

Como citar: SANTOS, Diego Prezzi. AMARAL, Antonio José Mattos do. **Sigilo Telefônico nas Constituições de Brasil e Portugal: Análise do Tratamento da Medida na Lei e na Jurisprudência e o Limite entre Proteção Deficiente e Eficiente.** Revista do Direito Público. Londrina, v.11, n.1, p.9-40, jan/abr.2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n1p9. ISSN: 1980-511X.

Sigilo telefônico: entre proteção deficiente e eficiente

PHONE RECORDS: BETWEEN PROTECTION DEFICIENT AND EFFICIENT

* Diego Prezzi Santos

** José Mattos do Amaral

Resumo: o presente estudo busca analisar os requisitos de interceptações telefônicas no Brasil e em Portugal, pautando a análise em normas constitucionais e normas infraconstitucionais. A análise passa pela compreensão dos direitos vinculados à intimidade da pessoa e a vida privada e da possibilidade que tem o investigado, alvo da quebra de sigilo telefônico através de interceptação telefônica, de ter garantido o acesso material à justiça, tendo, para tanto, respeitados estes direitos. Fora verificado o conceito de acesso à ordem jurídica justa (material) e também o acesso formal para que fosse possível a compreensão e apresentação dos resultados obtidos junto aos tribunais brasileiros e aos tribunais portugueses.

Palavra-chave: Intimidade. Direitos Fundamentais. Sigilo Telefônico. Comparative Law. Direito Português.

Abstract: The present study aims to analyze the requirements of the wiretapping Brazil and Portugal, basing the analysis on constitutional norms and standards infra. The analysis involves the understanding of rights linked to personal intimacy and privacy and the possibility that it has investigated the target of disclosure of telephone records through telephone interception, having secured the material access to justice, and, therefore, these respected rights. Checked out the concept of access to fair legal system (material) and also the formal access to make possible the understanding and presentation of the results obtained from the Brazilian courts and the Portuguese courts.

Keywords: Intimacy. Fundamental Rights. Telephone Confidentiality. Comparative Law. Law Portuguese.

* Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito pelo programa de mestrado em ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). E-mail: diegoprezzi@yahoo.com.br

** Advogado criminal. Professor em nível de graduação e pós-graduação nas regiões sul, sudeste e centro-oeste. Doutorando em Direito. E-mail: ajma.adv@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente estudo verificou se existe proteção à intimidade e à vida privada nos casos de pessoas submetidas a procedimentos criminais que são alvos de interceptações telefônicas, fazendo estudo comparativo entre Brasil e Portugal.

É salutar que a macrocriminalidade produziu uma série de medidas investigativas inovadoras, dentre as quais a interceptação das telecomunicações. Este instrumento deve ser aproveitado de forma extremamente cautelosa diante da proteção constitucional de um reduto de intimidade que cada pessoa é detentora.

A pesquisa analisou, do ponto de vista constitucional, a existência de respeito aos direitos fundamentais no curso das investigações que usam tal técnica.

Para tanto, houve estudo do regime jurídico da intimidade e da vida privada, núcleo do debate, no Brasil e em Portugal tanto no que concerne à legislação constitucional quanto à legislação infraconstitucional.

A Lei de Interceptações Telefônicas do Brasil foi estudada, assim como o tratamento apresentado pela legislação portuguesa, incorporada no Código de Processo Penal, com a verificação de critérios, requisitos e limites deste instrumento processual.

Em fase posterior da pesquisa, tratou das características de cada sistema e da forma que a jurisprudência aborda o difícil embate entre direitos fundamentais e dever de investigação como faceta da segurança pública.

Buscou-se verificar, além das particularidades do tratamento do tema em cada Estado, as decisões como forma de se concluir pela existência (ou não) de eficácia garantista e proteção eficiente ou pela violação do dever de proteção e, portanto, descumprimento do dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*).

O método usado foi o bibliográfico para prospecção de dados legais, doutrinários e jurisprudenciais e se realizou confronto de decisões para se chegar as conclusões.

1 DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E SIGILO TELEFÔNICO

O art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso X, preconiza o dever de respeito à intimidade e a vida privada, veja-se “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” e tal preceito, conforme Siqueira e Rossinholi (2014) é daqueles que são classificados como de imediata aplicação dado seu caráter normativo.

Dotti (1980, p. 145) aponta que cada pessoa tem uma reserva, um espaço livre de intervenções em que se manifesta seu estado d’alma e os segredos que não deseja partilhar.

Serrano (1997, p. 63) aponta que “o núcleo mais restrito da vida privada, uma privacidade qualificada, na qual se resguarda a vida individual de intromissões da própria vida privada [...] um espaço que o titular deseja manter impenetrável, mesmo aos mais próximos, que compartilham consigo a vida cotidiana”.

Registra-se que ingerências estatais nesta privacidade qualificada ou adjetivada não são possíveis, salvo se houver anuência do próprio sujeito.

O inciso em tela não trata, portanto, deste núcleo inatacável do ser (vida privada qualificada) e sim da chamada vida privada (regular, normal) que, conforme ensinamento de Silva (1999, p. 209), consiste em um direito geral à privacidade que transpassa a vida privada, atingindo a esfera profissional, à honra, a familiar, a imagem, o direito ao segredo.

É, efetivamente, a intimidade e a vida privada com interesse mínimo público que pode ser, excepcionalmente, invadida. E a Constituição Federal, justamente nesta faceta, acoberta o sujeito contra excessos e ilegalidade do Estado.

Uma das expressões da vida cotidiana que pode ser verificada pelo Estado é aquela decorrente de conversas telefônicas ou transmissão de informações, por qualquer meio.

Anota-se que desde a Constituição Federal de 1946 as correspondências (e demais trocas de informações) são invioláveis, como se percebia no Título IV, Capítulo II, artigo 141, §6º.

Em Constituição Federal de 1969¹ - com a Emenda Constitucional Primeira de 17 de outubro de 1969 – houve implementação, no art. 153, do §9º que tornou invioláveis “o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”, Capítulo IV do Título II – Da Declaração dos Direitos.

Em 1988, na Constituição Federal atual, além da tutela, houve esclarecimento da exceção. Veja-se:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem

¹ Originariamente a Constituição Federal de 1969 fazia tal previsão no art. 150.

judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1988, p. 2)

Dada a abertura do texto legal quanto às “hipóteses e na forma que a lei estabelecer”, criou-se a Lei n. 9.296 de 24 de julho de 1996.

Restou, então, regulamentada a exceção normativa do Documento Constitucional Brasileiro que permite que haja tal medida a qualquer brasileiro ou estrangeiro em território nacional, independentemente de cargo, função ou ocupação.

