídicos envolvidos na questão e com eles relacionando os dados fáticos específicos da realidade levada ao conhecimento do julgador e referentes à medida pleiteada. Esses atributos, ínsitos a qualquer decisão jurisdicional, ganham mais peso e relevo quando dirigidos a justificar a compressão de direitos fundamentais por via da proporcionalidade. A ponderação de valores deve emergir clara e exaustiva tanto em seu aspecto jurídico como em seu aspecto fático”.

O relator ainda fez uso de voto de lavra da Ministra Maria Thereza, proferido em julgamento do *habeas corpus* 137.349, que tramitou na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>91</sup>. De acordo com a ministra, é o imperativo ético da comprovação dos elementos embasadores de uma decisão que constitui a exigência de motivação dos atos decisórios. Isso porque, em um processo democrático, não

---

<sup>89</sup> IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>90</sup> Coordenação de Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes.

<sup>91</sup> O Ministro Sebastião Reis Júnior não faz referência quanto ao tribunal em que teria tramitado o feito, mas, a partir de consulta pelo número do processo no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (<<http://www.stj.jus.br/>>), foi possível identificar o órgão julgador.

se pode aceitar que um juiz tenha em suas mãos o poder de emitir provimentos baseado em situações ocultas, que não possam ser encontradas nos autos ou sejam apenas identificáveis nas entrelinhas da investigação.

Nesse sentido, novamente é citado Guilherme de Souza Nucci, em *Leis Penais e Processuais Comentadas*, quando diz que, por ser a quebra de sigilo uma exceção, necessita estar sustentada por outros elementos sólidos de prova (conforme já tratado em seção específica anteriormente), demandando, assim, uma fundamentação detalhada e clara.

Nesse mesmo diapasão, constatou o ministro que, apesar de citar dispositivo de lei (parágrafo 4º do artigo primeiro da Lei Complementar nº 105/2001, incisos VII e VIII<sup>92</sup>) em defesa da decretação da quebra de sigilo, não se desincumbiu a autoridade judicial de demonstrar efetivamente a aplicação do referido dispositivo legal, o que não basta para que se proceda à medida restritiva de direitos individuais. Evidentemente, de acordo com o relator, a falta de fundamentação mínima também passa por essa questão.

Mister se faz, ainda, levantar outro ponto atacado pelo magistrado referente à falta de fundamentação. Evidencia o ministro relator a falta de demonstração, na decisão judicial em debate, de que a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico era o único meio de prova possível para se prosseguir com as investigações.

No *habeas corpus* 124.272, do Superior Tribunal de Justiça, trazido pelo relator, também podemos encontrar a orientação de que o afastamento de sigilo de dados, por constituir restrição aos direitos constitucionais do cidadão e, portanto, medida excepcional, deve estar necessariamente precedido de concretas e fundadas razões, sendo efetivamente comprovada a impossibilidade de obtenção da prova por outros meios. Posicionamento compartilhado, aliás, pelo Ministro Celso de Mello, na Reclamação 511-9, do Supremo Tribunal Federal, que fala da necessidade de fundados elementos de suspeita apoiados em indícios idôneos.

O magistrado colacionou, oportunamente, uma série de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, todos fazendo coro ao

---

<sup>92</sup> § 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

posicionamento esposado na presente seção desse trabalho, a demonstrarem a orientação jurisprudencial das cortes superiores perante a matéria.

Não é outro o posicionamento de Antônio Magalhães Gomes Filho, lembrado pelo relator por suas lições em *A Motivação das Decisões Penais*, preceituando que a motivação nas decisões judiciais serve como salvaguarda dos direitos fundamentais. De um lado, permite que se constate se foram respeitadas as normas do devido processo legal, através da análise do raciocínio utilizado pelo magistrado para chegar a determinada resolução restritiva de direitos; de outro, possibilita que se constate se as normas que permitiam a restrição de direitos foram aplicadas de forma adequada e se houve correta avaliação do contexto fático que, em tese, autorizava essa restrição.

De acordo com os ensinamentos de Cleunice Valentim Bastos Pitombo, em *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*, trazidos ao debate pelo ministro relator, o juiz tem o dever, portanto, de fundamentar, de maneira inequívoca, a partir de motivos fundados, que a restrição ao direito individual é realmente imprescindível. Deve evidenciar o interesse social concreto e sua prevalência sobre o individual.

Também da obra *Legislação Criminal Especial*, de autoria de Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel, já anteriormente mencionada no presente capítulo, se extrai a lição de que a necessidade da interceptação deve estar demonstrada na fundamentação do juiz. Em verdade, o próprio pedido da medida cautelar já deve conter tal demonstração, de acordo com o artigo 4º da Lei 9.296/96<sup>93</sup>. Também é referido o artigo 5º<sup>94</sup> do mesmo diploma legal, que estabelece que deve restar comprovada a indispensabilidade da medida, enfatizando a necessidade da fundamentação do ato decisório sob pena de nulidade. E esse deve ser o destino da decisão objeto do *habeas corpus* em análise, visto que, segundo o relator, carente de mínima fundamentação idônea.

---

<sup>93</sup> Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

<sup>94</sup> Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

### *2.2.1.3 Decisões de quebra de sigilo consistentes em verdadeira cópia da decisão original*

Também é destacado pelo Ministro que a fundamentação utilizada pelo juiz para deferir a quebra dos sigilos fiscal e, posteriormente, telefônico, é idêntica a outra decisão, proferida anteriormente por outro magistrado, que deferia a quebra do sigilo bancário dos investigados. Esse assunto é abordado pelo relator de maneira um pouco mais sucinta se comparado às outras justificativas para a declaração de nulidade das quebras de sigilo, mas ainda assim merece ser rapidamente debatido à parte.

Conforme já narramos, houve o deferimento, inicialmente, da quebra de sigilo bancário dos investigados requerida pelo Ministério Público em inquérito policial que pretendia esclarecer eventual prática de lavagem. Após, em outro inquérito, a autoridade policial requereu e houve decisão deferindo quebra de sigilo fiscal e telefônico, tendo sido a fundamentação praticamente idêntica à que deferiu anteriormente a referida quebra de sigilo bancário.

Finalmente, houve outro pedido, nesse último inquérito, dessa vez versando acerca de sigilos fiscal, bancário e telefônico, também com a mesma fundamentação, que foi deferido pelo juiz singular. Claramente, as decisões se consubstanciam em efetivas cópias da primeira.

O ministro destaca acórdão proferido em julgamento no Pleno do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello. No julgado, é sustentado que argumentações padronizadas ou genéricas não se prestam a indicar a necessária causa provável, que é pressuposto essencial de legitimação para que a ruptura do direito constitucional à intimidade possa ser procedida, na forma de quebra de sigilos fiscal, bancário e telefônico. Assim, em situações como essa, o ato que defere tais medidas deve ser reputado inválido, pois eivado de nulidade e ofensa à Constituição da República.

O relator aduz, ainda, que garantias fundamentais, das quais destacamos as presentes no artigo 5º, incisos, XII<sup>95</sup> e LIV<sup>96</sup>, da Constituição da República, quais sejam, o devido processo legal e a inviolabilidade do sigilo telefônico, não poderiam ser ameaçadas da forma como ocorre no caso.

Dessa maneira, apesar da fundamentação relativamente escassa por parte do ministro nesse ponto, resta inequívoco que as decisões consistentes em cópia de anterior se apresentam como mais uma fonte de nulidades no caso em comento.

#### *2.2.1.4 Desrespeito aos limites da prova e às garantias constitucionais*

A questão que será ora tratada, como se poderá ver a seguir, contém alguns aspectos que já foram mencionados ao longo do trabalho, visto que o objeto dessa seção se confunde em parte com os demais pontos tratados nesse capítulo. De fato, não há argumentos utilizados pelo juiz federal a serem tratados nessa seção que ainda não tenham sido abordados.

Entretanto, o que se fez nas seções anteriores com relação às garantias constitucionais e os limites da prova foi uma análise mais difusa, apenas correlacionando o tema com os respectivos objetos de destaque, na parte que lhes tocava. Ao contrário, aqui o desrespeito aos limites de prova e às garantias fundamentais é o objeto de destaque, implicando uma análise dos fundamentos do relator sob o enfoque dessas garantias e mais centralizada e sistematizada nesse ponto.

Inicialmente, para introduzir o tema, o Ministro Sebastião Reis Júnior traz à baila lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, no livro *As Nulidades no Processo Penal*. Aqui, o processo, a fim de que sejam colocados limites ao direito à prova, deve ser compreendido dentro

---

<sup>95</sup> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

<sup>96</sup> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

de uma “escrupulosa regra moral”, que direciona a atividade do juiz e das partes. Por essa razão, o Código de Processo Penal, em seu artigo 157<sup>97</sup>, deixa claro que as provas que violem normas constitucionais ou legais devem ser desentranhadas do processo. Mesmo outras codificações, como o Código de Processo Penal Militar em seu artigo 295<sup>98</sup> ou o Código de Processo Civil em seu artigo 332<sup>99</sup> (que tem, inclusive, aplicação subsidiária ao processo penal<sup>100</sup>, nos termos do artigo 3º do diploma processual penal<sup>101</sup>), vedam as provas obtidas em atentado à moral.

