

# As Implicações Jurídico-Constitucionais da Tutela da Intimidade e suas Relações com a Atividade Investigatória do Estado

Leonardo Bellini de CASTRO\*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Tutela constitucional da intimidade. 2 A atividade investigatória do Estado e suas implicações com a tutela jurídica da intimidade e da vida privada. 2.1 Os sigilos bancário e fiscal como projeções do direito fundamental à intimidade patrimonial e a possibilidade de sua quebra no bojo de investigação estatal. 2.2 A quebra dos sigilos bancário e fiscal feitas diretamente pelos órgãos arrecadadores de receita. 2.3 A quebra dos sigilos bancário e fiscal feitas diretamente pelas Comissões Parlamentares de Inquérito. 2.4 A quebra dos sigilos bancário e fiscal feitas diretamente pelo Ministério Público. 2.5 A captação e a interceptação ambientais e a tutela da intimidade pessoal. 2.6 As interceptações telefônicas e a tutela da intimidade pessoal. 2.7 O sigilo de dados cadastrais e a tutela da intimidade pessoal. 2.8 O sigilo epistolar e telemático e a tutela da intimidade pessoal. 3 Criminalidade organizada e métodos heterodoxos de investigação. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** A intimidade, a despeito de qualificada como direito fundamental, deve ceder passo a outros direitos fundamentais *prima facie* de maior relevo social, na forma estabelecida na Lei e na Constituição da República. Nesse sentido, devem ser criadas novas balizas jurisprudenciais que garantam uma interpretação sistemática da Constituição e a observância a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para um combate eficiente à criminalidade organizada.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Intimidade. Sigilo. Criminalidade organizada.

---

\* Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

## **Introdução**

O presente artigo tem por objetivo analisar o atual panorama normativo, doutrinário e jurisprudencial relacionado com a tutela jurídica da intimidade na ordem constitucional e infraconstitucional brasileira e suas relações com as atividades investigatórias desenvolvidas pelo Estado.

Nessa linha, será realizada uma breve análise da tutela da intimidade como direito fundamental do indivíduo, bem como serão feitas ponderações acerca dos limites e possibilidades de sua mitigação em investigações empreendidas pelo Estado.

De outra banda, proceder-se-á ao exame para verificar quais são os diferentes atores estatais incumbidos de atividades investigatórias, os limites dessas atividades, bem como os poderes investigatórios atribuídos a cada um deles.

Serão ainda feitas considerações acerca do combate à criminalidade organizada e da necessidade de utilização de meios heterodoxos de investigação, mormente os propiciados com os avanços tecnológicos e relacionados com as modernas formas de comunicação.

## **1 Tutela constitucional da intimidade**

A tutela constitucional da intimidade vem albergada entre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo no art. 5º, incs. X e XII, da Constituição Federal. O primeiro dos incisos mencionados dispõe que: “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Em complemento, na linha de tutela do mesmo bem jurídico, o inc. XII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que: “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”.

Do preceito mencionado, parte da doutrina pátria extrai a garantia do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, comunicações de dados, comunicações telefônicas, comunicações telemáticas, bem como a garantia dos sigilos bancário e fiscal.

De todo esse arcabouço normativo protetivo se extrai, portanto, a tutela de um único bem jurídico, a intimidade, que se desdobra na garantia de sigilo de diferentes informações e formas de comunicação.

Mas o que vem a ser a intimidade?

Com apoio nas lições de Adriano de Cupis, a intimidade foi conceituada por Uadi Lammêgo Bulos (2008, *passim*) como modo de ser do indivíduo, que consiste na exclusão do conhecimento alheio de tudo quanto a ele se refere.

O mesmo autor apontou a privacidade como uma manifestação da esfera íntima da pessoa física, tais como o *modus vivendi*, as relações familiares e afetivas, seus hábitos, sua particularidade, seus pensamentos, seus segredos, seus planos futuros (BULOS, 2008, p. 145).

Por seu turno, Paulo José da Costa Júnior definiu *intimidade* como a necessidade de encontrar na solidão aquela paz, aquele equilíbrio, continuamente prometidos pela vida moderna; de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada dos olhares ávidos. A intimidade corresponderia à vontade do indivíduo de ser deixado só (COSTA JUNIOR, 1970, p. 39).

Na mesma toada, na Conferência Nórdica sobre Direito à Intimidade, realizada em maio de 1967, em Estocolmo, a intimidade foi conceituada como o direito do homem de viver em forma independente a sua vida, com um mínimo de ingerência alheia.

É de se assinalar, no entanto, na esteira do conhecimento tradicional, que nenhum direito fundamental se qualifica como absoluto.

Daí por que cumpre também indagar quais as possibilidades e os limites estabelecidos pela ordem jurídica que autorizam a mitigação do referido direito fundamental para a adequada tutela de outros bens jurídicos igualmente consagrados na Constituição Federal.

## **2 A atividade investigatória do Estado e suas implicações com a tutela jurídica da intimidade e da vida privada**

Por figurar entre as tarefas primordiais do Estado a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, é preciso lhe conferir meios para se desincumbir desse dever jurídico-político.

Nesse prisma, sobreleva notar que são múltiplas as maneiras pelas quais o Estado promove a tutela de direitos fundamentais, funções essas que qualificam e justificam a própria existência do ente estatal.

Com efeito, dentre inúmeras possibilidades, o Estado promove a tutela dos direitos fundamentais por meio da criação e aplicação de normas de caráter punitivo ou premial. Também assim atua por meio de arrecadação e aplicação de receitas para o desenvolvimento das mais variadas políticas públicas.

De outra parte, acaso o Estado se depare com a hipótese de violação de direitos fundamentais entre indivíduos, esses também portadores de direitos fundamentais, faz-se necessário que ele, por meio de seus distintos órgãos, disponha de meios para a averiguação de concreta violação aos bens jurídicos que lhe incumbe tutelar para a promoção das responsabilidades tidas por pertinentes.

A essa tarefa de colheita de elementos para o cumprimento de seus deveres de proteção ao cidadão pode-se denominar investigação.

É evidente, no entanto, que para que uma investigação se desenvolva de maneira eficiente e atinja o seu desiderato, por vezes, torna-se necessário relativizar direitos fundamentais de indivíduos que potencialmente sejam autores de ilícitos.

Assim o é, em que aqui interessa, justamente no que concerne à tutela da intimidade, que, a par de protegida pelo Estado, pode por ele ser relativizada quando necessário para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos difusamente considerados, bem como para a tutela de pessoas concretamente identificadas.

Dessa forma, para o adequado e eficaz desenvolvimento dessa função de proteção, põe-se à disposição do Estado meios para a relativização de um concreto direito fundamental à intimidade de determinado indivíduo ou indivíduos.