Por seu turno, na Constituição Portuguesa a disposição está colacionada no art. 26, parágrafo 1:

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. (PORTUGAL, 2005, p. 5)

É de se notar a concepção de vida privada adotada pelo Tribunal Constitucional do país europeu:

Trata-se do direito de cada um a ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias. É a *privacy* do direito anglo-saxónico. O homem, sendo embora um ser social, não é, porém, todo ele parte da sociedade civil. Justamente porque é pessoa, o homem tem — como sublinham Javier Hervada e José M. Zumaquero — «um âmbito pessoal em que não têm entrada nem o Estado, nem a sociedade, um âmbito regulado pela consciência e pelo juízo de cada um. Este âmbito privado (íntimo, próprio) não é em si mesmo objecto de regulamentação por parte do Estado, nem de ingerências sociais. É um âmbito de liberdade, de intimidade ou de não publicidade» [cfr. *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, EUNSA, Pamplona, 1978, p. 145]. Neste âmbito privado ou de intimidade está englobada a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade (v. g. a amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o lar ou domicílio), e bem assim os meios de expressão e de comunicação privados (a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc.) PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. AC 128/92 PROCESSO 260/90 2 SECÇÃO RELATOR: MESSIAS BENTO. (PORTUGAL, 1992).

Nota-se, que, além desta disposição, pode-se enxergar um cerco de proteção em outros inúmeros artigos da Constituição de Portugal nos artigos 32.8 e 34.4:

8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal. (PORTUGAL, 2005, p. 6).

Percebe-se no artigo 32.8 a nulidade das provas colhidas por interceptações telefônicas mediante tortura, coação, ofensa a integridade física, moral e intromissões abusivas na vida privada, domicílio, correspondência e telecomunicações.

Este dispositivo constitucional não delimita o conceito de intromissão abusiva na vida do ser humano, contudo, fica claro que é aquele acesso ilegal ou sem razão na esfera privada da vida.

Tanto é que no art. 34.4 se lê a vedação às ingerências do Estado nas telecomunicações, salvo nos casos previstos em lei. Estas ingerências, como professam Canotilho e Moreira (2003, p. 214), são vedadas ao Estado e, também, a entidades privadas.

Ainda que não bastasse a clareza da regra constitucional – aqui parece não se tratar de princípio pela precisão e completude normativa – a Constituição de Portugal aponta, no artigo 18, que “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Constitui, como se constata, a intimidade e a vida privada itens constantes nos textos constitucionais tanto do Brasil quanto de Portugal, merecendo o sigilo telefônico.

A Constituição Federal brasileira, contudo, peca ao não primar pela amplitude do texto relativos à intimidade e sigilo das comunicações como faz a Constituição da República Portuguesa que clarificou sua intenção de máxima proteção da pessoa no tocante a estes direitos.

2 DA TUTELA PRIVADA DA PRIVACIDADE E SIGILO TELEFÔNICO

No Brasil, o Código Civil atual tratou dos Direitos da Personalidade no Capítulo II e no artigo 21 fez previsão expressa sobre a vida privada. Colaciona-se:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (BRASIL, 2002, p. 3).

Embora não exista o conceito delimitado de “vida privada” na legislação brasileira, o dispositivo deixa evidente o caráter inviolável deste.

Este direito é uma das facetas essenciais do ser, inatos a ele, constituindo-se, portanto, em um direito da personalidade, que são, para Bittar (1995, p. 2) “os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”.

França (1994, p. 1034) afirma serem “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior” enquanto Tartuce (2005) aponta que “podem ser conceituados como sendo aqueles direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. Surgem cinco ícones principais: vida/integridade física, honra, imagem, nome e intimidade. Essas cinco expressões-chave demonstram muito bem a concepção desses direitos”.

Conforme lição de Oliveira e Menóia (2009), essa proteção, no Brasil, se justifica pelo fato de ter havido em 1988 uma revalorização do homem, passando a ser o centro do Ordenamento.

No Código Civil português vê-se no art. 80 a proteção à intimidade e a vida privada “Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.” (PORTUGAL, 1966, p. 23).

Neste Código Civil, constam dos direitos da personalidade no Título II, Subtítulo I, Capítulo I, Seção II, e estes são, para Cordeiro (2007, p. 103), dotados de oponibilidade *Erga omnes*, não necessitam relação jurídica para seu exercício e devem ser respeitados por contarem com tutela aquilina.

Interessante notar o conteúdo normativo diverso do constitucional no Código Civil Português, não sendo mera reafirmação de conteúdo, mas sim uma regulamentação do dispositivo da Constituição. Diz que “todos devem guardar reserva quanto à intimidade”, consistindo, portanto, em comando direto aos demais de que devem se abster de promover invasões na vida alheia. O vocábulo “Todos” não pode ser entendido como cidadãos apenas, tratando-se, claramente, de pessoas físicas e também jurídicas, o que inclui, sem dúvida, o Estado e seus entes investigativos.

E esta compreensão levada à lei infraconstitucional lusitana decorre da compreensão da vida privada e intimidade como Direito Fundamental tal pessoas protegido por regras constitucionais claras e bastante bem definidas.

Assim como no direito brasileiro, em Portugal não existe uma cláusula geral ou direito geral de personalidade, como ocorre na Alemanha. Neste país, considerando o fato de que havia um rol taxativo de direitos da personalidade, fora necessária a “elaboração” de um direito geral para tutelar situações não previstas em lei, como preconiza Vasconcelos (2006, p. 61 e 62). Esta medida, todavia, não é necessária em Portugal e no Brasil em decorrência de haver, efetivamente, um rol exemplificativo e amplo.

3 TRATAMENTO LEGAL BRASILEIRO E PORTUGUÊS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Conforme lição de Silva (2008, p. 233), as interceptações telefônicas “são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, são instrumentos para recolher no processo esses instrumentos”.

Enquanto o Brasil trata do tema em uma lei especial, Portugal traça limites e dispõe sobre regras para interceptações telefônicas no Código de Processo Penal, o que é medida mais acertada do ponto de vista técnico.

A Lei brasileira de Interceptações Telefônicas (n. 9.296 de 24 de julho de 1996) fora a lei que regulamentou as exceções à proteção extrema da intimidade, vida privada e sigilo.

Dos artigos 1 ao 9 está exposto o conjunto de regras a serem seguidas para a interceptação telefônica:

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.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

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;

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

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

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º 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.

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

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

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.

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal. (Brasil, 1996, p. 1).

No Capítulo III “Da Segurança Pública”, do Título V da Constituição Federal, no artigo 144, consta uma cláusula geral ligada a investigações policiais. A legislação surgiu para regulamentar as medidas investigativas e evitar o excesso tão comum no Brasil.

Gomes e Maciel (2011, p. 8) registram o abuso do uso de instrumentos investigativos agudos na época da ditadura militar e que se disseminaram mesmo no período constitucional.

Visto tratamento brasileiro conferido por lei especial, aponta-se o dispositivo contido no art. 187 do Código de Processo Penal Português acerca das interceptações telefônicas:

1 - A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefônicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, quanto a crimes:

- a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos;
- b) Relativos ao tráfico de estupefacientes;
- c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas;
- d) De contrabando;

- e) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone;
- f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou
- g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores.