Na mesma obra, é colocado o dever do Estado de sacrificar na menor medida possível os direitos de personalidade como a grande chave de um sistema de liberdades públicas. Dessa maneira, torna-se extremamente importante que a investigação criminal seja procedida conforme um rito, com observância de regras pré-estabelecidas, sendo a verdade obtida com respeito a uma forma moral. Esse método de obtenção da prova, portanto, passa a ser, por si só, um valor (de garantia), restringindo os atos do magistrado e das partes.

Tal rito, assim, não se trata de um formalismo inútil, tampouco um retorno ao sistema da prova legal<sup>102</sup>, mas um instrumento em defesa das garantias do acusado. Dessa maneira, o termo “verdade material” deve ser visto com relevos de uma verdade processualmente válida, não obtida a qualquer preço<sup>103</sup>.

Logo a seguir, o relator afirma que, constantemente, nos deparamos com instrumentos voltados a penetrar na intimidade ou privacidade dos indivíduos. Tais instrumentos, entretanto, devem receber (e recebem) certas limitações, na forma de

---

<sup>97</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

<sup>98</sup> Art 295. É admissível, nos termos dêste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares.

<sup>99</sup> Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

<sup>100</sup> Essa afirmação quanto à aplicação subsidiária da lei processual civil ao Código de Processo Penal não consta no teor do voto, tendo sido apenas por nós trazida para melhor ilustrar a razão pela qual destacamos a questão da prova na área cível.

<sup>101</sup> Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

<sup>102</sup> O magistrado refere que as regras da prova legal consistiam em regras para a melhor pesquisa da verdade, possuindo, em última análise, um valor de verdade.

<sup>103</sup> Conforme se verá logo adiante, além de ser essa a posição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, não é outro o entendimento de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, em *Legislação Penal Especial*, conforme mencionado pelo magistrado relator.

parâmetros objetivos e positivados, com o escopo de salvaguardar esses direitos humanos.

Com esse propósito, se colocam algumas premissas constitucionais, tais como a do artigo 5º, inciso XII<sup>104</sup>, da Constituição da República, que preceitua a inviolabilidade do sigilo telefônico afora por decisão judicial quando a lei assim autoriza. No mesmo sentido, o inciso X<sup>105</sup> do mesmo artigo constitucional, que dispõe sobre a inviolabilidade à vida privada e à intimidade, entre outras garantias. Também os incisos LIV<sup>106</sup> e LVI<sup>107</sup>, da mesma ordem constitucional, tratam, respectivamente, da impossibilidade de se privar alguém da liberdade sem o devido processo legal e da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Todas essas garantias foram, ao longo dos anos, sendo incorporadas ao quadro constitucional a grande custa, não podendo o Estado subtraí-los sem justa razão.

Com relação ao devido processo legal, aliás, imperioso trazer doutrina colacionada pelo Ministro Sebastião Reis Júnior. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, em *Legislação Penal Especial*, preceituam que é necessária a compatibilização da prova com os direitos fundamentais do acusado, razão pela qual a intromissão na vida privada de alguém urge que tal seja procedida de acordo com estrita forma legal. A legitimidade da atuação do Estado na formação da prova, em especial àquela que restringe a privacidade do investigado, deve se dar de forma excepcional, visto que a regra é a tutela desse direito à intimidade e privacidade, tendo a exceção sempre rigorosa previsão legal.

Digno de destaque, ainda, voto de lavra da Ministra Maria Thereza no *habeas corpus* 137.349, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>108</sup>, trazido pelo relator. Na fundamentação do *decisum*, é ressaltada a importância de se observar os preceitos da proporcionalidade, sob pena de se incorrer em banalização ou vulgarização de garantias fundamentais, tais como os direitos à intimidade e à privacidade. O Ministro Sebastião Reis Júnior comenta, acerca do tema, que, além

---

<sup>104</sup> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

<sup>105</sup> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>106</sup> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>107</sup> LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

<sup>108</sup> O relator não faz referência ao órgão julgador, tendo a informação sido por nós obtida junto ao setor de acompanhamento processual do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (<<http://www.stj.jus.br/>>).

de ser excepcional e dever estar expressamente prevista em lei, a restrição a direito constitucional necessita guardar proporcionalidade. Em outras palavras, para o deferimento de quebra de sigilo, tal medida deve ser adequada, necessária e proporcionada.

Quanto a essas três características necessárias para a decretação de medida de quebra de sigilo, cumpre ilustrar algumas colocações de Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco na obra *Curso de Direito Constitucional*, da qual se vale o relator. No trecho referido, é dito que o sigilo só pode ser quebrado quando estiver configurada a adequação da medida à finalidade objetivada e sua efetiva necessidade (ausência de outro meio menos gravoso à privacidade e intimidade do investigado). A proporcionalidade, para os autores, também deve ser atingida. Entretanto, estaria colocada como um consectário lógico das outras duas exigências. Vale dizer, ainda, que é também necessária a prova da utilidade da medida.

O Ministro Sebastião Reis Júnior, a respeito, sem divergir do posicionamento supra, adverte que as provas advindas de quebras de sigilo só são admitidas se não existirem demais maneiras de colher a prova, demonstrada a imprescindibilidade da medida restritiva de direitos fundamentais, devendo haver fundamentação concreta e bem abalizada.

Ainda, é utilizada a obra *Legislação Criminal Especial*, de Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel, que também preceitua que não pode ser determinada interceptação telefônica quando a prova pode ser obtida por outros meios, uma vez que o legislador constituinte determinou por regra a preservação da intimidade. Nesse sentido, deve sempre atentar-se à necessidade da interceptação ou, em outras palavras, à indispensabilidade do meio probatório. Esse é o posicionamento esposado no Recurso Especial 124.272, de relatoria do Ministro Hélio Mosimann<sup>109</sup>, e no *habeas corpus* 124.253, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, ambos pertencentes ao Superior Tribunal de Justiça, que ressaltam a imprescindibilidade da demonstração da necessidade da medida e o escorreito cumprimento das condições

---

<sup>109</sup> Essa informação foi obtida junto ao setor de consulta processual do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (<<http://www.stj.jus.br/>>).

legais autorizadoras<sup>110</sup> e a impossibilidade de obtenção da prova por outras maneiras disponíveis<sup>111</sup>.

Mais adiante, infere o magistrado, utilizando-se das palavras de Guilherme de Souza Nucci em *Leis Penais e Processuais Comentadas*, que a quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico nunca deve ser o início de uma investigação. Essa medida constitui uma atitude drástica, que deve ser levada a cabo apenas quando existirem suficientes indícios de autoria e prova da materialidade do delito. É necessário que a quebra de sigilo tenha lastro em outros elementos probatórios, de considerável solidez, exigida consistente fundamentação do juiz.

A respeito, o relator colaciona posicionamento exarado pelo Ministro Celso de Mello por ocasião do julgamento na Reclamação 511-9, perante o Supremo Tribunal de Justiça, onde é dito que a quebra de sigilo demanda fundados elementos de suspeita calcados em indícios idôneos, dada a excepcionalidade da medida.

De fato, a importância da fundamentação quando do deferimento de quebra de sigilo de dados bancários, fiscais ou telefônicos, de acordo com Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>112</sup>, em entendimento examinado pelo ministro relator, se dá no fato de que a motivação dos atos decisórios do juiz se insere, no campo das limitações ao Poder Judiciário, como ferramenta para a verificação do efetivo cumprimento das regras do devido processo.

Em trecho do livro *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*, que parece abarcar de maneira bastante ampla o tema em análise na presente seção do trabalho, o relator encontra subsídio para afirmar que, em se tratando de direitos individuais<sup>113</sup>, as medidas restritivas devem vir acompanhadas de fundados motivos de sua inafastabilidade. Deve estar evidenciado o interesse social concreto a prevalecer sobre o individual, sendo a medida proporcional e concretamente ajustada ao seu fim. Por fim, deve restar demonstrada sua oportunidade, conveniência e imprescindibilidade.

Por todo o exposto supra, cristalino que devem ser estabelecidos limites à quebra de sigilo, esclarecido o âmbito de legitimidade da medida. Assim destacado,

---

<sup>110</sup> REsp 124.272.

<sup>111</sup> HC 124.253.

<sup>112</sup> *A Motivação das Decisões Penais*.

<sup>113</sup> O texto fala, na verdade, em busca domiciliar, mas estende sua abrangência às medidas de quebra de sigilo.

o relator faz alusão ao artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República<sup>114</sup>, apontando a ilegalidade na forma em que procedeu a polícia, visto que a lei prevê que a autoridade policial deve, ao instaurar o Inquérito Policial para apurar possível prática delitiva, determinar diligências visando ao esclarecimento dos fatos descritos<sup>115</sup>. Não há, nos autos, qualquer registro de que haja a polícia executado qualquer diligência nesse sentido (considerada a obrigatoriedade de, como já tratado, promover o esgotamento de outros meios de prova possíveis antes de se proceder à quebra de sigilo). Aduziu que os fins não podem justificar os meios, devendo ser necessariamente respeitados os limites da medida.