Tal ocorre, por exemplo, quando o Estado se vale de meios investigatórios destinados à coleta de informações acerca do patrimônio do indivíduo, como nas hipóteses de quebra de sigilos bancários e fiscais. Também é o que se verifica quando se faz necessária a averiguação das relações sociais, pessoais e profissionais de determinado investigado, potencial autor de um crime, o que pode ser realizado por meio de interceptações telefônicas, de *e-mails*, bem como por intermédio de outras técnicas invasivas de investigação.

Passa-se, pois, a analisar cada um desses meios investigatórios, colocados à disposição de diferentes órgãos do Estado, bem como os requisitos e hipóteses que autorizam a relativização do direito fundamental à intimidade.

### **2.1 Os sigilos bancário e fiscal como projeções do direito fundamental à intimidade patrimonial e a possibilidade de sua quebra no bojo de investigação estatal**

Uma das principais projeções do direito fundamental à intimidade na ótica patrimonial se dá justamente com a tutela do sigilo bancário, o

qual assegura a confidencialidade de informações, registros e documentos alusivos à vida econômico-financeira do indivíduo que estejam sob a detenção de instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

A despeito de não expressamente arrolado entre as liberdades públicas na Constituição Federal, tem sido entendido por parcela majoritária da doutrina e pela jurisprudência, que o sigilo bancário encontra abrigo no art. 5º, incs. X e XII, desse ordenamento.

Cumpra registrar, nada obstante, que no próprio Supremo Tribunal Federal, o sigilo bancário não foi reconhecido de forma unânime como direito fundamental extraído diretamente da Constituição Federal.

Destarte, nos julgamentos originais acerca do tema se posicionaram contra o sigilo bancário como projeção do direito à intimidade, com substrato constitucional, os ministros Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek e Otávio Galotti.

Segundo os ministros que assim se posicionaram, o sigilo bancário é formado fundamentalmente por atos negociais, que não compõem a vida privada, de modo que não encontrariam proteção jurídica no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, e nem, tampouco, no inc. XII, que estaria adstrito à proteção jurídica contra atos comunicacionais, não protegendo os dados em si, quaisquer que fossem<sup>1</sup>.

Nessa linha, no que toca à controvérsia de o sigilo bancário encontrar abrigo constitucional, interessantes são as observações do ilustre José Robalinho Cavalcanti (2010, p. 306) acerca do direito comparado, quando averba que:

Por outro lado, se é verdade que os dados de movimentação financeira têm proteção reconhecida pelo direito na quase totalidade das nações civilizadas, em poucas esse direito é tido como advindo diretamente da Constituição, e menos ainda com a dureza e abrangência da interpretação brasileira.

Por exemplo, o próprio Estados Unidos da América, centro maior do capitalismo financeiro, por excelência terra da defesa dos negócios, nação-matriz de grande parte das empresas transnacionais, financeiras ou não, que atuam também na economia brasileira, os registros bancários não são tidos como

---

<sup>1</sup> Mandado de Segurança nº 21.729-4-DF, Relator para o acórdão: Min. Francisco Rezek, Julgamento: 5.10.1995 - Tribunal Pleno, publicado no *DJ* de 19.10.01, p. 33.

passíveis de defesa na forma de direito à intimidade. Em outras palavras, não se tem na ordem jurídica norte-americana o sigilo bancário como direito fundamental, protegido com status constitucional.

Em *United States Vs. Miller*, julgado em 1946, definiu a Corte Suprema dos EUA que, tendo em vista que o próprio indivíduo, voluntariamente, entregara toda a sua documentação ao estabelecimento bancário, onde viria a ser manuseada por um número indefinido de pessoas, se o próprio cidadão, assim, tornara tais dados acessíveis a um número de pessoas sobre o qual não tem controle algum, não haveria que contestar o acesso de autoridades administrativas, com justa causa a esses dados.

No caso brasileiro, prevaleceu, nada obstante, o entendimento segundo o qual o sigilo bancário encontraria abrigo constitucional no art. 5º, incs. X e XII, da Constituição Federal.

Assim, para a mitigação ou relativização do referido direito fundamental seria necessária autorização judicial específica à vista de elementos indicativos da prática de um ilícito, cuja elucidação estivesse imbricada com a necessidade de análise de informações bancárias e financeiras do potencial autor.

Excepcionariam o aludido entendimento jurisprudencial as informações bancárias envolvendo recursos públicos, como empréstimos concedidos por instituições financeiras subsidiados pelo erário, cujas informações poderiam ser franqueadas diretamente ao Ministério Público.

Com efeito, acerca dessa exceção em especial, assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

Mandado de segurança. Sigilo bancário. Instituição Financeira executora de política creditícia e financeira do governo federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei n. 4.595/64 e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC 75/93. (STF-MS 21729, Rel. Min. Marco Aurélio Mello)

Pacificou-se, também, o entendimento de que as Comissões Parlamentares de Inquérito podem ter o acesso direto a informações bancárias e fiscais sem a necessidade de intermediação judicial.

Também tem se entendido, entre os setores majoritários da doutrina e da jurisprudência, que o sigilo fiscal, ou seja, aquele que recai sobre documentos e informações fiscais produzidos e colhidos pelos órgãos da administração tributária no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, também teria proteção jurídica estabelecida no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal.

Com efeito, as informações componentes do sigilo fiscal são aquelas obtidas pelo Poder Público por meio de declarações de rendas anuais enviadas à Receita Federal, a qual obtém dados relativos à vida privada e aos negócios de contribuintes pessoas físicas e jurídicas para fins de tributação.

A despeito das referidas informações estarem acobertadas pelo sigilo, também tem se entendido possível sua quebra para fins de tutela de outros bens jurídicos igualmente caros para a coletividade.

A propósito, para fins de quebra do sigilo fiscal, Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 163) tem assinalado a necessidade de preenchimento de uma série de requisitos, quais sejam:

1. Autorização judicial, nos casos de interesse da justiça para se apurar litígio e nas hipóteses de assistência mútua entre as Fazendas Públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
2. Determinação de Comissão Parlamentar de Inquérito (art. 58, § 3º, da CF);
3. Requisição do Ministério Público (art. 129, VI), para alguns;
4. Observância ao princípio da indispensabilidade dos dados em poder da Receita Federal (Decreto n. 3000/99 e Decreto-lei n. 5844/43);
5. Atenção ao primado da individualização do investigado e do objeto da investigação;
6. Obrigatoriedade da manutenção do sigilo no que diz respeito ao conhecimento de dados que não interessam ao grande público, mas simplesmente, às autoridades que irão decidir a pendência.

Desse modo, como se pontuou, a despeito de o direito fundamental à intimidade compor informações bancárias e fiscais, pode-se cogitar a relativização desse direito acaso presentes razões de interesse público autorizadoras.

## **2.2 A quebra dos sigilos bancário e fiscal feitas diretamente pelos órgãos arrecadadores de receita**

De início, cumpre consignar que não há de se falar propriamente em quebra de sigilo fiscal pelos órgãos arrecadadores de receita, na medida em que são eles os destinatários das informações encaminhadas pelos contribuintes.