2 - A autorização a que alude o número anterior pode ser solicitada ao juiz dos lugares onde eventualmente se puder efectivar a conversação ou comunicação telefónica ou da sede da entidade competente para a investigação criminal, tratando-se dos seguintes crimes:

- a) Terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada;
- b) Sequestro, rapto e tomada de reféns;
- c) Contra a identidade cultural e integridade pessoal, previstos no título iii do livro ii do Código Penal e previstos na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário;
- d) Contra a segurança do Estado previstos no capítulo i do título v do livro ii do Código Penal;
- e) Falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda prevista nos artigos 262.º, 264.º, na parte em que remete para o artigo 262.º, e 267.º, na parte em que remete para os artigos 262.º e 264.º, do Código Penal;
- f) Abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.

3 - Nos casos previstos no número anterior, a autorização é levada, no prazo máximo de setenta e duas horas, ao conhecimento do juiz do processo, a quem cabe praticar os actos jurisdicionais subsequentes.

4 - A interceptação e a gravação previstas nos números anteriores só podem ser autorizadas, independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado, contra:

- a) Suspeito ou arguido;
- b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou
- c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido.

5 - É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime.

6 - A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações são autorizadas pelo prazo máximo de três meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade.

7 - Sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou

comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1.

8 - Nos casos previstos no número anterior, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas interceptações são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito. (PORTUGAL, 1987, p.1)

A Lei de Interceptações Telefônicas contém dispositivo negativo que veda interceptações telefônicas como regra e expõe as exceções nas quais há possibilidade de violação de direitos:

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

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. (BRASIL, 1996, p.1).

Enxerga-se a clara idéia de que apenas se poderá captar ligação quando a finalidade for produção de prova processual penal, excluindo-se, desde logo, a possibilidade dessa ingerência no caso de demandas cíveis, trabalhistas ou de qualquer outra ramificação jurídica.

A posição é a mesma assentada no art. 187 do CPP de Portugal, o qual delimita uma série de delitos – num rol taxativo contido nos parágrafos 1 e 2 – que podem ensejar tais medidas quando houve aguda suspeita de ocorrência, não sendo possível acionar uso em caráter preventivo². Nota-se, conforme preconiza Silva (2008, p. 248) deve haver processo concreto, rememorando-se que, em Portugal, o inquérito é uma fase processual.

Filho (2005, p. 24) afirma que, pela leitura do texto legal, é simples perceber que apenas no processo penal e para instrução probatória é que a informação pode ser usada. Mesmo ponto de vista é partilhado por Cervini e Gomes (1997, p. 118).

² STS 1426/1998, recurso n.º 1709/1996.

Esta mesma linha é vista na legislação portuguesa quando define que “5 - É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime”.

Rangel (2000) explica que permitir o uso da interceptação telefônica em em outro ilícito que não seja o criminal ou utilizar a prova em outro ramo jurídico seria torcer o texto constitucional, burlando-o.

Baseia-se tal afirmação no seguinte trecho “[...] nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Esta assertiva, parte derradeiro do inciso respectivo, deixa livre de dúvidas o fato de que o direito fundamental, extensão da personalidade humana, apenas poderá ser quebrada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O uso da captação telefônica, portanto, apenas pode ser acionada para processos criminais, tanto no Brasil quanto em Portugal.

Um traço distintivo importante entre os dois tratamentos é que a legislação portuguesa preconiza o uso de tal técnica apenas quando houver impossibilidade da produção da prova de outro modo ou for muito difícil de obtê-la, expressando maior amplitude que a lei nacional, a qual permite a interceptação telefônica, segundo uma interpretação literal, apenas quando não for possível outra forma de se buscar a prova.

No Brasil a captação telefônica pode ser feita durante inquérito policial e mesmo no período processual. Já o art. 187 do CPP português permite tal medida apenas “durante o inquérito”.

Quanto ao pedido e ao deferimento, aponta-se que nos dois países deve haver pedido da autoridade investigativa ao magistrado, não podendo haver deferimento de ofício. A diferença é que em Portugal tal pedido é exclusivo do Ministério Público e no Brasil, além do MP, a autoridade policial pode requerer.

A decisão de deferimento deve ser fundamentada nos dois países, respeitando, com efeito, determinações internas e internacionais de fundamentação das decisões judiciais.

No Brasil existe no art. 4º da Lei de Interceptações Telefônicas o dever de descrever a necessidade da medida gravosa com indicação dos meios a serem empregados, o que não se identifica na legislação estrangeira.

O art. 188 do CPPP contém outras regras afetas à captações telefônicas:

1 - O órgão de polícia criminal que efectuar a interceptção e a gravação a que se refere o artigo anterior lavra o correspondente auto e elabora relatório no qual indica as passagens relevantes para a prova, descreve de modo sucinto o respectivo conteúdo e explica o seu alcance para a descoberta da verdade.

2 - O disposto no número anterior não impede que o órgão de polícia criminal que proceder à investigação tome previamente conhecimento do conteúdo da comunicação interceptada a fim de poder praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova.

3 - O órgão de polícia criminal referido no n.º 1 leva ao conhecimento do Ministério Público, de 15 em 15 dias a partir do início da primeira interceptção efectuada no processo, os correspondentes suportes técnicos, bem como os respectivos autos e relatórios.

4 - O Ministério Público leva ao conhecimento do juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas.

5 - Para se inteirar do conteúdo das conversações ou comunicações, o juiz é coadjuvado, quando entender conveniente, por órgão de polícia criminal e nomeia, se necessário, intérprete.

6 - Sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo anterior, o juiz determina a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo:

a) Que disserem respeito a conversações em que não intervenham pessoas referidas no n.º 4 do artigo anterior;

b) Que abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado; ou

c) Cujas divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias; ficando todos os intervenientes vinculados ao dever de segredo relativamente às conversações de que tenham tomado conhecimento.

7 - Durante o inquérito, o juiz determina, a requerimento do Ministério Público, a transcrição e junção aos autos das conversações e comunicações indispensáveis para fundamentar a aplicação de medidas de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção do termo de identidade e residência.

8 - A partir do encerramento do inquérito, o assistente e o arguido podem examinar os suportes técnicos das conversações ou comunicações e obter, à sua custa, cópia das partes que pretendam transcrever para juntar ao processo, bem como dos relatórios previstos no n.º 1, até ao termo dos prazos previstos para requerer a abertura da instrução ou apresentar a contestação, respectivamente.

9 - Só podem valer como prova as conversações ou comunicações que:

a) O Ministério Público mandar transcrever ao órgão de polícia criminal que tiver efectuado a interceptção e a gravação e indicar como meio de prova na acusação;

b) O arguido transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao requerimento de abertura da instrução ou à contestação; ou

c) O assistente transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao processo no prazo previsto para requerer a abertura da instrução, ainda que não a requeira ou não tenha legitimidade para o efeito.