Quanto à decisão do juiz singular, essa não apontou claramente a necessidade de afastamento do direito (à intimidade e à privacidade) nem a imprescindibilidade da medida. Em tempo, tampouco foram demonstrados elementos essenciais indiciários mínimos, nem foi respeitada a proporcionalidade quando da decretação da medida, que acaba por ter seu caráter excepcional desconfigurado. Obviamente, tais condutas foram inconstitucionais e ultrapassaram os já referidos limites da medida e respectivo âmbito de legitimidade.

## 2.2.2 Ilícitude das provas decorrentes da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico

Nesse tópico, nos cumpre delinear os fundamentos apontados pelo relator para, após o reconhecimento da nulidade das quebras de sigilo e das interceptações telefônicas, declarar nulas também as provas decorrentes dessa restrição indevida aos direitos à intimidade e privacidade do paciente.

O relator, a respeito do tema, traz novamente à baila o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República<sup>116</sup>, que proíbe a utilização de provas ilícitas nos processos judiciais.

---

<sup>114</sup> LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

<sup>115</sup> Não é mencionado no voto dispositivo legal específico.

<sup>116</sup> LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

É utilizada pelo magistrado, nesse ponto, importante lição de Luiz Francisco Torquato Avolio, conceituando a prova ilícita, no livro *Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas (sic)*. A prova ilícita, de acordo com o texto, é aquela obtida com desrespeito a normas ou princípios constitucionais ou legais, normalmente protetores das liberdades públicas e dos direitos da personalidade (especialmente à intimidade).

Lembrou o ministro que todos os deferimentos de quebra de sigilo, tanto os originais quanto, conseqüentemente, os subsequentes, acabaram por macular qualquer elemento probatório deles derivado. Visto que tais decisões se mostraram dignas de nulidade, não haveria sequer necessidade de discutir a validade das provas que se obteve a partir delas (estendendo-se tal efeito às medidas tomadas no processo 2007.37.00.010617-8, pois também derivadas das quebras de sigilo originais). Por serem consideradas desdobramentos, frutos da árvore envenenada (de acordo com a teoria homônima, admitida pelo parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal<sup>117</sup>), não podem ser vistas de outra forma que não sob o prisma das nulidades.

Nesse mesmo sentido, conforme o magistrado, se coloca a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>118</sup> e do Superior Tribunal de Justiça<sup>119</sup>. Sendo determinada medida considerada ilícita, todas as provas daí decorrentes devem ser desentranhadas, com o objetivo de descontaminar os autos, de acordo com a teoria já referida dos frutos da árvore envenenada.

Essa idéia, de acordo com o relator, está relacionada com as chamadas *exclusionary rules*, devendo qualquer prova ilícita ser excluída dos autos, visto que, de acordo com os artigos 5º, LVI, da Constituição da República<sup>120</sup> e 157 do Código de Processo Penal<sup>121</sup>, sequer poderia ter ingressado nos autos qualquer dessas evidências. Por essa razão, novamente, quaisquer outras provas derivadas da quebra de sigilo em questão devem também ser desentranhadas (o que deve ser

---

<sup>117</sup> § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

<sup>118</sup> HC 69.912, Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno.

<sup>119</sup> HC 100.879/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma e HC 107.285/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma.

<sup>120</sup> LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

<sup>121</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

procedido pelo juiz do caso, pois não seria possível medir essa extensão na via do *habeas corpus*). O contrário, refere o magistrado ao citar Celso de Mello, no RHC 90.376-3, ofenderia o princípio constitucional do devido processo legal.

Dessa maneira, conclui o magistrado, de acordo com o Ministro Ilmar Galvão na Ação Penal 307-3/DF<sup>122</sup>, para se ter um processo justo e condizente com o estado democrático de direito e as garantias fundamentais dos indivíduos, não se pode permitir que a prova ilícita venha a formar convencimento do juiz. Tal prova deve ser desprezada, ainda que em prejuízo à apuração da verdade, pois o interesse do Estado na eficaz repressão dos delitos não pode ser maior do que o respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente estatuídos.

---

<sup>122</sup> DJ 13/10/1995. O ministro não fez menção ao demais dados do processo, e a consulta junto à seção de acompanhamento processual do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.jus.br/](http://www.stf.jus.br/)) não retornou resultado correspondente.

### **3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CASE E DA CULTURA JUDICIAL BRASILEIRA**

Nesse capítulo pretendemos fazer uma crítica a alguns pontos do caso que vínhamos analisando, em especial com relação aos posicionamentos adotados pelo juiz federal. A partir disso, nos será permitido, também, tecer alguns comentários acerca da cultura dos juízes com relação ao tema das interceptações telefônicas e, em última instância, ao direito penal e processual penal.

Veremos que, apesar de possuímos em nosso país um sistema processual penal, em tese, acusatório, a cultura judiciária (certamente não da totalidade dos magistrados, mas presente em grande volume dentro da magistratura) acaba por desviar esse viés para o lado inquisitorial.

#### **3.1 Apontamentos críticos ao case**

Após analisarmos os pressupostos e limites legais e constitucionais que cercam o instituto da interceptação telefônica, expusemos o caso objeto de estudo dessa monografia. Nesse momento, portanto, nos cumpre realizar um cotejo entre o case (em especial quanto aos argumentos exarados pelo juiz federal com relação à quebra de sigilo telefônico) e a conformação legal-constitucional da medida.

##### **3.1.1 Ausência de *periculum in mora* e *fumus comissi delicti***

Conforme já vimos, são requisitos para o deferimento de medida de interceptação telefônica o *fumus comissi delicti* (*fumus boni juris*) e o *periculum in mora*. Encontramos essa inteligência na Lei 9.296/96, artigo 2º, incisos I<sup>123</sup>, que exige indícios de autoria ou participação em infração penal (*fumus comissi delicti*), e II<sup>124</sup>, que refere que não deve existir outro meio para obtenção da prova, evidenciando, juntamente com o artigo 4º<sup>125</sup> (que expõe a exigência de necessidade da medida), o requisito do *periculum in mora*.

Durante o exame do *habeas corpus* 191.378 – DF, foi possível perceber que o magistrado singular utilizou como única evidência a basear sua decisão de deferir a quebra de sigilo telefônico dos investigados o relatório do COAF. Tampouco houve demonstração de qualquer tentativa de obter provas no inquérito policial por outros meios antes de ser formulado o requerimento de realização de interceptação telefônica, ou nem mesmo justificativa acerca da impossibilidade de o fazer.

Em primeiro lugar, convém reforçarmos um ponto que já enfatizamos no segundo capítulo, consistente em argumento utilizado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior em seu voto para justificar a nulidade da decisão de deferimento da quebra de sigilo telefônico. Ocorre que, de acordo com o ministro, o próprio relatório do COAF explicita que as movimentações financeiras atípicas descritas não são necessariamente consideradas ilícitas, servindo esse relatório apenas para subsidiar eventuais investigações.

Assim, deixou o juiz de observar adequadamente os requisitos da imprescindibilidade da medida e impossibilidade de realizar a prova por outro meio, bem como da existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em delito. Essa decisão ainda foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, tendo, após, sido corretamente retificada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Observando-se ensinamento de Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco, percebemos que de fato não foi demonstrado que a medida era realmente adequada ao fim que se pretendia. Não foi evidenciado que não havia

---

<sup>123</sup> Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

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

<sup>124</sup> II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

<sup>125</sup> Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

meio menos construtivo para chegar à prova e tampouco que a providência era indispensável, que conduzia a algo, ficando aquém da proporcionalidade exigida<sup>126</sup>.

A exigência da indispensabilidade da interceptação telefônica, aliás, é um dos pontos mais violados da lei. Ao invés de meio subsidiário de prova, acaba por ser tomado como primeiro recurso da investigação<sup>127</sup>.

Nesse sentido, se faz interessante recorrer às lições de Guilherme de Souza Nucci para constatar que ocorreu no caso (situação que teve origem quando da apreciação da matéria pelo juiz federal e perdurou no momento da apreciação do *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal) o que acaba por suceder de maneira comum e cotidiana no Poder Judiciário, isto é, permitir que uma investigação se inicie pela quebra de sigilo. Essa, entretanto, apenas deve ser procedida quando houverem de fato indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, existindo elementos minimamente sólidos para tanto<sup>128</sup>. Claramente, não foi o que aconteceu no caso analisado nessa monografia, tendo o juiz singular adotado essa mesma prática descrita por Nucci.

Essas verdadeiras violações aos direitos à intimidade e privacidade do investigado foram identificadas e corrigidas pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme já expusemos no segundo capítulo desse trabalho.

### 3.1.2 Inexistência de fundamentação adequada para deferir a quebra de sigilo telefônico

Antes de tudo, nos cumpre referir que essa seção tem uma correlação e, em certa medida, se confunde com a anterior. Por óbvio, havendo faltado a demonstração efetiva do *fumus commissi delicti* e do *periculum in mora* por parte do

---

<sup>126</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 386.