Desse modo, quando muito poder-se-ia imaginar o compartilhamento de dados fiscais entre órgãos arrecadadores de receita de diferentes unidades federativas, o que não configura, em absoluto, quebra do sigilo fiscal.

Nada obstante, tema que tem sido objeto de candente controvérsia no âmbito do Supremo Tribunal Federal consiste no acesso direto a dados bancários e movimentações financeiras pelos órgãos arrecadadores de receita.

Acerca desse tema, o pleno do STF lançou diferentes decisões em curto lapso temporal.

Com efeito, no dia 24 de novembro de 2010, ao julgar a AC 33/PR<sup>2</sup>, o STF autorizou, por maioria apertada, que o Fisco tivesse acesso a informações bancárias de uma pessoa jurídica de direito privado, sem a intervenção do Poder Judiciário.

Nada obstante, no dia 15 de dezembro de 2010, no julgamento do RE 389808/PR, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, o plenário do STF não permitiu a quebra de sigilo bancário diretamente pela autoridade fiscal. Na esteira dessa última decisão, somente por meio do Judiciário seria possível quebrar os sigilos bancários e fiscais.

Daí se vê que o tema é altamente controvertido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Os que admitem o acesso a dados bancários diretamente pelo Fisco, sem a necessidade de intermediação judicial, argumentam que essa possibilidade encontra suporte jurídico no disposto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, conforme colacionado a seguir:

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respei-

<sup>2</sup> AC 33/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, *DJe* de 3/12/2010.



tados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A fim de regulamentar o dispositivo constitucional de eficácia limitada mencionado, foi editada a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. A referida lei prevê que não constitui violação do dever de sigilo:

- 1** a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;
- 2** o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;
- 3** a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;
- 4** a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados – art. 1º, § 3º.

Por seu turno, o art. 2º, § 1º, revela que o sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil:

- 1** no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras;
- 2** ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial.

Na mesma esteira, o art. 5º do diploma normativo em comento dispõe que o Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

Os defensores da impossibilidade de acesso aos dados bancários diretamente pelo Fisco acoimam a legislação editada acerca do assunto de inconstitucional, haja vista que haveria incompatibilidade vertical com o disposto no art. 5º, incs. X e XII, da Constituição Federal.

Cumpra assinalar, nesse passo, que já foram ajuizadas inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) no âmbito do Supremo Tribunal Federal questionando os dispositivos da Lei Complementar nº 105/2011, como as ADIs 2.386/DF, 2.390/DF e 2.397/DF, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, e das ADIs 4.006/DF e 4.010/DF, as quais estavam sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, que se aposentou em agosto de 2011.

É de se ver, nada obstante, que, a despeito de certa controvérsia na esfera do Supremo Tribunal Federal, o tema ganhou relativa uniformidade no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), consoante se infere de inúmeros julgados.

Com efeito, para o STJ, em conformidade com o disposto na Lei Complementar nº 105/2001, não constitui violação do sigilo bancário a requisição, pela autoridade fazendária, de informações referentes a movimentações financeiras, para fins de constituição de crédito tributário<sup>3</sup>.

No mesmo sentido, no julgamento do REsp 1134665/SP<sup>4</sup>, o STJ permitiu o acesso a dados bancários de contribuintes diretamente pelo Fisco, sob o argumento de que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei nº 8.021/1990 e pela Lei Complementar nº 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no art. 144, § 1º, do CTN, de modo que as informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (art. 5º, § 2º, da Lei Complementar nº 105/2001).

A despeito da controvérsia, tem-se que, na linha do disposto no art. 145, § 1º, da própria Constituição Federal, é lícito o acesso a dados bancários

<sup>3</sup> HC 175.930/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 07/10/2010, *DJe* de 3/11/2010.

<sup>4</sup> REsp 1134665/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, *DJe* de 18/12/2009.

de contribuintes diretamente pelo Fisco, não se justificando a latitude dada ao art. 5º, incs. X e XII, da Constituição Federal, que sequer contemplam expressamente a tutela do sigilo bancário.

### **2.3 A quebra dos sigilos bancário e fiscal feitas diretamente pelas Comissões Parlamentares de Inquérito**

No que concerne às atividades desenvolvidas pelo Poder Legislativo, está prevista no art. 58, § 3º, da Constituição Federal, a possibilidade de se criarem, em seu âmbito, Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais terão como incumbência a apuração de fato determinado e por prazo certo.

Para se desincumbirem dessa missão constitucional, a própria Constituição da República estabeleceu que as comissões parlamentares de inquérito têm poderes próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos internos das respectivas Casas.

A despeito de poderes próprios das autoridades judiciais, foram consagradas algumas limitações às ditas comissões, as quais se consubstanciam na chamada reserva de jurisdição – que incidem sobre as hipóteses de busca domiciliar (art. 5º, XI), interceptação telefônica (art. 5º, XII) e decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (art. 5º, LXI) – todos dispositivos da Constituição Federal –, matérias essas que exigem intermediação judicial na linha do que vem sendo decidido pelo STF<sup>5</sup>.

É de se ver, contudo, que, nos termos do disposto no art. 58, § 3º, da Constituição Federal, é possível a quebra dos sigilos bancário e fiscal e de dados telefônicos – relação de chamadas recebidas e realizadas – diretamente pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, desde que demonstradas e fundamentadas a existência concreta de causa provável e a pertinência com o objeto das investigações<sup>6</sup>.

Cumprе ressaltar, no entanto, que as conclusões derivadas de investigações encetadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito hão de ser encaminhadas, se for o caso, para o Ministério Público, a fim de que promova a responsabilidade civil e criminal havida por pertinente (art. 58, § 3º, da CF).

---

<sup>5</sup> MS 23652/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2000, publicado no *DJ* de 16/2/2001; MS 23639/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, publicado no *DJ* de 16/2/2001.

<sup>6</sup> MS 23882/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2001, publicado no *DJ* de 1/2/2002.

## **2.4 A quebra dos sigilos bancário e fiscal feitas diretamente pelo Ministério Público**

Na esteira do relevante múnus constitucional conferido ao Ministério Público para a tutela dos valores mais caros à sociedade, nada seria mais lógico do que lhe conferir instrumentos investigatórios condizentes com essa relevante tarefa.

Com efeito, sendo o Ministério Público o ator estatal incumbido da promoção privativa de ações penais, da instauração de inquéritos civis destinados a apurar danos ao patrimônio público e da promoção de ações civis públicas destinadas a recompor o patrimônio público lesado por atos de corrupção, seria natural que esse órgão do Estado tivesse acesso a dados bancários, fiscais e registros telefônicos para assim se desincumbir dessas tarefas com presteza e eficiência.

Nesse contexto, tem-se que a possibilidade de acesso direto a essas informações é facilmente extraída de um conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como de uma interpretação sistemática e lógica do ordenamento jurídico.

Com efeito, o próprio art. 58, § 3º, da Constituição Federal estabeleceu que as Comissões Parlamentares de Inquérito podem ter acesso a dados bancários, fiscais e telefônicos sem necessidade de intermediação judicial, sendo certo que os resultados advindos da investigação hão de ser encaminhados ao Ministério Público para fins de responsabilização civil e criminal.

