Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 34 – abril/maio/junho de 2013 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

AS IMPLICAÇÕES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DA TUTELA DA INTIMIDADE E SUAS RELAÇÕES COM A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DO ESTADO

Leonardo Bellini de Castro
Promotor de Justiça/SP. Especialista em Direito Constitucional pela PUC/SP.

1 – 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 feita uma rápida análise da tutela da intimidade como direito fundamental do indivíduo, bem como serão feitas ponderações acerca dos limites e possibilidade de sua mitigação em investigações empreendidas pelo Estado.

De outra banda, serão analisados 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 necessidade de utilização de meios heterodoxos de investigação, mormente os propiciados com os avanços tecnológicos e relacionados com as modernas formas de comunicação.

2 - Tutela constitucional da intimidade

A tutela constitucional da intimidade vem albergada dentre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo no art.5º, incisos 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 inciso 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 mencionado preceito, extrai parte da doutrina pátria 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?

Apoiando-se nas lições de Adriano de Cupis, a intimidade foi conceituada por Uadi Lammêgo Bulos[1] 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.

De seu turno, Paulo José da Costa Júnior[2] 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.

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

3. A atividade investigatória do Estado e suas implicações com a tutela jurídica da intimidade e vida privada.

Figurando entre as primordiais tarefas 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, se faz necessário que ele, por meio de seus distintos órgãos,

[1] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, Editora Saraiva, 8ª Edição, 2008, p. 147.
[2] COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de Estar Só*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1970.

disponha de meios para a averiguação de concreta violação aos bens jurídicos que lhe incumbe tutelar para a promoção das responsabilidades tida por pertinentes.

Tal tarefa de colheita de elementos para o cumprimento de seus deveres de proteção ao cidadão pode ser denominada de investigação.

Evidente, no entanto, que para que uma investigação se desenvolva de maneira eficiente e que atinja o seu desiderato, por vezes, se faz necessário que sejam relativizados direitos fundamentais de indivíduos que potencialmente sejam autores de ilícitos.

Assim o é, em que aqui nos interessa, justamente no que concerne a 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 um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos.

Tal ocorre, por exemplo, quando o Estado se vale de meios investigatórios destinados a 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 feito por intermédio de interceptações telefônicas, de emails, bem como por intermédio de outras técnicas invasivas de investigação.

Passaremos, 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.

3.1. 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 tem sido entendido por parcela majoritária da doutrina[3] e jurisprudência[4], que o sigilo bancário encontra abrigo constitucional, no art. 5º, incisos X e XII da Carta Federal.

---

[3] Entendendo que o sigilo bancário se encontra arrolado entre os direitos e garantias fundamentais se encontram MORAES, Alexandre, in *Direito Constitucional*, 5ª Edição, Editora Atlas, p.79, GARCIA Emerson e PACHECO ALVES Rogério, in *Improbidade Administrativa*, 4ª Edição, Editora Lumen Juris, p.555, entre outros. Em sentido contrário é a orientação de CAVALCANTI, José Robalinho, *Sigilo Bancário no Brasil, Dualidade e Globalização: Duas propostas para reunificação e retomada de coerência perante o texto constitucional, in* CALABRICH, FISCHER e PELELA *Garantismo Penal Integral*, Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil, Editora Podivm, 1ª Edição, p.304/305.

[4] Modernamente, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo de forma pacífica o sigilo bancário como projeção do direito fundamental à intimidade, como se vê nos seguintes julgados: AI 655.298-AgR, Rel. Min.

Cumpre registrar, nada obstante, que no próprio Supremo Tribunal Federal, o sigilo bancário não foi inicialmente 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.[5]

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, inciso X, e nem, tampouco, no inciso XII, que estaria adstrito a proteção jurídica contra atos comunicacionais, não protegendo os dados em si, quaisquer que fossem.[6]

Na mesma linha, a Suprema Corte Americana, *em United States VS Miller*, datado de 1946, definiu que não haveria proteção constitucional ao sigilo bancário na medida em que o próprio indivíduo havia entregado voluntariamente toda a documentação alusiva a sua movimentação econômico-financeira ao estabelecimento bancário, o qual iria propiciar o manuseio de tais dados a inúmeros funcionários, o que colidiria com o interesse de ver tais dados protegidos por alguma espécie de sigilo.[7]

Prevaleceu, nada obstante, o entendimento segundo o qual o sigilo bancário encontraria abrigo constitucional no art.5º, incisos X e XII, da Constituição Federal.