<sup>127</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 95.

<sup>128</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1131-1132.

juiz ao deferir a interceptação telefônica, é forçoso concluir que não houve fundamentação adequada. No entanto, nossa pretensão, nesse momento, é tecer comentários acerca de alguns argumentos utilizados pelo magistrado para deferir a medida.

Constatamos, no primeiro capítulo dessa monografia, que a Lei 9.296/96, no seu artigo 5º<sup>129</sup>, estabelece a obrigatoriedade de fundamentação, sob pena de nulidade, da decisão que autoriza interceptação telefônica. Também o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República<sup>130</sup>, dispõe nesse mesmo sentido.

Ao avaliar o caso por ocasião do *habeas corpus* 191.378 – DF, o Ministro Sebastião Reis Júnior afirmou que a motivação da decisão do juiz federal foi totalmente subjetiva, não contendo quaisquer elementos concretos. Citou, assim, alguns dos argumentos utilizados pelo magistrado singular para deferir a quebra de sigilo, tais como o impacto socioeconômico que o suposto delito investigado causaria (denotando a gravidade do caso), a complexidade do caso, o fato de que experiência ensinaria que movimentações financeiras dessa monta, em espécie, apontaria para a existência de crime e o fato de as operações financeiras terem sido procedidas em período pré-eleitoral (sendo que alguns investigados alegadamente possuiriam interesses políticos).

De fato, foi demasiado subjetiva a fundamentação dada pelo juiz federal. Entretanto, nos cabe fazer uma ressalva com relação ao disposto pelo Ministro Sebastião Reis Júnior. Isso porque, ao examinarmos, no primeiro capítulo, o critério da proporcionalidade, pudemos perceber que a gravidade do delito, no caso das interceptações telefônicas, não é questão irrelevante, como sustenta o ministro.

Como já colocou Lenio Luiz Streck, a excessiva abrangência da Lei 9.296/96, ao incluir como foco da medida qualquer delito punível com reclusão, acaba por ferir o princípio da proporcionalidade. Portanto, somente diante de excepcional gravidade de determinado delito é que deve ser deferida a medida de quebra de sigilo telefônico.

---

<sup>129</sup> Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

<sup>130</sup> IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Segundo o autor, ao lembrar Antonio Gomes Filho, é cristalino que a Lei 9.296/96 ampliou o conceito contido no inciso XII do artigo 5º da Constituição da República<sup>131</sup>, em grave ofensa à intimidade do indivíduo, garantida pela própria Carta Magna. Isso evidencia o abismo que existe entre o sistema processual penal garantista previsto na Carta Republicana e o que de fato ocorre na legislação brasileira<sup>132</sup>.

De qualquer maneira, apenas expusemos uma discordância com relação aos argumentos utilizados pelo ministro relator. Outrossim, conforme já enfatizamos, efetivamente foi subjetiva a decisão do magistrado singular, que não calcou sua motivação em elementos objetivos, que de fato pudessem ser valorados e servir como substância para o *decisum*.

Primeiramente, frisamos que, ainda que houvesse um conjunto de elementos com a robustez necessária à autorização de interceptação telefônica (o que, como já vimos, não ocorreu), seria necessária a fundamentação do juiz com relação aos indícios suficientes, não bastando a colocação de suposições ou meras suspeitas<sup>133</sup>.

Com efeito, se exige que a fundamentação seja a mais completa possível, abordando todos os elementos fáticos (pertinentes à discussão objeto do pleito) que porventura existam, levados perante o juiz, e relacionando-os à esfera jurídica<sup>134</sup>. Ora, certamente não se viu, no caso objeto dessa monografia, a indicação de reais elementos fáticos relacionados ao âmbito jurídico (o que não causa surpresa, visto que efetivamente não há, conforme já demonstrado, lastro que suporte a medida de interceptação telefônica). Ainda assim, optou o julgador singular por deferir a providência pleiteada em desfavor dos investigados, exarando fundamentação desprovida de dados concretos e objetivos.

Há outro ponto que ora convém ser analisado. Conforme acertadamente referiu o Ministro Sebastião Reis Júnior, todas as decisões que deferiram quebras de

<sup>131</sup> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

<sup>132</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 59-60.

<sup>133</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 91.

<sup>134</sup> FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 36-37.

sigilo (como já afirmamos, idênticas) fizeram menção ao parágrafo 4º do artigo primeiro da Lei Complementar nº 105/2001, incisos VII e VIII<sup>135</sup>, sem, entretanto, realmente explorar a eventual aplicação legal ao caso. Embora essa lei diga respeito às quebras de sigilo fiscal e bancário, vale ilustrar mais esse aspecto falho na motivação judicial do ato decisório.

Também percebemos, apesar de isso não ter sido apontado pelo relator do *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que as decisões deferindo a quebra de sigilo aludem vagamente à necessidade e indispensabilidade da providência, mas, da mesma maneira, não desenvolvem esse raciocínio.

Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel afirmam que “*a mera repetição de termos legais não significa fundamentação*”. Assim, não basta o juiz afirmar que a medida é imprescindível, mas deve demonstrar essa imprescindibilidade por meio de sólidos argumentos. Infelizmente, porém, não é incomum encontrarmos decisões judiciais apenas reproduzindo a literalidade de lei<sup>136</sup>.

Foi o que ocorreu no caso que examinamos. Conforme já repisamos algumas vezes, não houve no *case* efetiva demonstração, por parte do juiz monocrático, de elementos autorizadores da interceptação telefônica, apenas conjecturas.

### 3.1.3 Excesso de duração da interceptação telefônica e irregularidades referentes às renovações da medida

---

<sup>135</sup> § 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

<sup>136</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296*, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 154.

Já vimos que o prazo máximo de duração de interceptação telefônica é de quinze dias, renovável pelo mesmo prazo, quando ainda presentes os requisitos autorizadores da medida, conforme disciplina o artigo 5º da Lei 9.296/96<sup>137</sup>.

De acordo com o que colocamos no primeiro capítulo, percebemos que a doutrina admite que haja mais de uma renovação da medida, devendo-se atentar aos critérios da proporcionalidade para que não se caracterize uma restrição demasiada à intimidade e privacidade do indivíduo sob investigação. Entretanto, não houve observância desse aforismo no caso que analisamos, o que gerou uma duração excessiva da quebra de sigilo telefônico dos investigados em inquérito policial.

O Ministro Sebastião Reis Júnior relatou que as interceptações foram prorrogadas dezoito vezes, tendo perdurado por cerca de dez meses.

Em primeiro lugar, não nos esqueçamos que, conforme já expusemos, sequer havia elementos para o deferimento das interceptações telefônicas originais, razão pela qual todas as prorrogações subsequentes deveriam, junto com as primeiras, ser reputadas nulas. Entretanto, pretendemos tecer outros comentários sobre a matéria.

Sabemos que a provisoriedade é uma regra da quebra de sigilo telefônico, para que não se restrinja um direito fundamental indefinidamente. Isso significa dizer que o juiz não pode permitir que a interceptação telefônica se dê de maneira duradoura no plano fático (apesar de provisória de direito)<sup>138</sup>.

Se nos voltarmos para o número de vezes que a medida foi renovada, bem como o tempo que permaneceu em vigor, não nos restará dúvida de que a interceptação adquiriu um caráter duradouro. Não é crível que se tenha por provisória uma situação que se mantenha por dez meses (tendo a providência sido prorrogada por dezoito vezes), especialmente quando o que está em jogo são direitos e garantias fundamentais.

É certo, em tempo, que existem diversas posições doutrinárias no que diz respeito ao prazo máximo de duração da quebra de sigilo telefônico, alguns autores

---

<sup>137</sup> Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

<sup>138</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 26-27.

dizendo que a medida apenas poderia ser renovada uma vez, outros atribuindo a ele maior amplitude<sup>139</sup>. Entretanto, a primeira opção (que já destacamos no primeiro capítulo da monografia) nos parece adequada, visto que a Lei 9.296/96 utiliza, no artigo 5º<sup>140</sup>, a expressão “renovável por igual tempo”, e não “renováveis por iguais tempos”.

Ainda que assim não fosse, certamente não poderíamos ter, por força de lei infraconstitucional, medida que dure por mais tempo do que duraria durante um estado de defesa, estatuído na Constituição da República, consistindo na maior restrição a direitos fundamentais possível. Assim, não poderia, sob hipótese alguma, uma quebra de sigilo telefônico permanecer por mais de sessenta dias (de acordo com o prazo constitucional do estado de defesa, trinta dias renováveis por mais trinta)<sup>141</sup>.

Patente, portanto, que o tempo de duração das medidas, no caso em comento, ultrapassou em muito o prazo adequado para a permanência da interceptação (tendo permanecido por dez meses), havendo o juiz singular e o Tribunal Regional Federal da Primeira Região permitido franca violação aos direitos individuais dos investigados.