10 - O tribunal pode proceder à audição das gravações para determinar a correcção das transcrições já efectuadas ou a junção aos autos de novas transcrições, sempre que o entender necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

11 - As pessoas cujas conversações ou comunicações tiverem sido escutadas e transcritas podem examinar os respectivos suportes técnicos até ao encerramento da audiência de julgamento.

12 - Os suportes técnicos referentes a conversações ou comunicações que não forem transcritas para servirem como meio de prova são guardados em envelope lacrado, à ordem do tribunal, e destruídos após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo.

13 - Após o trânsito em julgado previsto no número anterior, os suportes técnicos que não forem destruídos são guardados em envelope lacrado, junto ao processo, e só podem ser utilizados em caso de interposição de recurso extraordinário. (PORTUGAL, 1987, p. 68).

Nota-se que no art. 5º da lei brasileira há o prazo de 15 (quinze) dias renováveis, não contendo, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, limite para a captação telefônica, devendo haver pedidos e deferimentos a cada período (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2011). Outra fatia da doutrina e da jurisprudência nacional preconiza que o prazo de 15 (quinze) dias apenas pode ser renovado por igual período (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Diante deste conflito, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral na matéria e irá se manifestar sobre o assunto, restando a ementa da decisão que reconheceu a relevância do debate constitucional assim definida:

PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º, 93, INCISO IX; E 136, § 2º DA CF. ARTIGO 5º DA LEI N. 9.296/96. DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DE SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DA MEDIDA. ALEGAÇÃO DE COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RELEVÂNCIA SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA DA MATÉRIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (BRASIL, 2013, p. 1).

Em Portugal, todavia, conforme parágrafo 6 do art. 187 do CPP, o prazo é de 3 (três) meses, renováveis por igual período desde que haja motivo e se mantenham requisitos de admissibilidade.

Nota-se que, para renovações, não basta a alegação de que persistem os motivos da primeira autorização. Recentemente, no Superior Tribunal de Justiça, no Brasil, se apresentou que

5. A simples referência a decisões anteriores para autorizar, além da prorrogação, novos monitoramentos não serve como fundamento a autorizar inúmeras prorrogações. 6. Quando são solicitadas novas quebras é porque fatos novos surgiram, novas suspeitas, novos indícios; fatos, suspeitas e indícios evidentemente não existentes por ocasião da primeira decisão ou da decisão anterior. Diante de um novo quadro, uma nova decisão deve ser proferida, expondo claramente como os novos fatos, as novas suspeitas, as novas denúncias autorizam as seguintes diligências. Ante um novo contexto, inviável se considerar a prévia decisão vinculada a outra realidade como suficiente para justificar as quebras requeridas. (Brasil, 2012, p. 1).

Ademais, nota-se na lei sul americana que o Ministério Público será cientificado para acompanhar o procedimento, caso queira, que será coordenado (que consiste no estabelecimento da captação, oitiva e transcrição) pela autoridade policial, mas esta não tem dever de informar periodicamente o órgão acusatório, diferentemente do que ocorre em Portugal, com um dever de informar a cada 15 (quinze) dias a acusação.

Se possível a realização da gravação, deverá existir transcrição das conversas segundo preconiza a lei brasileira, segundo leitura de Gomes e Maciel (2011, p. 162). Verifica-se que a gravação não é o meio de prova, não bastando que a polícia diga que ouviu algo, devendo, para existir e angaria validade jurídica, ser realizada a transcrição, como preconiza Ada Grinover (1986, p. 255 e ss). Em Portugal, a situação das gravações e transcrições é mais clara.

O juiz irá, a pedido da acusação, determinar a transcrição dos áudios gravados. Logo, tudo que for ouvido deve ser devidamente armazenado pela autoridade policial que, após encaminhar relatório à acusação, poderá receber comunicado do juízo para transcrever partes do material.

Apenas o material transcrito poderá ser utilizado como meio de prova, conforme previsão legal (art. 188 *Caput*, parágrafo 9, alíneas “a”, “b” e “c” do CPP de Portugal), podendo o acusado examinar o material gravado e transcrito,

bem como de relatórios emitidos pela autoridade policial ao MP, e custear transcrição do que for interessante à defesa (art. 188, parágrafo 8 do CPP de Portugal).

Estas transcrições da defesa devem ser juntadas ao inquérito policial para que se permita o exercício do Contraditório, assim como deve fazer a acusação.

A permissão de acesso em Portugal é plena e irrestrita, permitindo-se exercer, de fato, o Contraditório quando há acionamento das captações telefônicas.

No Brasil, entretanto, as transcrições de interesse acusatório são feitas pelo próprio MP ou pela polícia (civil, federal), sem intervenção ou participação da defesa ou do magistrado. Cabe à defesa tentar o acesso das conversas transcritas e não transcritas, o que só é possível com o conhecimento de todos os áudios gravados.

E é função do magistrado anexar aos autos do processo criminal tais materiais.

Nenhuma parte, na legislação europeia, se apropria do material colhido e não existe seleção e recortes, pois a defesa terá o mesmo acesso que o juízo e a acusação e poderá, não com uso de dinheiro público, mas privado, produzir sua prova, que será sujeita à análise.

Nota-se, ademais, outra diferença que é a possibilidade de correção das captações pelo tribunal, o que não é previsto no Brasil.

As pessoas não acusadas que tiverem sido citadas nas captações telefônicas têm direito (art. 188, parágrafo 11 do CPP) de examinar as captações e transcrições até o desfecho do processo, o que não é previsto no Brasil.

Inclusive ser citado em captação telefônica não é motivo para inauguração de ação criminal, apenas de investigação policial.

O procedimento posterior às captações telefônicas também é diferente no Brasil e em Portugal. No primeiro, o material (gravação e transcrições) serão inutilizados no inquérito, no processo ou após este, por pedido de qualquer das partes. Percebe-se, sem resistência, que pode-se pedir mesmo no início da investigação policial a inutilização, o que, se deferido, poderá ocasionar problemas e dificuldades futuras para as partes diante de novas provas (depoimentos, documentos, interrogatórios) surgidos no processo.

E a inutilização do material terá participação de uma das partes (a acusação) podendo participar a defesa, porém esta “participação” não encontra

procedimento descrito, o que tem causado omissão desta convocação para o ato.

O perigo desta imprecisão e violação da Paridade de armas é evidente e gigantesco.

Em Portugal, após as captações, deve haver decisão judicial que põe a termo o processo apartado e, com o trânsito em julgado de tal sentença, parte do material será guardado em envelope lacrado (para eventual uso em recurso extraordinário) e parte será destruída, como se nota nos parágrafos 12 e 13 do art. 188.

Vistas as principais diferenças e situações de identidade entre os tratamentos, aponta-se compreensões jurisprudenciais sobre a proteção constitucional e o uso das interceptações telefônicas.

4 DO POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

O respeito às garantias fundamentais opera respeito e materialização do acesso à ordem jurídica justa e permite que aquele que é investigado tenha acesso formal à justiça.