Ora, nessa toada, um mero exercício de lógica formal conduz à conclusão de que também ao Ministério Público é dado o acesso a esses dados de forma direta, uma vez que se o órgão intermediário o pode, com muito mais razão o destinatário das informações incumbido da tomada de providenciais também o poderia.

Não fosse isso suficiente, a Constituição Federal prevê genericamente a possibilidade de acesso a dados bancários, fiscais e telefônicos no art. 129, inc. VI, que alberga a possibilidade de requisição de informações e documentos para a instrução de procedimentos investigatórios na forma da Lei Complementar.

Em acréscimo, a despeito de certa oscilação, tem se entendido que até mesmo o Fisco, incumbido da mera tutela patrimonial dos interesses tributários do Estado, pode ter acesso a dados bancários. Assim, lógico seria, que o Ministério Público, cujos deveres de tutela abrange bens jurídicos de muito mais expressão social, também pudesse ter acesso a essas mesmas informações.

Nessa linha, as Leis Orgânicas estaduais e federal que organizam os poderes do Ministério Público reafirmam e aclaram tal atribuição, autorizando o *Parquet* a requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie (art. 26, III) e determinando que o membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo (art. 26, § 2º)<sup>7</sup>.

Dispositivo de igual teor está previsto na Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar Federal nº 75/1993), ao dispor que compete ao Ministério Público da União requisitar informações e documentos a entidades privadas (art. 8º, IV), norma na qual se inclui o poder de requisitar informações bancárias, tendo em conta que as instituições financeiras e seus diretores ou gerentes são entidades privadas.

Não bastasse, o art. 8º, § 2º, da mesma Lei Complementar Federal prevê que nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

Em arremate, a própria Lei nº 9.034/1995, que trata dos meios operacionais e procedimentos de investigação envolvendo organizações criminosas, dispõe que são permitidos os procedimentos de investigações consistentes em acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, não se estabelecendo em nenhum momento a necessidade de intervenção judicial, consoante se depreende de outros incisos do mesmo dispositivo em que é expressa a necessidade de autorização judicial (art. 2º, III, da Lei nº 9.034/1995).

Assim, dado todo esse arcabouço normativo, causa estranheza e até perplexidade a posição majoritária da jurisprudência que nega ao Ministério Público o acesso a dados bancários, fiscais e telefônicos, sob o argumento de que esses dados estariam sob a batuta do art. 5º, incs. X e XII, da Constituição Federal.

Com efeito, a propósito do tema, o STF já se posicionou nos seguintes termos:

---

<sup>7</sup> Dispositivo da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LONMP).

RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Instituições Financeiras. Sigilo bancário. Quebra. Requisição. Ilegitimidade do Ministério Público. Necessidade de autorização judicial. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte [...] (RE 318136 AgR/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 06/10/2006)

Igual orientação também tem sido adotada no que concerne ao sigilo fiscal, ou seja, tem se negado o acesso direto do órgão ministerial a informações fiscais de investigados. A propósito, cumpre conferir a seguinte ementa:

SIGILO FISCAL. Quebra de sigilo fiscal realizada diretamente pelo Ministério Público. Requisição de cópias de declarações de imposto de renda sem autorização judicial. Ilicitude da prova. Desentranhamento dos autos. (STJ – HC 100.058 RS)

Nada obstante, na esfera do STJ, já se tem verificado certa oscilação acerca do tema, consoante se observou no RMS 31.362/GO<sup>8</sup>.

A despeito de toda a controvérsia, entende-se que a latitude que dada à garantia dos sigilos bancário e fiscal tem servido unicamente aos interesses do crime organizado, em especial àqueles do colarinho branco, estando ancorada em um discurso pretensamente garantista de direitos fundamentais, mas que a bem da verdade apenas garante a impunidade e o tratamento privilegiado a certa casta de cidadãos, imunes até mesmo a uma investigação eficiente.

Nessa linha, interessantes são as observações de Bruno Calabrich (2007, p. 212/213), ao pontuar:

Na mesma esteira, é importante ressaltar que o art. 5º, X, da CF/88, que trata da inviolabilidade da intimidade, da vida

---

<sup>8</sup> Com efeito, recentemente, em julgado bastante interessante, a Segunda Turma do STJ considerou ser possível o Ministério Público realizar quebra de sigilo bancário, sem intermediação do Poder Judiciário. Eis a ementa desta decisão: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NATUREZA DA

privada, da honra e da imagem das pessoas, não estabelece uma cláusula de reserva jurisdicional.

É desse inciso que a doutrina e a jurisprudência extraem o direito ao sigilo dos dados bancários e fiscais, porquanto tais dados, ao menos potencialmente, dizem respeito, de fato, à intimidade e à vida privada do indivíduo. Ao ali se dispor sobre esses direitos fundamentais – que, obviamente, não têm caráter absoluto –, em nenhum momento se fala em reserva jurisdicional: não há rigorosamente nada naquele inciso, nenhuma palavra ao menos que, sequer remotamente, relacione-se com a idéia de exclusividade do Poder Judiciário. A leitura do dispositivo, como se pode verificar de sua simples e desapaixonada leitura, é absolutamente distinta dos demais dispositivos nos quais a Constituição positivou as já aqui identificadas cláusulas de reserva jurisdicional, segundo a remansosa jurisprudência do STF.

No mesmo prisma, o aludido autor arremata o seu raciocínio de maneira irresponsável, ao averbar que:

---

DECISÃO DENEGATÓRIA. MEIO DE IMPUGNAÇÃO CABÍVEL. 1. Caso concreto em que o *Parquet* solicita administrativamente a quebra de sigilo bancário no âmbito de procedimento investigatório ministerial. Após negativa do juízo de 1º grau, o Ministério Público impetrou Mandado de Segurança, do qual o Tribunal de origem não conheceu, sob o fundamento de que o meio de impugnação cabível é o Agravo de Instrumento. 2. Nem toda decisão proferida por magistrado possui natureza jurisdicional, a exemplo da decisão que decreta intervenção em casa prisional ou afastamento de titular de serventia para fins de instrução disciplinar. 3. O Conselho Nacional de Justiça regulamentou os procedimentos administrativos de quebra de sigilo das comunicações (Resoluções 59/2008 e 84/2009). 4. Necessário adotar a técnica hermenêutica do *distinguishing* para concluir pela inaplicabilidade da Súmula 267 do STF (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”), pois todos os seus precedentes de inspiração referem-se à inviabilidade do writ contra ato jurisdicional típico e passível de modificação mediante recurso ordinário, o que não se amolda à espécie. 5. A exemplo do entendimento consagrado no STJ, no sentido de que nas Execuções Fiscais a Fazenda Pública pode requerer a quebra do sigilo fiscal e bancário sem intermediação judicial, tal possibilidade deve ser estendida ao Ministério Público, que possui atribuição constitucional de requisitar informações para fins de procedimento administrativo de investigação, além do fato de que ambas as instituições visam ao bem comum e ao interesse público. Precedentes do STJ e do STF. 6. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido, tão-somente para determinar que o Tribunal a quo enfrente o mérito do *mandamus*” (RMS 31.362/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/08/2010, publicado no *DJe* de 16/9/2010).