### 3.2 Comentários acerca do modelo processual penal brasileiro

Até agora, analisamos alguns pontos do *case*, somando-se a essa análise também os apontamentos realizados pelo Ministro Sebastião Reis Júnior acerca da decisão proferida pelo juiz singular e mantida pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Nesse momento, cumpre-nos tecer alguns comentários, também

---

<sup>139</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296*, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 157-158.

<sup>140</sup> Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

<sup>141</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 40-42.

com suporte em exegese doutrinária, acerca do que pudemos identificar como elementos da cultura judicial brasileira.

Veremos que, apesar de possuímos um modelo processual penal acusatório e baseado em um sistema de garantias, nos deparamos, na verdade, com uma realidade distinta, permeada por orientações inquisitoriais que atentam contra os direitos fundamentais dos indivíduos. Entretanto, perceberemos a importância de se observar as diretrizes do processo acusatório e o correlato garantismo penal e processual penal, como meios de se fazer respeitar os direitos fundamentais do indivíduo.

### 3.2.1 Cultura inquisitorial dos juízes

Nesse momento, nos interessamos em demonstrar como o fenômeno inquisitorial acaba por permear a visão de parte do judiciário, levando juízes a virarem as costas ao sistema acusatório e garantista adotado pela Constituição e adotarem uma postura repressiva ou punitivista com relação ao investigado ou acusado em um processo criminal. Porém, antes de refletirmos acerca da maneira como o modelo inquisitório se relaciona com o pensamento dos magistrados da atualidade, urge que contextualizemos as características do processo penal inquisitorial.

No modelo inquisitório, o juiz aglutina as funções de julgar a causa e de exercer a acusação, atuando como parte (além de investigar e dirigir o processo) e abandonando a posição de árbitro imparcial. O réu, por sua vez, perde a condição de sujeito processual para ser objeto, passando o julgador a atuar de ofício e recolher todo o material que formará seu convencimento. O acusado, como se fosse uma testemunha, deve declarar a verdade sob coação, tendo o juiz liberdade completa para intervir e recolher as provas que bem desejar. O processo é usualmente escrito, secreto e sem contraditório. Existe um sistema legal de valoração da prova (um sistema tarifário a prova), não havendo o instituto da coisa

julgada e sendo a prisão do acusado durante o processo uma regra<sup>142</sup>. Ainda, como o juiz atua durante a fase investigativa, o processo se inicia com a notícia criminal, e não somente após o momento da denúncia<sup>143</sup>.

Também são características do aparato repressivo inquisitorial a ausência de ampla defesa e a inversão da presunção de inocência. É dizer, a insuficiência ou dúvida probatória não acarretam absolvição, mas servem como ensejo de semiculpa e conseqüente semicondenação. O convencimento não é formado a partir da prova do processo; a prova é que serve para confirmar o acerto na imputação formulada pelo juiz. Nesse quadro, o magistrado assume inclinação paranoica e policialesca, uma vez que, sendo o acusado o grande detentor da verdade, tudo se torna aceitável para fazê-lo revelar “o que sabe”<sup>144</sup>.

Obviamente, a partir de ideias que defendiam a importância de garantias para os indivíduos, chegamos, hoje, a um Estado que possui uma Constituição contendo direitos fundamentais e limites à atuação daquele dentro da esfera dos cidadãos. Entretanto, possuir uma carta de direitos não significa, necessariamente, que se terá uma concreta justiça, pois essas garantias serão interpretadas conforme o pensamento filosófico ou político que permeia esse Estado<sup>145</sup>.

Nesse sentido, adverte Salo de Carvalho que, apesar de termos um programa de intervenção estatal limitada, voltada a proteger os direitos individuais contra os poderes irracionais, esse sistema acaba sendo falho. Isso porque, de maneira implícita, o axioma acaba por permitir que sejam violados direitos fundamentais<sup>146</sup>.

Assim, podemos entender a razão pela qual essa tendência punitivista tem se apoderado do ideário judicial. Ocorre que, nos últimos anos, vieram à tona, mais do que nunca, alguns fenômenos como o terrorismo e o crime organizado, que acabaram gerando ideias de ineficácia do direito penal. Como consequência, passou-se a imaginar um processo penal com menos garantias, um direito penal do inimigo, que passa a ser afastado da esfera do cidadão<sup>147</sup>.

---

<sup>142</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. p. 61.

<sup>143</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 9.

<sup>144</sup> CARVALHO, Salo de. *Anti Manual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 60-61.

<sup>145</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24-26.

<sup>146</sup> CARVALHO, Salo de. *Anti Manual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 69.

<sup>147</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69-70.

Ressaltamos que a mídia também incorpora essas ideias, veiculando notícias como a que colacionamos trecho a seguir:

Dupla interpretação – Em Brasília, os operadores do Direito – advogados, ministros e juízes – tentam digerir a polêmica decisão do Superior Tribunal de Justiça de anular as provas da Operação Boi Barrica (posteriormente Operação Faktor), que enquadrou o empresário Fernando Sarney nos crimes de formação de quadrilha, gestão de instituição financeira irregular, lavagem de dinheiro e falsidade ideológica.

A surpresa do momento é a celeridade com que a 6ª Turma do STJ anulou as provas obtidas pela Polícia Federal, que poderiam levar o filho do senador José Sarney à prisão, caso o Brasil fosse um país minimamente sério. Nos últimos dias, muito se comentou em Brasília sobre o assunto, tendo como referência o tempo da decisão sobre outras operações policiais, também sob o manto do STJ. Relator do processo contra a Operação Boi Barrica, o ministro Sebastião Reis Júnior precisou de apenas seis dias para estudar um cipoal de alegações da defesa de Fernando Sarney e elaborar um voto de 54 páginas, no qual decidiu pela ilegalidade das provas obtidas com a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico dos investigados. Para piorar, o processo contra a Boi Barrica foi julgado em apenas uma sessão, sem qualquer dúvida ou discordância por parte dos três ministros que participaram do julgamento<sup>148</sup>.

Patente o viés punitivista (próprio do sistema inquisitório) deflagrado no texto, em discurso que se alinha ao posicionamento demonstrado pelo juiz monocrático percebido durante a exposição do case de estudo. Percebemos essa orientação, por exemplo, na crítica realizada pelo colunista<sup>149</sup> no sentido de que, caso o Brasil fosse um “país sério”, teria havido a condenação de um dos investigados na operação (Fernando Sarney), quando, na verdade, tudo o que a decisão que declarou a nulidade das quebras de sigilo fez foi cumprir o desiderato constitucional de proteção aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, podemos perceber uma reação simbólica por parte do legislador, que tenta utilizar instrumentos repressivos para combater a criminalidade, embora sabendo que esse aparato não se faz apto para tanto. Consequentemente, o imaginário social e dos juristas mergulha nesse discurso criminológico (de significados tranquilizadores) que se olvida de ponderar a razão pela qual alguns

<sup>148</sup> STJ anulou provas contra Fernando Sarney, mas autorizou a quebra de sigilo da Caixa de Pandora. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://lucho.info/?p=46259>>. Acesso em: 27 de novembro de 2011.

<sup>149</sup> Não identificado no texto.

comportamentos são tidos como desviantes e outros não, impedindo uma reflexão adequada de nossa realidade sociopolítica<sup>150</sup>.

Ora, podemos perceber que essa espécie de direito penal acaba por se direcionar não à culpabilidade, mas à periculosidade (desaparecendo a diferença entre penas e medidas de segurança). É um direito penal de guerra, mesmo quando a situação não requiere isso, que gera penas desproporcionais e desconsidera garantias penais e processuais. É, sobretudo, um direito penal inconstitucional, consistindo ele mesmo em uma manifestação delituosa por essa inconstitucionalidade<sup>151</sup>.

Apenas e título de ilustração, recordemos o argumento utilizado pelo juiz federal do caso analisado nessa monografia, asseverando que a experiência mostra que movimentações financeiras de grandes montantes em dinheiro “vivo” estão, via de regra, ligadas a crime. Ora, deferir uma medida de tamanha restrição a direitos individuais com esse fundamento significa, de fato, atentar à periculosidade, ignorando a culpabilidade (pois ausentes quaisquer indícios concretos de prática criminosa por parte dos investigados) e violando garantias fundamentais.

Nesse diapasão, Geraldo Prado ensina que devem ser colocados limites ao discurso que retira do juiz a imparcialidade e o coloca como ferramenta de suporte às políticas de controle de criminalidade. Expandindo as limitações da atuação estatal na esfera do cidadão, são causados danos, por vezes irreversíveis, aos direitos fundamentais dos indivíduos, sob justificativa calcada em desvio de interpretação da Carta Magna. O juiz se olvida de sua função constitucional de conduzir o feito imparcialmente e decidir motivadamente a partir de elementos trazidos pelas partes, passando a enxergar a missão de auxiliar o Poder Executivo no desiderato de assegurar a segurança da população<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30-32.

<sup>151</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

<sup>152</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 43.

Assim, se coloca o magistrado, na prática, como parte no processo. Isso não é incomum e, conforme já colocamos, tem como gerador o sentimento de insegurança criado pela crise que vemos nas grandes cidades<sup>153</sup>.