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

Excepciona o aludido entendimento jurisprudencial as informações bancárias envolvendo recursos públicos, como empréstimos concedidos por instituições financeiras subsidiados pelo erário, cujas informações podem 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

---

Eros Grau, julgamento em 4-9-2007, Segunda Turma, *DJ* de 28-9-2007 e no Inq 2.245-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 29-11-2006, Plenário, *DJ* de 9-11-2007.)

[5] A propósito, o então ministro Francisco Rezek assinalou que: "(...) *Cuida-se (o sigilo bancário) de instituto que protege certo domínio – de resto nada transcedental, mas bastante prosaico – da vida das pessoas e das empresas, contra a curiosidade gratuita, acaso malévola, de outros particulares, e sem pre até o exato ponto onde alguma forma de interesse público reclame sua justificada prevalência. (...). Tenho dificuldade extrema de construir sobre o art.5º, sobre o rol constitucional de direitos, a mística do sigilo bancário somente contornável nos termos de outra regra da própria Carta".*

[6] MS n.21.729-4.

[7] Cf. CAVALCANTI, José Robalinho. *Sigilo Bancário no Brasil, Dualidade e Globalização: Duas propostas para reunificação e retomada de coerência perante o texto constitucional, in* CALABRICH, FISCHER e PELELA *Garantismo Penal Integral*, Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil, Editora Podivm, 1ª Edição, p.306.

> 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 uníssonos da doutrina[8] e jurisprudência[9], 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, 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 a quebra para fins de tutela de outros bens jurídicos também caros para a coletividade.

A propósito, para fins de quebra do sigilo fiscal, Uadi Lammêgo Bulos[10] 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 do direito fundamental à intimidade compor informações bancárias e fiscais, pode-se cogitar de relativização desse direito acaso presentes razões de interesse público autorizadoras.

3.2. A quebra dos sigilos bancários e fiscal feitas diretamente pelos órgãos arrecadadores de receita.

---

[8] Nesse sentido, CALABRICH, Bruno. *Investigação Criminal pelo Ministério Público, in Temas Fundamentais de Direito v. 7, Coordenadores BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz, Editora Revista dos Tribunais, 1ª Edição.* p.213.

[9] O Supremo Tribunal Federal tem recorrentemtente atribuído status constitucional ao sigilo fiscal como se vê do HC 87.654**,** voto da Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-3-2006, Segunda Turma, *DJ* de 20-4-2006.

[10] Ob. cit, p. 163.

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 de 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.[11]

Acerca desse tema, o pleno do Supremo Tribunal Federal lançou diferentes decisões em curto lapso temporal.

Com efeito, no dia 24 de novembro de 2010, ao julgar a AC 33/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe 03/12/2010, o Supremo Tribunal Federal 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, Rel. Min. 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 de decisão judicial 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 que dispõe que:

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

A fim de regulamentar o referido dispositivo constitucional de eficácia limitada, foi editada a Lei Complementar n.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

[11] Cf. LEITE, Rodrigo e JOSINO, Miguel, in Sigilos Bancário e Fiscal, Quebra de sigilo bancário e fiscal diretamente pelo Fisco, disponível em http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/sigilo%20banc%C3%A1rio%20e%20fiscal%2069%20A%2085, acesso em 30/01/2012.

provenientes de qualquer prática criminosa; 4) a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados – art. 1º, § 3º.

De 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: a) 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; b) ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial.

Na mesma esteira, o art. 5º do referido diploma normativo dispôs 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, incisos X e XII, da Constituição Federal.

Cumpre assinalar, nesse passo, que já foram ajuizadas inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal questionando os dispositivos da Lei Complementar n.105/2011, como as ADIs 2386/DF, 2390/DF e 2397/DF, sob a relatoria do Min. Dias Toffoli e da ADIs 4006/DF e 4010/DF, as quais estavam sob a relatoria da Min. Ellen Gracie, que recentemente se aposentou.

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

Com efeito, para o Superior Tribunal de Justiça, de conformidade com o disposto na Lei Complementar n. 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, como se vê do HC 175.930/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 03/11/2010.

No mesmo sentido, no julgamento do REsp 1134665/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009, o Superior Tribunal de Justiça 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 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 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 (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

A despeito da controvérsia, temos que, na linha do disposto no art.145, §1º, da própria Constituição Federal, é lícito o acesso a dados bancários de contribuintes diretamente pelo fisco, não se justificando a latitude dada ao art.5º, incisos X e XII da Constituição Federal, que sequer contemplam expressamente a tutela do sigilo bancário.