Logo, o seguimento constitucional do processo de interceptação telefônica faz o direito fundamental ao acesso à justiça e, também, o direito da personalidade à privacidade ser devidamente respeitado.

Os Tribunais Brasileiros, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, tem enfrentado com coragem extrema o assunto das interceptações telefônicas sem praticando a idéia de Constituição como centro orbital do sistema jurídico.

Isso é nítido porquanto em muitos casos há flagrante desrespeito às garantias constitucionais na autorização do procedimento e, quando existe detecção de tal fato, a decisão tem sido no sentido de anular o ato.

De início, aponta-se decisões acerca da ausência de real e vasta fundamentação quando da prolação do *decisum* que deferiu as captações:

PENAL. [...]. 1. O crime de concussão tem natureza formal, sendo suficiente, para sua configuração, a exigência da vantagem indevida. O efetivo auferimento do benefício é mero exaurimento do crime. 2. Nos crimes de responsabilidade, a conduta descrita no art. 39, IV da Lei 1.079/50 traz como sujeito ativo os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Não é legítima a

aplicação analógica ou extensiva dessa norma incriminadora a desembargadores de tribunais de justiça. Precedente: APN 329, Corte Especial, Min. Hamilton Carvalhido, DJ 23/04/2007. 3. É ilícita a prova obtida por interceptação de comunicação telefônica autorizada por fundamentação genérica, sem a especificação das circunstâncias e a limitação de prazo exigidas nos artigos 4º e 5º da Lei 9.296/96. Chancelar decisões com superficialidade de fundamentação representaria banalizar a intromissão dos órgãos estatais de investigação na intimidade das pessoas (não só dos investigados, mas de tantos quantos com eles mantém interlocução), violando o direito fundamental à privacidade, tão superlativamente resguardado pela Constituição. 4. Relativamente a dois dos fatos descritos como crime de concussão, a denúncia identificou agentes, indicou, individualmente, a conduta de cada um, apontando as circunstâncias necessárias à configuração do ilícito. Relativamente a esses fatos, estão preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP, havendo suporte probatório de autoria e materialidade suficiente para o juízo de recebimento da denúncia. 5. Denúncia recebida em parte, com afastamento do desembargador acusado do exercício do cargo. (APn.422/RR, Rel. Ministro TEORIALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/05/2010, DJe 25/08/2010)

PROCESSO PENAL[...]. 1. Sobrevindo o trancamento em parte das ações penais, objeto do writ, tem-se a parcial perda do objeto, restando, em tal extensão, prejudicada a ordem. 2. A interceptação telefônica é medida constritiva das mais invasivas, sendo imprescindível, para o seu deferimento, que a informação somente seja obtida por tal meio, e, que haja a devida motivação. 3. Ordem, em parte prejudicada, e, no mais, parcialmente concedida apenas para declarar a ilicitude das interceptações telefônicas realizadas a partir de 9 de dezembro de 2003. Com voto vencido. (HC 49.146/SE, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 07/06/2010)

Em caso de grande repercussão nacional, o STJ decidiu que o magistrado deve levar em consideração acontecimentos, indicando-os individualmente na decisão sob pena de nulidade processual penal:

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL [...]. I. A atuação da Polícia Federal não se restringe à apuração de crimes de competência da Justiça Federal, também podendo sê-lo feito em prol da Justiça Estadual. II. Havendo

indícios de que os delitos sob investigação possuem repercussão interestadual, há expressa previsão constitucional e legal para a atuação da Polícia Federal. Inteligência dos artigos 144, §1º, I da Constituição da República e 1º, II da Lei 10.446/2002. III. Por outro lado, a ação penal não é afetada por eventual mácula do inquérito policial, peça de cunho meramente informativo. Precedentes. IV. Para a determinação da quebra do sigilo telefônico dos investigados, mister se faz a demonstração, dentre outros requisitos, da presença de razoáveis indícios de autoria em face deles. Inteligência do artigo 2º, I da Lei 9.296/1996. V. A presença de denúncia anônima e de matérias jornalísticas indicando a possível participação dos investigados na empreitada criminosa é suficiente para o preenchimento desse requisito. VI. É certo que elementos desse jaez devem ser vistos com relativo valor, porém, não se pode negar que, juntos, podem constituir indícios razoáveis de autoria de delitos. VII. Outro requisito indispensável para a autorização do meio de prova em questão é a demonstração de sua indispensabilidade, isto é, que ele seja o único meio capaz de ensejar a produção de provas. Inteligência do artigo 2º, II da Lei 9.296/1996. VIII. Havendo o Juízo de 1º Grau deferido a gravosa medida unicamente em razão da gravidade da conduta dos acusados, do poderio da organização criminosa e da complexidade dos fatos sob apuração, porém, sem demonstrar, diante de elementos concretos, qual seria o nexo dessas circunstâncias com a impossibilidade de colheita de provas por outros meios, mostra-se inviável o reconhecimento de sua legalidade. IX. Ademais, as interceptações deferidas no caso que ora se examina não precederam de qualquer outra diligência, havendo a medida sido utilizada como a origem das investigações, isto é, empregada a exceção como se fosse a regra. X. Não bastasse isso, um dos pacientes teve sua intimidade devassada por força de decisão judicial que, apesar de autorizar o monitoramento de sua linha telefônica, o fez pensando que ela seria de outro investigado, não havendo o equívoco sido sanado em momento algum pelo Juízo singular. XI. Outro ponto passível de críticas foi o de que, numa das prorrogações, o Magistrado de origem mencionou no dispositivo de sua decisão linhas telefônicas diversas daquelas monitoradas, porém, ao invés de se buscar a correção do equívoco, a autoridade policial permaneceu interceptando as linhas anteriormente alvos da prova, ou seja, aquelas que não foram abarcadas pelo dispositivo da decisão judicial. XII. In casu, várias foram as prorrogações deferidas pela autoridade judicial, sendo que, quanto aos dois pacientes (os quais utilizavam três linhas), o monitoramento perdurou por noventa, cento e vinte e cento e oitenta dias, respectivamente. XIII. Consoante recente orientação adotada por esta 6ª