É de se ter em estima que a requisição de documentos e dados fiscais pelo Ministério Público coaduna-se perfeitamente com o disposto no art. 198, § 1º, II, do CTN (Lei 5.172/66), na redação dada pela LC 104/2001, que prevê a possibilidade de transferência de sigilo da autoridade fazendária a outras autoridades, independentemente de outorga judicial, desde que sirva à instrução de procedimento regularmente instaurado (no caso, um procedimento de investigação do MP). Coaduna-se também com o art. 998, § 1º, II, do Dec. 3.000/99, que, expressamente à luz da LC 75/93 e do Código Tributário Nacional, regulamenta a relação entre o MPU e Receita Federal no que diz respeito ao compartilhamento de informações sigilosas. Coaduna-se, por fim, com o disposto no art. 83 da Lei 9.430/90, que impõe à Receita o dever de informar o Ministério Público, mediante uma representação fiscal para fins penais, sobre ilícitos criminais detectados no exercício de suas atividades, remetendo ao órgão a documentação atinente. Nesse passo, quanto ao dever da Receita de encaminhar ao MP informações para fiscais para fins penais, veja-se a teratologia a que uma interpretação diversa conduziria: considerando que a mera notícia sobre a possível prática de um crime já contém, em si, uma informação de natureza fiscal, caso o sigilo fiscal fosse mesmo entendido como albergado pela reserva jurisdicional, então as autoridades fazendárias não poderiam noticiar ao Ministério Público nenhum ilícito tributário, senão após obter uma autorização judicial. Noutras palavras, seria necessária uma decisão judicial para que um órgão do Estado encaminhasse a outro órgão do mesmo Estado uma simples notícia-crime!

Esse mesmo raciocínio do ilustre autor poderia ser utilizado no que concerne ao sigilo bancário, haja vista o disposto no art. 11 da Lei nº 9.613/1998, que impõe às instituições financeiras o dever de comunicar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) movimentações financeiras em valores tidos por atípicos.

Destarte, a prevalecer o posicionamento absurdamente restritivo que tem sido dado ao sigilo bancário, o COAF também precisaria de autorização judicial para comunicação das aludidas movimentações financeiras atípicas a órgãos como o Ministério Público.

Como se vê, o estágio atual da jurisprudência em nada tem servido para a tutela dos interesses da coletividade, servindo apenas para a garantia dos interesses da macrocriminalidade organizada, a qual se vale da largueza das interpretações jurídicas para assegurar um lócus propício para a lavagem



de capitais oriundos da corrupção, tráfico de drogas e armas, entre outros delitos gravíssimos.

Nesse passo, são ilustrativas as ponderações de Sacha Calmon Navarro Coelho (1993, p. 100), ao assinalar de forma incisiva que:

Não pode a ordem jurídica de um país razoavelmente civilizado fazer do sigilo bancário um baluarte em prol da impunidade, a favorecer proxenetas, lenões, bicheiros, corruptos, contrabandistas e sonegadores de tributos. O que cumpre ser feito é uma legislação cuidadosa que permita a manutenção dos princípios da privacidade e do sigilo de dados, sem torná-los bastiões da criminalidade. De resto, reza a sabedoria popular que quem não deve não teme. A recíproca é verdadeira.

Com efeito, não há dúvidas que os cidadãos que se dedicam a atividades lícitas não oporiam obstáculo aos órgãos de controle no que concerne ao acesso direto a seus dados bancários e fiscais. De resto, não há dúvidas de que a latitude da proteção jurídica dada no Brasil atende apenas aos interesses daqueles que têm muito a ocultar.

## **2.5 A captação e a interceptação ambientais e a tutela da intimidade pessoal**

A captação e a interceptação ambientais de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos também se qualificam como relevantes meios de prova de eventuais ilícitos, sendo poderosos meios de investigação postos à disposição dos órgãos do Estado.

Nada obstante, é certo que o aludido método de investigação implica em evidente intromissão na esfera da intimidade pessoal das pessoas quando captado em espaços privados, motivo pelo qual há de se concluir por necessária a autorização judicial.

Com efeito, o conteúdo de diálogos travados entre indivíduos em um mesmo espaço privado possui idêntica natureza de um diálogo travado entre indivíduos por intermédio de comunicações telefônicas.

Assim, por identidade de razões, há de se estender a necessidade de autorização judicial para a captação e a interceptação ambientais de conversações produzidas nessas circunstâncias, a teor do disposto no art. 5º, incs. X e XII, da Constituição Federal.

Cumpre assinalar, nesse particular, que a legislação que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas é expressa ao exigir circunstanciada

autorização judicial para a captação e interceptação ambiental (art. 2º, IV, da Lei nº 9.034/1995).

No que concerne à captação de diálogos produzidos em espaços públicos ou abertos ao público, demonstra-se despicienda a autorização judicial, uma vez que os próprios interlocutores adotam postura incompatível com a de quem quer ver tutelada sua intimidade pessoal<sup>9</sup>.

É pertinente considerar que a captação e a interceptação ambientais, a despeito de ainda incipientes na cultura investigativa brasileira, constituem poderoso instrumento probatório, que deve ter sua aplicação ampliada, principalmente em casos envolvendo a criminalidade organizada especializada na dilapidação do patrimônio público.

Essa é a conclusão que tem sido assinalada na doutrina, consoante se infere das ponderações de Marcelo Batlouni Mendroni (2010, p. 142):

A análise da interceptação ambiental segue o mesmo raciocínio das interceptações telefônicas, com o diferencial de que nestes casos torna-se possível visualizar a situação das conversas e entabulações criminosas, inclusive com gesticulações e, no mais das vezes, com a demonstração da participação criminosa de mais do que dois agentes possíveis na interceptação telefônica, já que nesta o ambiente pode estar recheado de agentes criminosos. O aspecto visual assume, certamente, um diferencial importante em termos valorativos, permitindo enxergar as reações humanas de cada um dos participantes.

Exemplo da importância do aludido meio de prova pode ser colhido de experiência prática da Polícia Federal no caso que ficou nacionalmente conhecido como “Caixa de Pandora”, no qual foram flagrados diversos políticos do alto escalão de Brasília em atos de corrupção, mostrados em vídeos e áudios, que levaram inclusive à queda do Governador do Distrito Federal.

No mesmo sentido, o aludido meio de prova foi utilizado com sucesso em outro caso de corrupção de agentes públicos, dessa vez envolvendo magistrados e advogados, na operação policial batizada de “Hurricane”.

---

<sup>9</sup> No mesmo sentido, ver Bruno Calabrich (2007, p. 231). Também é a posição de César Dario Mariano Silva (2010, p. 47).