3.3. A quebra dos sigilos bancários 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 Carta 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 jurisprudencialmente algumas limitações às ditas comissões, as quais se consubstanciam na chamada reserva de jurisdição – que incidem sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI), matérias essas que exigem intermediação judicial na linha do que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal.[12]

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 demonstrada e fundamentada a existência concreta de causa provável e a pertinência com o objeto das investigações. [13][14]

Cumpre ressaltar, de outra banda, 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).

3.4. A quebra dos sigilos bancários 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 promoção de ações civis públicas destinadas a recompor o patrimônio público lesado por atos de corrupção, natural seria 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, temos que a possibilidade de acesso direto a tais informações pode ser facilmente extraída de um conjunto de normas constitucionais

---

[12] MS 23652/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2000, DJ 16/02/2001; MS 23639/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ 16/02/2001.

[13] MS 23882/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2001, DJ 01/02/2002.

[14] Em sentido contrário é a opinião de BARROSO, Luis Roberto in *Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: Política, Direito e Devido Processo Legal*, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, para quem se exige autorização judicial para a adoção das referidas medidas constritivas de direitos fundamentais, disponível em www. direitodoestado.com.br, acesso em 30/01/2012.

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 para o 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 tais 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 Carta Magna prevê genericamente a possibilidade de acesso a dados bancários, fiscais e telefônicos no art. 129, inciso 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, têm 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.

Na mesma 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 oficie (art. 26, III, da Lei 8625/93) 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, da LONMP).

Dispositivo de igual teor está previsto na Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar Federal n. 75/93), que dispõe que compete ao Ministério Público da União requisitar informações e documentos a entidades privadas(art. 8º, inciso 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 9.03495, 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, inciso III, da Lei nº 9.034/95).

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 tais dados estariam sob a batuta do art.5º, incisos X e XII, da Constituição Federal.

Com efeito, a propósito do tema, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já se posicionou nos seguintes termos:

> 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:

> 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, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já tem se verificado certa oscilação acerca do tema, consoante se viu do RMS 31.362/GO.[15]

A despeito de toda a controvérsia, entendemos que a latitude que tem sido 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 uma certa casta de cidadãos, imunes até mesmo a uma investigação eficiente.

Nessa linha, interessantes são as observações de Bruno Calabrich, quando pontua que o art.5º, X, não estabelece em nenhum momento cláusula de reserva jurisdicional, ao contrário, por exemplo, do que dispõem os incisos XI e XII,

---

[15] 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 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, DJe 16/09/2010).

que tratam da inviolabilidade domiciliar e do sigilo das comunicações telefônicas, que são expressos ao exigirem autorização judicial para possam ser mitigados.[16]

No mesmo prisma, o aludido autor arremata o seu raciocino de maneira irrespondível, ao averbar que o aceso direto a dados fiscais pelo Ministério Público se afina com o disposto no art.198, §1º, II, do CTN, que prevê a possibilidade de transferência do sigilo pela autoridade fazendária para outras autoridades, independentemente de autorização judicial.

Também pode ser citado o disposto no art.83 da Lei nº 9.430/90, que impõe a Receita o dever de informar o Ministério Público, mediante representação fiscal para fins penais, sobre ilícitos criminais detectados no exercício de suas atividades.

Nessa linha, entendimento diverso conduziria ao absurdo de se exigir da autorização judicial para fins de comunicação da prática de crime tributário ao Ministério Público, uma vez que os dados analisados pelo Fisco estariam acobertados pelo sigilo fiscal.[17]

O mesmo raciocínio acima exposto pelo ilustre autor poderia ser utilizado no que concerne ao sigilo bancário, haja vista o disposto no art.11 da Lei nº 9.613/98, que impõe às instituições financeiras o dever de comunicar ao 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.[18]

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, ilustrativas são as ponderações de Sacha Calmon Navarro Coelho[19] 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, nessa linha nos parece de fácil suposição que os cidadãos que se dedicam a atividades lícitas não oporiam obstáculo aos órgãos de controle no que concerne ao acesso direito a seus dados bancários e fiscais. De resto, não há

---

[16] CALABRICH, Bruno. Ob.cit, p.212/213.

[17] Cf. CALABRICH, Bruno. Ob.cit, p.213/215.