Turma (HC 76.686/PR), existem três interpretações possíveis para a prorrogação: 1ª) máximo de trinta dias (quinze prorrogáveis uma vez por igual período, consoante redação literal do artigo 5º da Lei 9.296/1996); 2ª) de sessenta dias (prazo máximo possível para a medida em caso de decretação de Estado de Defesa, cf. artigo 136, §2º da Carta Política de 1988); ou 3ª) pelo prazo necessário à elucidação das investigações, desde que ele não exceda o princípio da razoabilidade e, necessariamente, a imperiosidade das sucessivas prorrogações seja exaustivamente fundamentada. XIV. A motivação utilizada em 1ª Instância para as sucessivas prorrogações careceu, in casu, da necessária fundamentação com base em elementos concretos que demonstrassem sua imperiosidade, o que maculou o razoável. XV. Ademais, as sucessivas prorrogações (quinze, sem contar a decisão que deferiu a medida originariamente) contiveram, sempre, fundamentações idênticas, todas elas desprovidas de embasamento concreto. XVI. O Juízo singular se ateve à complexidade dos fatos sob apuração, porém, sem pre abstratamente, isto é, se olvidou em demonstrar qual seria o liame existente entre referida circunstância e o caso concreto sob exame. XVII. Por ser uma medida excepcional (assim constitucionalmente posta), cabe ao Magistrado a demonstração prévia e exaustiva quanto à estrita necessidade do meio de prova em questão, não se permitindo a devassa da intimidade de qualquer cidadão com base em afirmações genéricas e abstratas. XVIII. Por fim, quanto ao outro paciente (incluído no rol das interceptações apenas na segunda decisão judicial, a pedido do Ministério Público), o Juízo de 1ª Instância nem sequer procurou demonstrar quais seriam os indícios de sua participação na senda criminosa e, pelo menos, a pertinência do referido meio de prova, tratando-o como se sua inclusão fosse um mero pedido de prorrogação, situação também insustentável. XIX. Examinada por todos esses ângulos, urge ser declarada a nulidade da prova em questão, assim como daquelas dela derivadas, as quais devem ser desentranhadas dos autos da ação penal. XX. A estreita via do habeas corpus, carente de dilação probatória, não comporta o exame de teses que demandem o aprofundado revolvimento do conjunto fático-probatório, motivo pelo qual caberá ao Magistrado de 1ª Instância a incumbência de examinar quais as provas que derivaram das reputadas ilícitas e quais as que não derivaram. XXI. Ordem parcialmente concedida, apenas para declarar a nulidade das interceptações telefônicas efetivadas contra os pacientes. (HC 116.375/PB, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 09/03/2009)

A existência de interceptações criminais em decorrência de denúncias anônimas, consoante entendimento da Corte, não atende aos requisitos mínimos de indícios qualificados para concessão da ordem:

HABEAS CORPUS. “OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA”. [...] 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. 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. Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7. (HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011)

Em outro caso de repercussão envolvendo políticos e congressistas brasileiros, o STJ fez valer a força normativa da constituição e, contra a opinião pública, decretou a nulidade processual posto que as violações aos sigilos e à intimidade foram feitas de forma ilegal, lesando direitos fundamentais e da personalidade dos acusados:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. [...] 1. Inquérito policial em trâmite na Justiça Federal, para fins de apurar suposta movimentação financeira atípica de pessoas físicas e jurídicas, devidamente identificadas, que não gozam de foro de prerrogativa de função. Dos fatos narrados na investigação policial, não há nenhum elemento probatório a apontar a participação de parlamentares, mas simplesmente de terceiros, os quais

carecem de prerrogativa de foro, não bastando para deslocar a competência para o Supremo Tribunal Federal. Correta, portanto, a competência do Juízo Federal para o respectivo processamento. Precedentes. 2. Quanto à instauração de inquérito policial resultante do Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), nada há que se questionar, mostrando ele totalmente razoável, já que os elementos de convicção existentes se prestaram para o fim colimado. 3. Representação da quebra de sigilo fiscal, por parte da autoridade policial, com base unicamente no Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Representação policial que reconhece que a simples atipicidade de movimentação financeira não caracteriza crime. Não se admite a quebra do sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos (medida excepcional) como regra, ou seja, como a origem propriamente dita das investigações. Não precedeu a investigação policial de nenhuma outra diligência, ou seja, não se esgotou nenhum outro meio possível de prova, partiu-se, exclusivamente, do Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para requerer o afastamento dos sigilos. Não foi delineado pela autoridade policial nenhum motivo sequer, apto, portanto, a demonstrar a impossibilidade de colheita de provas por outro meio que não a quebra de sigilo fiscal. Não demonstrada a impossibilidade de colheita das provas por outros meios menos lesivos, converteu-se, ilegitimamente, tal prova em instrumento de busca generalizada. Idêntico raciocínio há de se estender à requisição do Ministério Público Federal para o afastamento do sigilo bancário, porquanto referente à mesma questão e aos mesmos investigados. 4. O outro motivo determinante da insubsistência/inconsistência da prova ora obtida diz respeito à inidônea fundamentação, desprovida de embasamento concreto e carente de fundadas razões a justificar ato tão invasivo e devassador na vida dos investigados. O ponto relativo às dificuldades para a colheita de provas por meio de procedimentos menos gravosos, dada a natureza das ditas infrações financeiras e tributárias, poderia até ter sido aventado na motivação, mas não o foi; e, ainda que assim o fosse, far-se-ia necessária a demonstração com base em fatores concretos que expusessem o liame entre a atuação dos investigados e a impossibilidade em questão. A mera constatação de movimentação financeira atípica é pouco demais para amparar a quebra de sigilo; fosse assim, toda e qualquer comunicação do COAF nesse sentido implicaria, necessariamente, o afastamento do sigilo para ser elucidada. Da mesma forma, a gravidade dos fatos e a necessidade de se punir os responsáveis não se mostram como motivação idônea para

justificar a medida, a qual deve se ater, exclusiva e exaustivamente, aos requisitos definidos no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo porque a regra consiste na inviolabilidade do sigilo, e a quebra, na sua exceção. Qualquer inquérito policial visa apurar a responsabilidade dos envolvidos a fim de puni-los, sendo certo que a gravidade das infrações, por si só, não sustenta a devassa da intimidade (medida de exceção), até porque qualquer crime, de elevada ou reduzida gravidade (desde que punido com pena de reclusão), é suscetível de apuração mediante esse meio de prova, donde se infere que esse fator é irrelevante para sua imposição. O mesmo raciocínio pode ser empregado para a justificativa concernente ao “perigo enorme e efetivo que a ação pode causar à ordem tributária, à ordem econômica e “às relações de consumo”, as quais se encontram contidas na gravidade das infrações sob apuração. A complexidade dos fatos sob investigação também não autoriza a quebra de sigilo, considerando não ter havido a demonstração do nexo entre a referida circunstância e a impossibilidade de colheita de provas mediante outro meio menos invasivo. Provas testemunhais e periciais também se prestam para elucidar causas complexas, bastando, para isso, a realização de diligências policiais em sintonia com o andamento das ações tidas por criminosas. A mera menção aos dispositivos legais aplicáveis à espécie, por si só, também não se afigura suficiente para suportar tal medida, uma vez que se deve observar que tais dispositivos “possibilitam” a quebra, mas não a “determinam”, obrigando o preenchimento dos demais requisitos legais. Máculas que contaminaram toda a prova: falta de demonstração/comprovação inequívoca, por parte da autoridade policial, da pertinência do gravoso meio de prova (isto é, ausência da elucidação acerca da inviabilidade de apuração dos fatos por meio menos invasivo e devassador); utilização da quebra de sigilo fiscal como origem propriamente dita das investigações (instrumento de busca generalizada); ausência de demonstração exaustiva e concreta da real necessidade e imprescindibilidade do afastamento do sigilo; não demonstração, pelo Juízo de primeiro grau, da pertinência da quebra diante do contexto concreto dos fatos ora apresentados pela autoridade policial para tal medida. O deferimento da medida excepcional por parte do magistrado de primeiro grau não se revestiu de fundamentação adequada nem de apoio concreto em suporte fático idôneo, excedendo o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, maculando, assim, de ilicitude referida prova. 5. Todas as demais provas que derivaram da documentação decorrente das quebras consideradas ilícitas devem ser consideradas imprestáveis, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada. 6. Ordem concedida para declarar nulas as quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos,

porquanto autorizadas em desconformidade com os ditames legais e, por consequência, declarar igualmente nulas as provas em razão delas produzidas, cabendo, ainda, ao Juiz do caso a análise de tal extensão em relação a outras, já que nesta sede, de via estreita, não se afigura possível averiguá-las; sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes. (HC 191.378/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 05/12/2011)