Dessa maneira, denotamos que esse discurso de ordem, baseado no pânico social, violando direitos fundamentais, não pode subsistir. Especificamente com relação à Lei 9.296/96, à qual dispensamos especial atenção nesse trabalho, não se pode tê-la como o instrumento entregue às autoridades públicas para que possam, assim, melhor “combater” a criminalidade<sup>154</sup>.

Entretanto, conforme já delineamos brevemente, esse não parece ser entendimento pacífico entre os julgadores. Analisando o *case* objeto dessa monografia, percebemos que o juiz federal que deferiu as interceptações telefônicas, sem elementos que justificassem sua decisão, solapou direitos individuais dos investigados no inquérito policial, a exemplo do que ocorre com uma grande parcela da magistratura atualmente.

A respeito, discursa Eugenio Raúl Zaffaroni, no sentido de que generosamente se defere a quebra de sigilo telefônico e outras comunicações, de modo que a privacidade e a intimidade restam seriamente comprometidas<sup>155</sup>.

De fato, o número de interceptações que temos no Brasil é exorbitante. De acordo com Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel, apenas no ano de 2007 foram autorizadas quatrocentas e nove mil (409.000) interceptações telefônicas, totalizando uma média de mil e duzentas (1.200) por dia. Isso é consequência da facilidade com que se autoriza as medidas, que deixam de ter caráter subsidiário, ocasionando semelhante situação de descontrole<sup>156</sup>.

Outro exemplo reside na questão das provas ilícitas por derivação. É sabido que os vícios de determinado ato acabam por contaminar todas as provas dele derivadas. Porém, os tribunais tratam do assunto de forma demasiado tímida, restringindo o nexos causal e, conseqüentemente, o alcance da contaminação, de

---

<sup>153</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 44.

<sup>154</sup> STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 27-28.

<sup>155</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Seditiosos*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 45-67, 1996. p. 61.

<sup>156</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 95.

modo a tornar lícitas provas que estão eivadas de ilicitude<sup>157</sup>. Em tempo, façamos justiça ao ministro relator do caso que analisamos nesse trabalho, que decidiu acertadamente quanto às provas ilícitas por derivação, em decisão exemplar.

Tratando especificamente das interceptações telefônicas, podemos concluir que a culpa pelos abusos que vêm sendo cometidos não pode ser atribuída ao legislador (ou ao menos não somente a ele), que indubitavelmente colocou limites ao instituto (apesar de a lei conter alguns pontos questionáveis). O que ocorre (e efetivamente ocorreu na decisão do juiz monocrático por nós estudada) é o alinhamento de inúmeros magistrados, em todas as instâncias, nas fileiras da luta pela manutenção da batalha étnica ou socioeconômica (contra ricos ou pobres). Assim, ao invés de proteger as garantias individuais, o Poder Judiciário acaba por colocar os cidadãos no alvo do repressivismo estatal<sup>158</sup>.

Amilton Bueno de Carvalho vai ainda mais longe, utilizando o exemplo da presença de advogado de defesa no interrogatório. Segundo o autor e magistrado (o que acaba por atribuir ainda mais valor ao seu ensinamento, vez que é exatamente à magistratura que é dirigida sua crítica), todo juiz sabe da importância e indispensabilidade do defensor no interrogatório. Ainda assim, muitos sustentam entendimento oposto, se caracterizando como inquisidores, em especial com relação aos indivíduos marginalizados, aos “outros”, que não pertencem à classe mais privilegiada<sup>159</sup>.

Vale esclarecer uma questão acerca da presença tanto de elementos inquisitórios quanto acusatórios em um mesmo modelo processual penal, como, obviamente, é o caso brasileiro. Antônio Tovo Loureiro adverte para a impropriedade de se utilizar a denominação “sistema misto”, eis que todo sistema será misto, sendo impossível haver um modelo puro. De outra banda, ainda que possuindo elementos próprios inquisitoriais e acusatórios, sempre haverá um princípio informador que determinará a natureza essencial do sistema. Dizer que o modelo é misto significa

---

<sup>157</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. p. 554-555.

<sup>158</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 96-97.

<sup>159</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Reformas Penais em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48-49.

mascarar a verdadeira natureza do nosso processo penal, que é inquisitório e de alta carga punitiva<sup>160</sup>.

Para concluir, lançamos mão de importante lição de Eugenio Raúl Zaffaroni, professando que, na esfera jurídico penal, há um grande retrocesso do direito penal liberal a partir da intervenção estatal punitiva, estribada em um conceito ilimitado e falso. Isso acaba redundando no restabelecimento do direito penal autoritário ou inquisitorial, em grave prejuízo das garantias constitucionalmente estatuídas<sup>161</sup>.

### 3.2.2 Sistema acusatório e importância do garantismo penal

Nesse momento, analisaremos o modelo acusatório de processo penal, sistema colocado pela Constituição da República que se presta a orientar um processo justo e com observância das garantias fundamentais do indivíduo. Após, examinaremos a importância do garantismo no processo penal brasileiro como fonte de respeito aos direitos fundamentais, além da forma como se manifesta em determinadas situações.

#### 3.2.2.1 Sistema acusatório

A exemplo de como procedemos quando tratamos do sistema processual penal inquisitório, nos cumpre traçar, agora, uma breve descrição do sistema acusatório.

---

<sup>160</sup> LOUREIRO, Antônio Tovo. *Nulidades & Limitação do Poder de Punir: Análise de Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7-9.

<sup>161</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 45-67, 1996. p. 63.

Para diferenciarmos os modelos de processo penal (como o inquisitorial ou o acusatório), é fundamental que atentemos à conformação da gestão de prova. Enquanto no modelo inquisitório há uma concentração de poder nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado um objeto do processo, detentor da verdade do crime (que deverá prestar contas ao juiz), o acusatório se pauta na separação dos sujeitos processuais. Nesse sistema, o momento de fala do juiz é na sentença, enquanto o processo será marcado pelo debate, em paridade de armas e igualdade, entre a defesa e a acusação, que produzirão as provas do processo enquanto o magistrado assiste. A decisão, por ser o momento em que o julgador se manifesta (dialogando com o réu, a defesa, a vítima, a acusação e a sociedade), deve ser sempre amplamente fundamentada<sup>162</sup>.

Importante ressaltar que, com o advento da separação das funções de acusação, investigação e julgamento, o processo, propriamente dito, apenas teria início com o oferecimento da denúncia<sup>163</sup>.

Mister referir que, no sistema acusatório contemporâneo, o procedimento é predominantemente oral e plenamente público (com pequenas exceções), havendo garantia do contraditório e inexistindo um sistema tarifário de provas, devendo o magistrado ser imparcial e decidir pelo livre convencimento motivado. É garantida a possibilidade de se impugnar as decisões (duplo grau de jurisdição), havendo, ao fim, a ocorrência da coisa julgada<sup>164</sup>.

De plano, podemos destacar algumas condutas do juiz singular (do caso escolhido para análise nessa monografia) que fugiram totalmente ao modelo acusatório. O juiz invadiu demasiadamente a esfera dos investigados sem a devida justificativa para tanto (comportamento inquisitorial, pois objetivando alcançar a verdade do investigado a qualquer custo), carecendo de indícios de autoria e prova de materialidade suficientes (pois o feito se encontrava em fase inquisitorial e ainda sem qualquer investigação realizada), violando, ainda, o dever de motivação da decisão, pois forneceu somente elementos subjetivos e insuficientes à interceptação

---

<sup>162</sup> CARVALHO, Salo de. *Anti Manual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75-76.

<sup>163</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 9.

<sup>164</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. p. 58.

telefônica. Não nos olvidemos que, para que possa ter feito tudo isso, não tomou conhecimento de seu dever de imparcialidade.

Cabe destacar um problema ainda hoje existente, que prejudica o caráter acusatório do processo, se funda na defesa do princípio da verdade real. Esse acaba por legitimar uma intromissão demasiada por parte do juiz na produção da prova, muitas vezes utilizado para justificar a atuação do magistrado como acusador (Ministério Público). Aqui, apenas uma leitura constitucional poderia resolver o problema, trazendo-se à baila o princípio do juiz natural com sua consequente imparcialidade. Somente dessa maneira, não havendo a possibilidade de o juiz fazer as vezes do Ministério Público (com a incumbência de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado), poderá ser atingida a igualdade das partes<sup>165</sup>.

É imprescindível colocar que a Constituição da República não prevê expressamente a adoção do modelo acusatório. Contudo, interpretação sistemática constitucional não deixa dúvidas de que realmente é esse o sistema a ser adotado. O valor democrático constitucional atribui grande valor à dignidade da pessoa humana, que é um pressuposto basilar do sistema acusatório. Existem, ainda, muitas outras diretrizes comuns entre nossa Constituição e esse modelo, consistentes, boa parte, em garantias fundamentais (contraditório e ampla defesa, devido processo legal, presunção de inocência, publicidade e fundamentação das decisões judiciais)<sup>166</sup>.