No que toca à captação e à interceptação ambientais realizadas na aludida operação, inclusive em escritório de advocacia, o STF admitiu a validade da prova nos seguintes termos:

PROVA. Criminal. Escuta ambiental. Captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Meio probatório legalmente admitido. Fatos que configurariam crimes praticados por quadrilha ou bando ou organização criminosa. Autorização judicial circunstanciada. Previsão normativa expressa do procedimento. Preliminar repelida. Inteligência dos arts. 1º e 2º, IV, da Lei nº 9.034/95, com a redação da Lei nº 10.217/95. Para fins de persecução criminal de ilícitos praticados por quadrilha, bando, organização ou associação criminosa de qualquer tipo, são permitidos a captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, bem como seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão. (STF, Inq. 2424/RJ, Min. Cesar Peluso)

Importa frisar, no entanto, que a interceptação ambiental difere da escuta ambiental, que é aquela em que um dos interlocutores de determinado diálogo anui que sua conversa seja gravada por um terceiro (CONSERINO, 2011, p. 76).

Nesses casos, não há que se falar em autorização judicial, já que um dos partícipes do diálogo anuiu em compartilhar sua intimidade.

De igual modo, as gravações clandestinas, por ser feita por um dos partícipes do diálogo, não implica violação de intimidade ou privacidade, já que o outro interlocutor, voluntariamente, expõe seus pensamentos e planos para o receptor.

Em razão disso, também é desnecessária a autorização judicial para gravações clandestinas, que têm sido reconhecidas pela jurisprudência como provas lícitas. Cumpre conferir a seguinte ementa:

PROVA – Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores – Licitude. É lícita a gravação de conversa feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, ou qualquer tipo de chantagista. (STF-HC nº 75.338-8/RJ)

É de se concluir, portanto, que se exige autorização judicial circunstanciada apenas nas hipóteses de interceptação e captação ambientais, sendo desnecessária a intermediação judicial nos casos de escuta ambiental e gravações clandestinas.

## **2.6 As interceptações telefônicas e a tutela da intimidade pessoal**

As interceptações telefônicas têm se mostrado ao longo dos anos como um dos mais relevantes meios de investigação colocados à disposição dos órgãos do Estado para a elucidação de crimes e para o combate à criminalidade organizada.

Em razão dos relevantes elementos probatórios colhidos por intermédio de interceptações telefônicas, inclusive em desfavor de indivíduos de uma parcela da sociedade normalmente imune ao Poder Judiciário, tem sido recorrente a grita geral, como sempre travestida por um discurso falsamente garantista, dos excessos cometidos em investigações empreendidas pelos órgãos do Estado<sup>10</sup>.

Nada obstante, as interceptações telefônicas vêm sendo utilizadas pelo Estado com relativo sucesso, o que tem possibilitado a desarticulação de poderosas organizações criminosas<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Órgãos esses nunca acoimados de arbitrários quando apenas uma parcela da população, normalmente dos estratos inferiores, era objeto das investigações empreendidas.

<sup>11</sup> Sem prejuízo de lamentáveis decisões das Cortes Superiores que têm anulado operações policiais envolvendo figuras proeminentes da sociedade e do Estado.

Esse método de investigação, a despeito de implicar evidente intromissão na esfera de intimidade pessoal de indivíduos, está expressamente previsto na Constituição Federal (art. 5º, XII) e na Lei nº 9.296/1996.

Nessa senda, a interceptação telefônica pode ser conceituada como a captação e apreensão de diálogo telefônico, por terceiro, sem a ciência dos interlocutores (receptor e emissor), com o objetivo de fornecer elementos probatórios em investigações criminais e instruções processuais penais.

Consoante expressa determinação constitucional (art. 5º, XII, da CF), a interceptação telefônica apenas pode ser realizada após específica autorização judicial.

A legislação de regência ainda esclarece que a interceptação telefônica possui caráter subsidiário, bem como exige que haja indícios razoáveis da autoria e que o crime seja punido com reclusão (art. 2º da Lei nº 9.296/1996).

Muito se discute acerca do rigor relacionado com a análise da subsidiariedade do aludido meio de prova e da possibilidade de prorrogação das interceptações por um lapso de tempo razoável.

No que concerne, em particular, à prorrogabilidade das interceptações telefônicas, é pacífica, na esfera do Supremo Tribunal Federal, a orientação de que não há lapso temporal máximo a orientar as interceptações, mormente quando envolver fatos complexos e inúmeros investigados (STF, HC 83515/RS). Ficou assentado, nada obstante, que as prorrogações devem estar lastreadas na necessidade e indispensabilidade desse meio de prova (STF, RHC 88371/SP).

Já no que diz respeito especificamente à subsidiariedade desse meio de prova, cumpre ter em consideração que fatos envolvendo organizações criminosas ou corrupção de agentes públicos, em geral, são dotados de sofisticados esquemas destinados à ocultação dos delitos e garantia da impunidade, sendo certo que é raro testemunhas se disporem a relatar o funcionamento das engrenagens criminosas atinentes essas organizações.

Assim, a juízo deste articulista, nesses casos, que refogem à criminalidade tradicional, tem-se que é ínsito à natureza dos delitos o preenchimento do requisito da subsidiariedade da interceptação telefônica, porquanto exigir a coleta de elementos probatórios por outros meios significa garantir o fracasso da investigação.

Cumpre ressaltar, também, que não há a exigência de transcrição de todos os diálogos interceptados no período da investigação, uma vez que providência desse jaez serviria única e exclusivamente para tumultuar o andamento do feito.

O que deve se deve garantir é o acesso, à defesa, a todos os áudios produzidos no período. Acaso a defesa entenda ser necessária a transcrição de novos áudios, deverá indicá-los pormenorizadamente, justificando a pertinência.

Nesse sentido tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. Único meio de prova viável. Prévia investigação. Desnecessidade. Índícios de participação no crime surgidos durante o período de monitoramento. Prescindibilidade da degravação de todas as conversas. Inocorrência de ilegalidade. Ordem Denegada. (STF-HC 105527/DF, Rel. Min. Ellen Gracie)

De igual modo, tem sido admitida de forma pacífica a utilização, em processos cíveis e administrativos, das provas produzidas em investigações criminais ou processos criminais como provas emprestadas contra eventuais agentes públicos envolvidos em atos ilegais.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal também se debruçou sobre esse tema em especial:

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova. (STF, Inq. 2424/RJ, Rel. Min. César Peluso)

Assim, ao contrário de estigmatizar o aludido meio de prova, postura que somente serve aos interesses da macrocriminalidade, as autoridades

devem prestigiar o referido método de investigação, o qual tem bem servido aos interesses da sociedade na desarticulação de poderosas organizações criminosas.