Oportuno verificar que tais decisões têm revelado o comportamento dos Tribunais Brasileiros em casos de violações da intimidade e negativa de acesso à justiça daqueles que são acusados em processos criminais.

Em Portugal, vê-se o Acórdão no TRE de 09 de março de 2010 (Processo n.º 180/09.OZRFAR-A.S1), relatado por Antonio Condesso, que “não devem ser deferidas as requeridas interceptações telefônicas quando se não verifica suspeita qualificada sobre a pessoa cujas comunicações telefônicas se pretende interceptar e, quando tal diligência se não mostra consentânea com o princípio da subsidiariedade”. Defendeu-se o caráter de *Ultima ratio das interceptações telefônicas*.

Em acórdão que trata da temática da fundamentação da decisão que determina a interceptação telefônica (AC do TER de 12 de abril de 2011 no Processo 98/08, relatado por Edgar Valente), dispôs-se que “Não podemos cair no exagero de exigir que a motivação do despacho que ordena as escutas seja tão completa como se tivesse a certeza de que o investigado cometeu o crime, uma vez que as escutas são precisamente o meio de obtenção de prova que poderá permitiriam carrear para os autos elementos (meios de prova) susceptíveis de confirmar (ou não) os aludidos “negócios de droga” entre os intervenientes”.

Nota-se posições do Tribunal Constitucional português defendendo a necessidade de utilização do instrumento apenas em caso de processos existentes com agudas suspeitas contra a pessoa.

E em outros casos, a Corte delineou a necessidade de fundamentação concreta na prática delitiva dos crimes contidos no rol taxativo do art. 187 do Código de Processo Penal Português.

Veja-se o RP2012032886/08.0GBOVR.P1 julgado pelo Tribunal de Relação do Porto que assentou importantes linhas, algumas próximas e outras não, da jurisprudência nacional:

I - O despacho que autoriza a intercepção e gravação de conversações telefônicas deve indicar razões que façam crer da sua necessidade e indispensabilidade, mas não tem de ser precedido da demonstração da inadequação à investigação de meios de prova menos invasivos.

II - O desrespeito dos prazos máximos estabelecidos nos n^{os} 3 e 4 do art. 188^o do CPP não determina a proibição de utilização das escutas.

III - A violação das formalidades das operações de intercepção e gravação de conversações telefônicas constitui nulidade dependente de arguição, a ser arguida até ao encerramento do debate instrutório ou, não havendo lugar a instrução, até cinco dias após a notificação do despacho que tiver encerrado o inquérito [art. 120^o, n^o 3, al. c), do CPP].

IV - A mera existência de contradição entre depoimentos não determina, obrigatória e necessariamente, a realização de acareação, cabendo ao julgador avaliar a relevância da sua realização em ordem à descoberta da verdade.

V - Ainda que versem sobre factos do pedido civil, às declarações do assistente não é aplicável o regime processual civil do depoimento de parte, designadamente no que respeita às declarações confessórias, sendo o respetivo valor probatório livremente apreciado pelo juiz, nos termos do art. 127^o do CPP.

VI - As escutas telefônicas efetuadas durante o inquérito, uma vez transcritas em auto passam a constituir prova documental que o tribunal de julgamento pode valorar de acordo com as regras da experiência; essa prova documental não carece de ser lida em audiência e, no caso de o tribunal dela se socorrer, não é necessário que tal fique a constar da ata.

Na primeira parte da decisão, enxerga-se a necessidade da fundamentação ser explícita quanto à necessidade da intercepção telefônica, baseando-se, o julgador, em dados concretos, o que é idêntico ao posicionamento do Brasil.

A parte II da decisão diz respeito aos prazos de burocracias entre agentes policiais, ministério público e magistrados e dever dos primeiros procederem com o envio de relatórios para o Poder Judiciário. Tal medida não existe de forma clara na legislação nacional, salvo o prazo de 24 horas (Art. 4^o [...] § 2^o O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.) para juiz decidir o pedido de intercepção telefônica, mas esta estipulada no art. 188, 3 e 4 do CPP de Portugal (1966, p. 1):

3 - O órgão de polícia criminal referido no n.º 1 leva ao conhecimento do Ministério Público, de 15 em 15 dias a partir do início da primeira interceptação efectuada no processo, os correspondentes suportes técnicos, bem como os respectivos autos e relatórios.

4 - O Ministério Público leva ao conhecimento do juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas.

Reside, neste ponto, uma dificuldade da legislação brasileira em relação à Portuguesa, pois a falta de obrigação de relatórios causa, no Brasil, confusões diversas, como: necessidade de relatórios, prazos, conteúdo, endereçamento.

Na terceira parte do julgado e na sexta vê-se a necessidade de respeito aos ditames legais, sob pena de invalidade da prova e, contudo, com o amplo respeito das normas as interceptações telefônicas transcritas passam a ser provas documentais.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n. 293/08 , definiu que:

Não julga inconstitucional a norma do artigo 188.º, n.º 6, alínea a), do Código de Processo Penal, na redacção dada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, quando interpretada no sentido de que o juiz de instrução determina a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo, que digam respeito a conversações em que não intervenham pessoas referidas no n.º 4 do artigo 187.º do mesmo diploma, sem que antes o arguido deles tenha conhecimento.

Interessante notar que no Brasil não existe prazo máximo para as captações telefônicas, desde que renovadas as autorizações judiciais a cada 15 dias.

Fátima Mata-Mouros (2008, p. 237 e 238), inclusive, cite a tendência alemã de reduzir o prazo de captações de conversas, bem como a idêia portuguesa de definir tal prazo:

Estudos empíricos sobre a realidade das escutas telefônicas, realizados na Alemanha [...] concluíram que na esmagadora maioria dos despachos de autorização das escutas o prazo fixado coincide com o prazo máximo previsto na lei. Daí que naquele país, onde o prazo actual é de três meses, hoje se reivindique a respectiva diminuição. Curiosamente, por cá, fixa-se pela primeira vez um prazo, optando-se por um espaço de tempo que excede o que tem vindo a prevalecer na prática dos tribunais: 30 ou 60 dias.