Nesse sentido, temos um modelo constitucional acusatório, que acaba entrando em conflito com um Código de Processo Penal inquisitório. De fato, inúmeros dispositivos de nosso diploma processual penal são de natureza inquisitorial. Não há outra saída, portanto, se não considerar substancialmente inconstitucionais algumas disposições presentes no Código de Processo Penal, como a já mencionada permissão ao juiz de gerir a prova (que se encontra, inclusive, na Lei 9.296/96, com a permissão da interceptação *ex officio*), além de outras<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 10-11.

<sup>166</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. p. 176.

<sup>167</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. p. 176-177.

Geraldo Prado, referindo-se à interpretação da Lei 9.296/96, ao atentar para a necessidade de se utilizar a metódica constitucional para fazer a leitura legislativa, acaba por nos trazer lição que não pode ser olvidada ao submeter-se uma lei ao prisma da Constituição. De acordo com o autor, essa metódica constitucional não significa proceder à mera subsunção da norma ao correspondente artigo da Carta Magna, mas sim ao conjunto sistemático dessa<sup>168</sup>.

Por último, convém recordar o que já colocamos anteriormente acerca da impropriedade de se classificar sistemas como mistos. Certamente, nenhum sistema será puro, de onde se extrai que todos serão mistos. Ainda, sempre haverá um princípio informador que identificará a essência do modelo<sup>169</sup>.

Frisamos que foi colocado aqui o modelo eleito pela constituição para dirigir as regras do processo penal brasileiro. Entretanto, consoante já repisamos, o que acaba se vendo na prática em boa parte dos casos (tanto por parte do legislador quanto do julgador) é a consagração de ideais inquisitórios, que pudemos bem observar durante o exame do caso por nós estudado.

### 3.2.2.2 *Importância e aspectos do garantismo penal*

Atualmente, encontramos, nas democracias liberais, cartas constitucionais declarando direitos bem semelhantes. Na Constituição da República Federativa do Brasil, percebemos bastante ênfase às garantias individuais no direito penal e processual penal. Assim, a persecução penal usualmente colide com o escudo colocado à frente dos direitos da personalidade (que, entre outros, abrangem o direito à intimidade, largamente trabalhado nessa monografia)<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 75.

<sup>169</sup> LOUREIRO, Antônio Tovo. *Nulidades & Limitação do Poder de Punir: Análise de Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7.

<sup>170</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21.

Nesse diapasão, temos que a função de garantia dos direitos e liberdades é uma das principais funções constitucionais. Foi assim que se retirou da mercê do soberano (estado) a titularidade e exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos. Isso porque, como lei superior, a Constituição subordina e vincula a ela os titulares do poder, realizando o desiderato próprio de uma lei fundamental, que é exatamente limitar esse poder<sup>171</sup>.

Em consequência, essa consagração constitucional dos direitos e garantias fundamentais, obviamente, os coloca em hierarquia superior à alçada do legislador ordinário e ao administrador público. Por isso, é possível ser remetida determinada regulamentação à legislação infraconstitucional, mas essa não poderá devassar o que está estatuído na Constituição<sup>172</sup>.

É imprescindível que se diga, antes de prosseguirmos no tema, que o garantismo processual não se resume em um conjunto de garantias colocadas em proteção ao réu no processo penal. Na verdade, a natureza do garantismo constitui um tipo de conhecimento jurídico, uma maneira de compreender o Direito. Assim, as decisões judiciais (especialmente em matéria penal), devem demonstrar e se fundar em vasto conhecimento da matéria decidida e ampla fundamentação jurídica<sup>173</sup>.

Visto isso, destacamos o papel do magistrado de garantir o respeito às garantias fundamentais do cidadão colocado na linha de fogo do Estado. Nesse sentido, os juízes têm a importante função de representar o órgão concretizador dos direitos fundamentais dos indivíduos, que é o Poder Judiciário. Entretanto, o que muitas vezes ocorre é o alinhamento desses magistrados ao ideário de punitivismo e guerra étnica e socioeconômica<sup>174</sup>, conforme depreendemos do case que analisamos.

Seguindo em frente, trazemos Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, acerca dos direitos contidos no devido processo legal. De acordo com os autores, o devido processo legal, antes apenas direito subjetivo e garantia constitucional, passou à condição, objetivamente,

---

<sup>171</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1440.

<sup>172</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-28.

<sup>173</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 35-36.

<sup>174</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.96-97.

de qualidade do processo penal. Desse modo, o contraditório, ampla defesa, motivação e tantos outros direitos contidos no devido processo legal são, além de direitos subjetivos do indivíduo, características de um justo processo e garantias de um exercício escorreito da atividade jurisdicional (interessam ao processo indo além da esfera individual das partes). Conseqüentemente, não pode ser admitida a concepção de mera irregularidade sem nulidade ou sanção, pois a atipicidade constitucional sempre consiste em ofensa a preceitos maiores, da ordem dos direitos fundamentais<sup>175</sup>.

Assim, em casos como o que é nosso objeto de análise, percebemos que a ofensa a alguns direitos do cidadão (como a deflagrada ausência de motivação, por exemplo) acabam sendo, também, uma violação ao devido processo legal e uma injustiça processual. Desse modo, é imperioso que sofram algum tipo de sanção ou nulidade (o que acabou ocorrendo por força da adequada decisão do Superior Tribunal de Justiça, que declarou a nulidade das interceptações telefônicas).

Nesse momento, chamamos atenção para a importância que tomam as formas processuais, obviamente vistas sob o prisma garantista. Essas formas têm como principal função a proteção do indivíduo em face do poder penal<sup>176</sup>. Para se proteger o ordenamento, cada ato terá como requisito ou sequência uma forma processual. Como a preservação do sistema de garantias é o desiderato do processo penal, a nulidade será sempre o último recurso, sempre se preferindo o saneamento dos atos inválidos, de acordo com o espírito da teoria garantista. Repare-se que não falamos em preclusão ou convalidação, pois o decurso do tempo ou a anuência do indivíduo atingido não podem se prestar a desse subtrair direitos indisponíveis<sup>177</sup>.

Afirma Guilherme Madeira Dezem que a tipicidade tem um papel muito importante para a garantia do indivíduo, pois o sujeito saberá previamente e com exatidão em que situações o Estado poderá restringir seus direitos<sup>178</sup>. Certamente, o

---

<sup>175</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 24.

<sup>176</sup> LOUREIRO, Antônio Tovo. *Nulidades & Limitação do Poder de Punir*: Análise de Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 96-97.

<sup>177</sup> LOUREIRO, Antônio Tovo. *Nulidades & Limitação do Poder de Punir*: Análise de Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 117-119.

<sup>178</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal*: Tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008. p. 28.

sistema que se adequa a esse modelo de tipicidade é o acusatório. Isso porque a ideia de separação das funções dos sujeitos processuais está relacionada ao limite para a prática de determinados atos do processo. Limites esses que serão definidos pela lei, estabelecendo-se a tipicidade (ou forma) processual<sup>179</sup>.

Façamos, aqui, uma pausa excursiva para observar que, apesar de existir, na Lei 9.296/96, um conjunto de regras consistente em uma forma processual (talvez não dotado de perfeita técnica, mas ainda assim razoavelmente adequado à proteção das garantias individuais), o juiz federal não a observou de maneira adequada, tendo-a flexibilizado de maneira a afastar a incidência do modelo acusatório (que preceitua o limite para a prática dos atos do processo por parte do magistrado) e do sistema de garantias em sua decisão.

Geraldo Prado lembra que, a respeito de leis que tratem de direitos fundamentais, a regulação desses direitos pode expandi-los pela cláusula aberta, mas jamais os restringir. Qualquer lei restritiva deve possuir mecanismos de controle para que essa perversão não ocorra<sup>180</sup>.

Superado esse ponto, nos cabe agora encarar uma problemática derivada de disposição legislativa (e cultura judiciária) que não parece se adequar com o sistema garantista de nulidades.

O artigo 563 do Código de Processo Penal<sup>181</sup> determina que nenhum ato será reputado nulo se dele não resultar prejuízo a alguma das partes. Essa máxima foi utilizada pelo Ministro Sebastião Reis Júnior (que referiu que existiria prejuízo ao paciente no *writ*) no voto que analisamos. Entretanto (muito embora tenha o ministro, materialmente, decidido de forma correta ao declarar nulas as interceptações telefônicas, preservando o sistema de garantias), veremos, a seguir, que esse fundamento denota uma orientação de caráter inquisitorial, incompatível com o garantismo.

Essa regra, outrossim, não se conforma com o sistema acusatório e de garantias do nosso processo penal. Em primeiro lugar, porque o conceito de prejuízo

---

<sup>179</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008. p. 141.

<sup>180</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 36.

<sup>181</sup> Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

decorre do entendimento existente em determinado meio cultural e, como já vimos, a cultura judicial brasileira está impregnada do pensamento inquisitório. Assim, o termo toma o sentido do modelo inquisitorial, e não o que adviria da Constituição. Em segundo lugar, porque o acusado se encontra em posição de fragilidade no processo, encontrando limitadas condições de levar aos autos prova do exigido prejuízo, que, aliás, muitas vezes não deixa vestígios concretos<sup>182</sup>.