Entende-se que, quando cotejados os bens jurídicos que se procuram tutelar em uma investigação que se vale de interceptações telefônicas, *v.g.*, proteção da probidade na Administração Pública, segurança pública em casos envolvendo tráfico de drogas e armas, dentre outros, e o direito fundamental à intimidade dos réus, por certo que hão de prevalecer os primeiros, os quais sempre deverão possuir uma primazia *prima facie* em razão de sua alta significação social.

### **2.7 O sigilo de dados cadastrais e a tutela da intimidade pessoal**

Os dados cadastrais constituem informações fornecidas pelos próprios cidadãos; são armazenadas em bancos de dados de pessoas jurídicas e se referem, essencialmente, a informações atinentes à qualificação de indivíduos. Esses dados, por não implicarem violação da intimidade, podem ser franqueados aos órgãos do Estado sem necessidade de intermediação judicial.

Já no que se refere ao acesso a dados cadastrais em poder de operadoras de telefonia, em especial o acesso a registros de chamadas realizadas e recebidas por determinado terminal, grassa certa controvérsia.

Para Bruno Calabrich (2007, p. 225/226), as empresas operadoras de telefonia móvel ou fixa são concessionárias de um serviço público, de modo que as informações sobre seus clientes e usuários constituem um banco de dados de caráter público, motivo pelo qual podem ser requisitadas pelo Ministério Público para a instrução de procedimentos.

De igual modo, para o referido autor, as informações acerca de chamadas recebidas e realizadas de um dado terminal, que não dizem respeito ao conteúdo das conversas, mas apenas ao fluxo de ligações, também não estão acobertadas pela cláusula de reserva jurisdicional, podendo ser requisitadas diretamente pelo Ministério Público (CALABRICH, 2007, p. 225/226).

A propósito desse tema em especial, são elucidativas as ponderações de Cássio Roberto Conserino (2011, p. 73):

Através desses relatórios de bilhetagens é possível elaborar uma pesquisa dos números dos terminais telefônicos mais recorrentes e individualizar todos os integrantes do grupo organizado. Também é salutar para ampliar as investigações ou até mesmo reduzi-la ou finalizá-la, porquanto, eventualmente,

o agente investigado pode ter cessado a utilização daquele número e com a bilhetagem é possível essa descoberta. Ou, ainda, após análise dos números é viável constatar que aquele telefone é utilizado para contatos com familiares ou outros afazeres e não para contato com pessoas ligadas à criminalidade. A bilhetagem, ainda, pode ser fornecida em tempo real, via e-mail.

Essa relação das ligações efetuadas e recebidas por um aparelho telefônico fixo ou móvel não pode ser considerada interceptação telefônica nos termos da Constituição Federal. A proibição contida na norma constitucional refere-se à interceptação e consequente captação de conversa, por terceira pessoa, sem a autorização e/ou conhecimento dos interlocutores e interessados na conversa telefônica. A informação de número de telefone para contato não implica a quebra de sigilo telefônico, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF, ADI 2407).

Assim, para quem defende essa posição, os órgãos públicos no combate ao crime organizado deveriam ter acesso a essa documentação, sem a precedente autorização judicial. Bastaria requisitá-las, se tivessem o condão da requisição. De qualquer maneira, esse registro, para ser acessado, tem de vir necessariamente instruído de justa causa demonstrativa de motivos concretos para o conhecimento.

Do ponto de vista deste ensaio, a requisição de dados telefônicos e cadastrais se insere no poder requisitório geral do Ministério Público garantido tanto pela Constituição Federal (art. 129, VI, da CF) quanto pela legislação ordinária (art. 26, III, da Lei nº 8625/1993 e art. 2º, III, da Lei nº 9.034/1995).

Nada obstante, ainda se encontram posicionamentos restritivos na jurisprudência – os quais se ancoram em uma visão equivocada, com a devida vênia, do disposto no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal –, que burocratizam, atrasam e, por vezes, inviabilizam importantes investigações.

## **2.8 O sigilo epistolar e telemático e a tutela da intimidade pessoal**

O art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal também estabelece ser inviolável o sigilo das correspondências. A despeito de o referido preceito somente excepcionar o sigilo das comunicações telefônicas como passível de quebra, tem-se entendido também possível a quebra do sigilo de correspondências.



O sigilo de correspondência vem apresentando especial relevo em questões relacionadas com missivas de presos direcionadas a pessoas não recolhidas no estabelecimento carcerário. Destarte, por vezes, indivíduos recolhidos nesse estabelecimento se valem de cartas para a prática de delitos e orientação de seus comparsas em liberdade.

Para a suspensão do aludido direito de comunicação com o mundo exterior e, por conseguinte, análise das correspondências encaminhadas, exige-se despacho fundamentado do diretor do estabelecimento prisional, a teor do disposto no art. 41, inc. XV e parágrafo único, da Lei nº 7.210/1984.

Em relação a esse tema em especial, por surpreendente que seja, o Supremo Tribunal Federal admitiu a validade da prova consubstanciada em abertura de cartas encaminhadas por sentenciados na qual se fazia menção à prática de crimes, independentemente de autorização judicial.

A propósito, é de se conferir a seguinte decisão:

STF – A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. – O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (HC 70.814/SP, Rel. Min. Celso de Melo)

Na visão deste ensaio, o indivíduo sob a tutela do Estado está mesmo submetido a um distinto regime jurídico, previsto na Lei de Execução Penal, motivo pelo qual não se vê ilegalidade na interceptação de cartas de presos destinadas a indivíduos não recolhidos no sistema prisional.

Por identidade de razões, não se enxerga óbice, como de fato não o há, na instalação de câmeras de vigilância nas celas e corredores de um estabelecimento prisional, não havendo que se falar na violação da intimidade dos presos.

Interessante questão se põe, no entanto, no que toca à interceptação de cartas entre pessoas não submetidas à tutela do Estado.

Nesses casos, a despeito da ausência de previsão legal, crê-se possível a interceptação da missiva, desde que haja prévia autorização judicial e indícios concretos da prática de crime.

Cumpra registrar, no entanto, que uma vez a carta tenha chegado a seu destino, ou seja, em mãos do destinatário que tomou conhecimento de seu conteúdo, não há mais que se falar em correspondência, em razão de já ter exaurido a finalidade comunicativa, devendo-se dar à carta o tratamento jurídico de um documento.

Nesses termos é a orientação de César Dário Mariano da Silva (2010, p. 66), o qual se apoia nas lições imemoriais de Rui Barbosa, *in verbis*:

Ora, como bem salientou Rui Barbosa, a inviolabilidade da correspondência ocorre até o instante em que ela cumpre o seu papel de instrumento de comunicação. A partir do momento em que ela chegou ao receptor, deixou de ser considerada correspondência e passou a ser um documento qualquer, passível de ser apreendido por ordem judicial, nos termos e na forma da lei.

De igual modo, no que toca à interceptação de e-mails, sucedâneos das missivas de outrora, crê-se também possível sua interceptação, mesmo porque há específica autorização legal (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/1996).