No Brasil, a legislação faz previsão da destruição, sem, contudo, estipular prazo algum ou necessidade de consulta.

As linhas apresentadas pela jurisprudência nacional e portuguesa são bastante similares, embora os casos definidos na Corte lusitana demonstrem que o arcabouço legislativo daquele país é respeitado e de maior acerto que o brasileiro.

A jurisprudência de Portugal tem repetido a adjetivação do instrumento apenas como última forma de colheita da prova, como no RP20130227494/09.0GAVLG.P1 no Tribunal de Relações do Porto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se a importância conferida pelos dois Ordenamentos à vida privada, intimidade e sigilo de telecomunicações, assim como se nota tal preocupação na esfera civil da vida.

No tocante ao tratamento das interceptações telefônicas, há aguda distinção entre a legislação nacional e portuguesa, estando a última bastante à frente quando se pretende analisar a captação telefônica como exceção à proteção constitucional e civil.

Consoante a igualdade material processual, a saber, a legislação portuguesa ofereça oportunidades iguais as partes, permitindo livre acesso à prova (para a defesa apenas após o fechamento das interceptações) e produção de transcrições sem restrição alguma ao material.

Este é um dos exemplos diversos em que Portugal supera o Brasil, tendo uma legislação mais apta a criar um ambiente de proteção eficiente ao cidadão frente à vasta possibilidade de abuso estatal.

No Brasil, todavia, ainda há muito imprecisão legislativa que fica a cargo do intérprete, não tendo primado o legislador pela técnica da forma-garantia.

Com isso, fica a cargo dos Tribunais limitarem os inúmeros abusos praticados no Brasil com o uso excessivo das captações telefônicas.

Anota-se que no Brasil, há pluralidade de ofensas aos direitos fundamentais. Os casos da jurisprudência brasileira analisados refletem a necessidade dos Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – de revisarem decisões de tribunais estaduais e juízos *a quo* os quais permitem as captações de conversas telefônicas sem cuidados devidos.

Há ambiência de proteção é deficiente, porquanto, apesar da norma constitucional, a vida privada e a intimidade não são protegidas diante da necessidade de investigações telefônicas.

Outro defeito grave é de que, no Brasil, estas interceptações estão se tornando a *Prima ratio* das investigações, contrariando a ideia nuclear do legislador nacional (também partilhada, como vista na Europa) de usar tal instrumento apenas quando nenhum meio de prova for eficaz.

Recentemente, como visto, o Tribunal da Relação do Porto definiu tal questão, rememorando o ensinamento do ultimo recurso das interceptações telefônicas, demonstrando identidade com a jurisprudência do Brasil.

Nota-se que o a nulidade processual é reconhecida quando da quebra da privacidade sem os requisitos legais e constitucionais e, ainda, percebeu-se que esse ataque à privacidade constitui óbice ao acesso material à justiça.

Tanto em Portugal quanto no Brasil se veem mesmas posições acerca da fundamentação e da determinação da medida apenas em certos casos, sendo a diferença mais notória a de que, no Brasil, inúmeros casos são considerados nulos por questões primitivas vinculadas a requisitos insuficientes contidos na lei ou a interpretações, de primeiro grau, evidentemente, ilegais.

No entanto, não há como negar maior profundidade prática e teórica do país Europeu acerca do tema, abordando-o de forma incisiva na direção de direitos fundamentais já estabelecidos e esse fator deve-se à experiência constitucional e de cidadania do povo português que é mais vasta, antiga e arraigada na consciência popular que a brasileira.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL. **Código civil**. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* n° 161.660/PR, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, 6ª T, **DJE** 25.04.2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21600142/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-25268-df-2009-0011646-2-stj/inteiro-teor-21600143>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* n.º 142.045/PR, Rel. Ministro Celso Limongi (desembargador convocado do tj/sp), Rel. ministro Nilson Naves, sexta turma, julgado em 15/04/2010, DJE 28/06/2010 e HC 76686/pr, Rel. ministro Nilson Naves, sexta turma, julgado em 09/09/2008, **DJE** 10/11/2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/41052276/stj-02-10-2012-pg-478>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* n.º 200.059/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2012, **DJE** 02/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. processo penal. interceptação telefônica. alegação de violação aos artigos 5º; 93, inciso ix; e 136, § 2º da cf. artigo 5º da lei n. 9.296/96. discussão sobre a constitucionalidade de sucessivas renovações da medida. alegação de complexidade da investigação. princípio da razoabilidade. relevância social, econômica e jurídica da matéria. repercussão geral reconhecida. **Acórdão de recurso extraordinário 625.263**. Paraná, 13 jun. 2013. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4472381>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flavio. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.1996**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FRANÇA, Limongi Rubens. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital Martins. **Constituição portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. v.1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1986.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Escutas telefônicas: o que não muda com a reforma. **Revista do CEJ**, n. 9, 2008.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. **Sob escuta**. Cascais: Princípia, 2003.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português**. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2007. pt geral, tomo 3.

OLIVEIRA, J.; MENOIA, R. Aspectos dos direitos da personalidade como direito constitucional e civil. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, nov. 2009. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1239/823>>. Acesso em: 09 set. 2011.

PORTUGAL. **Código civil português**. 1966. Disponível em:< http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

PORTUGAL. **Código de processo penal**. 1987. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis. Acesso em: 15 jan. 2016.

PORTUGAL. **Constituição Federal (2005)**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 128/92, Processo: n.º 260/90**, 2ª Secção, Relator: Messias Bento, Lisboa, 01 de Abril de 1992. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920128.html>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica). **Jus Navigandi**, Teresina, v. 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/195>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e a vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSSINHOLI, Marisa. A (In) efetividade do direito à educação no cenário jurídico brasileiro: uma análise sob o prisma do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Confluente, Rivista di Studi Iberoamericani**, Bologna, v. 5, n. 2, p. 81-96, jan. 2014. ISSN 2036-0967. Disponível em: <<http://confluente.unibo.it/article/view/4163/3603>>. Acesso em: 10 Apr. 2014. ISSN 2036-0967/4163. DOI 10.6092.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Editorial Verbo, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Das escutas telefônicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Tomo I.

SERRANO, Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito a crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

TARTUCE, Flávio. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil. Jus Navigandi**, Teresina, v. 10, n. 878, 28 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7590>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direitos de personalidade**. Lisboa: Almedina, 2006.

Artigo recebido em: 04/02/2015

Aprovado para publicação em: 21/03/2016

Como citar: SANTOS, Diego Prezzi. AMARAL, Antonio José Mattos do. **Sigilo Telefônico nas Constituições de Brasil e Portugal: Análise do Tratamento da Medida na Lei e na Jurisprudência e o Limite entre Proteção Deficiente e Eficiente**. Revista do Direito Público. Londrina, v.11, n.1, p.9-40, jan/abr.2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n1p9. ISSN: 1980-511X.