Como vemos, essa exigência também pressupõe que a conduta dos órgãos repressivos é normalmente regular (de acordo com as garantias dos indivíduos), o que é exatamente o contrário do que a experiência dos sistemas punitivos ensina (bem como nos ensinou a experiência que obtivemos do *case* que examinamos). Salo de Carvalho propõe uma inversão dessa lógica, com a incumbência do acusador de demonstrar a ausência de prejuízo (além do consentimento da defesa para que haja a convalidação), de acordo com a orientação de um sistema garantista<sup>183</sup>.

Por último, refletimos acerca da relação entre o garantismo penal e a eficiência do processo. Um movimento pendular entre a segurança social e a proteção do acusado vem ocorrendo há algum tempo. Entretanto, na visão moderna do processo penal, esses elementos não estão em lados opostos, pois não há como se admitir um processo eficiente carente de garantismo. Da mesma forma que sentiu-se a necessidade de proteger os direitos fundamentais do indivíduo perante o Estado, também se desenvolveu normas de maior rigor com relação a certos delitos (tortura, por exemplo)<sup>184</sup>.

Observamos, durante a exposição do caso estudado, no entanto, que o juiz singular pareceu se inclinar muito mais em direção à eficiência do que ao garantismo (não logrando êxito em harmonizá-los e permitindo que ficassem, de fato, em lados opostos).

Nessa orientação, é cristalino que se deve buscar o equilíbrio entre a eficácia e o garantismo, idealizando-se a eficiência máxima juntamente com o garantismo máximo. E a tipicidade processual (que há pouco mencionamos) tem papel

---

<sup>182</sup> LOUREIRO, Antônio Tovo. *Nulidades & Limitação do Poder de Punir: Análise de Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119-120.

<sup>183</sup> CARVALHO, Salo de. *Anti Manual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 77.

<sup>184</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 19-21.

importantíssimo nesse sentido: torna o processo mais garantista ao estabelecer limites claros para os atos processuais, respeitando-se o modelo legal estabelecido, e mais eficaz, vez que, aumentando a segurança dos atos que podem ser praticados, permite à acusação que se atenha aos atos que tenham utilidade e integrem o processo<sup>185</sup>.

A partir do exposto, podemos reconhecer a importância do resguardo aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo como forma de protegê-lo dos excessos e desvios da máquina estatal. É necessário que os juízes possam ser imparciais, além de observarem sua função de proteger os direitos fundamentais do acusado em um processo penal onde as garantias do indivíduo são respeitadas e seus direitos restringidos em medida mínima. Nesse sentido, a existência e observância de formas legislativas informadas pela constituição se faz imprescindível.

A magistratura, portanto, deve caminhar no sentido do garantismo penal e processual penal baseado no modelo acusatório, percebendo que o discurso do punitivismo não representa solução real ao problema da criminalidade (conforme já examinamos ao tratar do processo inquisitório). O que foi decidido no *habeas corpus* 191.378 – DF, apesar de possuir ainda algumas impropriedades inspiradas pela cultura inquisitorial e que devem ser erradicadas, nos parece um passo importante dado pelo Poder Judiciário e deve ser tido como modelo, para que os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não sofram violação semelhante à que ocorreu quando do deferimento da medida de interceptação telefônica pelo juiz monocrático, sem que houvesse o cumprimento de inúmeros pressupostos para tanto.

---

<sup>185</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008. p. 73-75.

## CONCLUSÃO

A Lei 9.296/96, de acordo com os ditames da Constituição da República e suas garantias e direitos estatuídos, regrou o instituto da interceptação telefônica, estabelecendo uma série de pressupostos para a autorização da medida e colocando limites a essa medida que é uma intervenção restritiva de direitos do indivíduo por parte do Estado. Entretanto, esses pressupostos, muitas vezes, acabam sendo flexibilizados ou relativizados por parte dos magistrados, o que acaba por gerar violações a direitos fundamentais do cidadão.

A análise do *case* por nós escolhido nos possibilitou compreender como se dá a justificação de uma decisão que, indo contra toda a axiologia constitucional, defere uma quebra de sigilo sem observar corretamente os requisitos estabelecidos em lei. Também nos permitiu contrastar esses argumentos com os exarados pelo ministro relator no Superior Tribunal de Justiça ao rebater essa fundamentação, nos fornecendo diversos elementos para estudo.

Constatamos que o juiz que deferiu as quebras de sigilo se utilizou de fundamentos de cunho completamente subjetivo, como maneira de compensar a falta de elementos nos autos a cumprirem os requisitos elencados em lei para a autorização da medida. Dessa maneira, ausentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*, o juiz, ao tentar justificar a quebra de sigilo, acabou por violar, também, o dever de fundamentação idônea do ato decisório. Em tempo, verificamos que o ministro relator que declarou nulas as medidas apresentou uma orientação correta (apesar de ter apresentado, em alguns pontos, uma fundamentação incompatível com o processo acusatório<sup>186</sup>), protegendo as garantias fundamentais do paciente do *habeas corpus*, antes feridas pela autorização das interceptações.

Ao tentarmos levantar a causa que leva boa parte dos magistrados a adotarem uma posição de viés punitivo e não observadora da função do juiz de

---

<sup>186</sup> Como exemplos, a crença na necessidade de demonstração de prejuízo para a nulidade da decisão (quesito que estaria cumprido no caso) e o entendimento de que a gravidade do delito não seria elemento a ser considerado quando do deferimento da interceptação (quando vimos que deve, sim, ser considerado, pois a Lei 9.296/96 foi infeliz ao colocar no âmbito da medida crimes puníveis com reclusão, no sentido de que esse critério não se presta a valorar o efetivo potencial ofensivo de um delito).

garantir os direitos fundamentais, chegamos à conclusão de que pode ser apontada a descrença no direito penal atual no combate à criminalidade. Isso leva à criação de um discurso de cunho inquisitorial, que prega o combate à criminalidade (diga-se de passagem, sem possuir efetivos meios de fazê-lo), enfraquecendo o modelo acusatório de processo e o garantismo penal, ambos albergados pela Constituição da República.

Por essa razão, é comum vermos direitos e garantias individuais sendo violados, em nome desse discurso inquisitório. Muitos cidadãos acabam tendo sua privacidade e intimidade invadidas pelo aparato estatal, sem que a Constituição ou mesmo a lei assim o autorize, mas por meio de decisões judiciais que deferem medidas de interceptação telefônica utilizando argumentos impróprios para justificar uma ideologia de política repressivista.

É conveniente ressaltar que a Lei 9.296/96 possui alguns pontos que entram em conflito com a Carta Magna (pontos, esses, em que o juiz deve realizar uma leitura conforme a Constituição), mas resta cristalino que a cultura judicial brasileira é a grande responsável pelas violações de garantias no que diz respeito ao instituto da interceptação telefônica, pois, mesmo quando a lei é imprópria ou vaga, o magistrado tem o dever de interpretá-la de acordo com o espírito constitucional.

Por tudo isso, está evidenciada a necessidade, superada a crença de que o ideal inquisitório pode, de fato, trazer uma solução ao problema da criminalidade, de fortalecimento do processo penal acusatório e do sistema de garantias, esses de luz constitucional, para que o indivíduo possa se sentir efetivamente inserido em um Estado de direitos, que não poderão ser violados a qualquer momento, para saciar os ideais repressivos de uma máquina estatal inquisitória.

## REFERÊNCIAS

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Intercepções telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 04 de novembro de 2011.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 01 de novembro de 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 01 de novembro de 2011.
- BRASIL. *Lei 9.296, de 24 de julho de 1996*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 01 de novembro de 2011.
- BRASIL. *Lei 9.613, de 03 de março de 1998*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 03 de novembro de 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 137.349 – SP. Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 05/04/2011, DJ 30/05/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acessado em 10 de novembro de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 69912 – RS. Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16/12/1993, DJ 25/03/1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acessado em 15 de novembro de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* n. 85575 – SP. Segunda Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 28/03/2006, DJ 16/03/2007. Disponível em: <[www.stf.jus.br/](http://www.stf.jus.br/)>. Acessado em 20 de novembro de 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Reformas Penais em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Salo de. *Anti Manual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito (especialmente das ciências criminais)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). *Legislação Criminal Especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Coleção Ciências Criminais, v. 6.)

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

LOUREIRO, Antônio Tovo. *Nulidades & Limitação do Poder de Punir: Análise de Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei nº 9.296, de 24-07-96: interceptação de comunicações telefônicas*. Leme: Editora de Direito, 1996.

PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

*Quebra de sigilo baseada apenas em relatório do Coaf é inconstitucional*. Brasília, 2011. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103234](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103234)>. Acessado em: 15 de outubro de 2011.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

*STJ anulou provas contra Fernando Sarney, mas autorizou a quebra de sigilo da Caixa de Pandora*. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://ucho.info/?p=46259>>. Acesso em: 27 de novembro de 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 45-67, 1996.