Para a regular interceptação de *e-mails*, no entanto, faz-se necessária autorização judicial nos mesmos termos da exigida para a interceptação telefônica, ou seja, observando-se seu caráter subsidiário e o prazo certo, porém prorrogável, de duração.

Nessa mesma senda, entende-se também possível a interpretação analógica do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/1996 a fim de se possibilitar a interceptação de mensagens divulgadas pelos sistemas *Twitter*, *Facebook*, *Orkut*<sup>12</sup>, *Myspace* ou quaisquer outras redes sociais de comunicação (CONSERINO, 2011, p. 154).

Vale o registro, nada obstante, de que, surpreendentemente e na contramão dos interesses de uma investigação eficaz em tempos de criminalidade organizada e altamente tecnológica, a própria Associação dos Delegados de Polícia do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade

---

<sup>12</sup> A rede *Orkut* foi oficialmente extinta no dia 30 de setembro de 2014, mas o Google criou um museu de redes com mais de um bilhão de mensagens trocadas. As informações armazenadas pelos usuários – fotos e mensagens – ficarão disponíveis para *download* até setembro de 2016.

(ADI 1.488) em face do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/1996 no Supremo Tribunal Federal, argumentando que a interceptação telemática implicaria violação ao disposto no art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, uma vez que somente teria sido excepcionada pela Constituição Federal a interceptação das comunicações telefônicas.

Nada obstante, como bem salientado no acórdão que denegou a medida liminar pleiteada, as comunicações de dados também se utilizam em certa medida de intermediação telefônica.

No entanto, mesmo que assim não o fosse, o disposto no art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal denota reclamar uma interpretação sistêmica e lógica, uma vez que não faria sentido algum esse ordenamento jurídico autorizar a interceptação telefônica e ao mesmo tempo vedar de forma absoluta a interceptação telemática, uma vez que a inviolabilidade relativa de ambas as formas de comunicação tem em mira a tutela de um mesmo bem jurídico, a intimidade, motivo pelo qual crê-se não haver justificativa para tratamento jurídico diferenciado.

Nesse passo, cumpre relembrar as lições de Carlos Maximiliano (2005, p. 136), quando diz que “O direito deve ser interpretado de forma inteligente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

### **3 Criminalidade organizada e métodos heterodoxos de investigação**

É cediço que o atual estágio de desenvolvimento tecnológico da sociedade e, por conseguinte, das formas de criminalidade que acompanham esse desenvolvimento, reclamam do Estado meios investigatórios compatíveis, adequados e eficientes.

Com efeito, imaginar que o vetusto inquérito policial normalmente embasado somente em oitiva de vítimas e eventuais de testemunhas irá dar conta das cada vez mais complexas formas de criminalidade organizada é fechar os olhos para a realidade e decretar a vitória do Estado paralelo.

Nesse sentido, é hora de abandonar a velha hipocrisia, no mais das vezes embalada em uma bela retórica, a fim de que se mude a mentalidade ultrapassada ainda vigorante, de modo a se possibilitar que o Estado se desincumba dos compromissos internacionais que assumiu de combate ao crime organizado e à corrupção<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> A propósito, no que concerne ao crime organizado, a Convenção de Palermo, aprovada pelo Decreto nº 231, de 29 de maio de 2003, e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de

A propósito, esse também é o pensamento do ilustre José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 242), que já teve oportunidade de assinalar que:

Coloca-se, então, como necessária, face ao perigo do crime organizado, a adoção de novas bases no processo penal, que contemplem a adoção de técnicas especiais de investigação, a possibilidade da utilização de meios de inteligência na fase da investigação criminal, a proteção de testemunhas, vítimas e réus colaboradores, a adoção de soluções negociadas, a busca da prevenção. Acredito que essa modificação nas bases do processo penal não significará erosão dos direitos individuais, mas que será possível a adoção de tais medidas dentro do marco constitucional e com obediência ao princípio da ampla defesa.

De mais a mais, as próprias Leis nºs 9.034/1995 e 9.296/1996 já consagram técnicas especiais de investigação, como a interceptação telefônica, telemática, infiltração de agentes, ação controlada, acesso a informações bancárias e fiscais e captação e interceptação ambientais, dando-se concretude aos ditos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Nada obstante, o próximo passo ainda há de ser dado, quer com a mudança de mentalidade dos operadores do sistema de investigações, ainda muito presos aos arcaicos modos de elucidação de crimes, quer com a mudança de mentalidade dos operadores do Sistema de Justiça, ainda muito parcimoniosos quando se trata da autorização para a captação e interceptação de modernas formas de comunicação.

## **Conclusão**

A despeito da relevância da intimidade no cenário jurídico brasileiro, assegurada que está como direito fundamental do indivíduo, a sua proteção

---

12 de março de 2004, dispõe no art. 20 que: “1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.”.

não poderá dar-se a qualquer preço, em detrimento de outros direitos fundamentais, *prima facie* mais relevantes.

Desse modo, há de se ter em mente a necessidade de tutela também de outros interesses da sociedade, de igual ou superior fundamentalidade, por vezes com o sacrifício da intimidade.

Assim, tem-se que devem ser superados os óbices opostos a investigações empreendidas pelo Ministério Público, autorizando-se o acesso direto a dados bancários e fiscais, além do que devem-se dotar as polícias e demais órgãos do Estado de instrumentos eficientes para a utilização de técnicas especiais de investigação e inteligência a serviço da própria coletividade.

CASTRO, L. B. de. The legal and constitutional implications of intimacy protection and their relations with the investigative activity of the state. *Justitia*, São Paulo, v. 202/203, p. 83-112, Jan./Dec. 2011-2012.

- **ABSTRACT:** The intimacy, although a fundamental right, should give in to other fundamental rights more important for the society, as prescribed by the law and the Constitution. In this way, new case law beacons should be created to ensure the systematic interpretation of the Constitution and the compliance to international commitments made by Brazil for an efficient fight against organized crime.
- **KEY WORDS:** Intimacy. Secrecy. Organized crime.

## Referências

- ARAS, Vladimir. *Possibilidade de quebra de sigilo bancário pelo Ministério Público: uma proposta*. Publicado em 20 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.leliobragacalhau.com.br/possibilidade-de-quebra-de-sigilo-bancario-pelo-ministerio-publico-uma-proposta/>>. Acesso em: 8/jul. 2015.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8. ed. revista e atualizada até a EC 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Temas fundamentais de direito, v. 7).
- CAVALCANTI, José Robalinho. Sigilo bancário no Brasil, dualidade e globalização: duas propostas para reunificação e retomada de coerência perante

o texto constitucional. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral, questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JuPodivm, 2010.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Caderno de Pesquisa Tributária*, São Paulo, v. 18, 1993.

CONSERINO, Cássio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011. (Série Legislação penal especial).

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. São Paulo: Forense, 2005.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Altas, 2010.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Altas, 1999.

SILVA, César Dário Mariano. *Provas ilícitas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

### **Links de sites consultados**

[www.novacriminologia.com.br](http://www.novacriminologia.com.br)

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)