[18] Posição que vem sendo sustentada pela AMB (Associação dos Magistrados do Brasil) em razão das fiscalizações empreendidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

[19] COELHO, Sacha Calmon Navarro, *Caderno de Pesquisa Tributária*, vol. 18, São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1993, p.100.

dúvidas de que a latitude da proteção jurídica dada no Brasil atende apenas aos interesses daqueles que têm muito a ocultar.

3.5. A captação e interceptação ambiental e a tutela da intimidade pessoal.

A captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos também se qualifica como relevante meio de prova de eventuais ilícitos, sendo poderoso meio de investigação posto 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 necessária a autorização judicial para a captação e interceptação ambiental de conversações produzidas nessas circunstâncias, a teor do disposto no art.5º, incisos 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, inciso IV, da Lei nº 9.034/95).

No que concerne a captação de diálogos produzidos em espaços públicos ou abertos ao público, parece-nos despicienda a autorização judicial, uma vez que os próprios interlocutores adotam postura incompatível com a de quem quer ver tutelada sua intimidade pessoal.[20]

Cumpre ter em consideração que a captação e interceptação ambiental, a despeito de ainda incipiente na cultura investigativa de nosso país, constitui poderoso instrumento probatório, que deve ter sua aplicação ampliada, principalmente em casos envolvendo a criminalidade organizada especializada na dilapidação do patrimônio público.

Nesse sentido, MARCELO BALOUNI MENDRONI[21] observa com percuciência que o aspecto visual decorrente da interceptação ambiental assume importante aspecto probatório, uma vez que daí é possível visualizar todos os presentes em eventual reunião para fins ilícitos e a reação de cada qual em uma dada tratativa.

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 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”*. No que toca à captação e interceptação ambiental realizada na aludida operação, inclusive em escritório de

[20] No mesmo sentido, CALABRICH, Bruno. Ob. Cit. p.231. Também é a posição de SILVA, César Dario Mariano *in Provas Ilícitas*, Editora Atlas, 6ª Edição, p.47.

[21] MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no Processo Penal, Estudo sobre a Valoração das Provas Penais*, Editora Atlas, 2010, p.142.

advocacia, o Egrégio Supremo Tribunal Federal 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 interlocutores de um dado diálogo anui que sua conversa seja gravada por um terceiro.[22]

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 em violação de intimidade ou privacidade, já que o outro interlocutor voluntariamente expõe seus pensamentos e planos para o receptor.

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

> 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 escuta ambiental, sendo desnecessária a intermediação judicial nos casos de escuta ambiental e gravações clandestinas.

[22] Nesse sentido, CONSERINO, Cássio Roberto. *Crime Organizado e Institutos Correlatos*, Editora Atlas,in VASCONCELOS e MAGNO, Sério Legislação Penal Especial, 1ª edição, 2011, p.76.

3.6. As interceptações telefônicas e a tutela da intimidade pessoal.

As interceptações telefônicas tem 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 função disso, ou seja, 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, recorrente tem sido a grita geral, como sempre travestida por um discurso falsamente garantista, dos excessos cometidos em investigações empreendidas pelos órgãos do Estado.[23]

Nada obstante, as interceptações telefônicas vêm sendo utilizadas pelo Estado com relativo sucesso, o que tem possibilitado a desarticulação de poderosas organizações criminosas.[24]

Esse método de investigação, a despeito de implicar em evidente intromissão à esfera de intimidade pessoal de indivíduos, está expressamente previsto na Constituição Federal (art.5º, inciso XII) e na Lei nº 9.296/96.

Nessa senda, a interceptação telefônica pode ser conceituada como a captação e apreensão de diálogo telefônico, por um 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, inciso XII, da CF), a interceptação telefônica apenas pode ser realizada após específica autorização judicial.

A legislação de regência ainda prevê que a interceptação telefônica possui caráter subsidiário, bem como determina que seja deferida acaso haja indícios razoáveis da autoria e que o crime seja punido com reclusão (art.2º da Lei nº 9.296/96).

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 especificamente à prorrogabilidade das interceptações telefônicas, se pacificou no âmbito 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 especificamente à subsidiariedade desse meio de prova, cumpre ter em consideração que fatos envolvendo organizações criminosas ou corrupção de agentes públicos, normalmente são dotados de sofisticados esquemas destinados à ocultação dos delitos e garantia da impunidade, sendo certo que dificilmente testemunhas se dispõem a relatar o funcionamento das engrenagens criminosas envolvendo ditas organizações.

---

[23] Órgãos esses nunca acoimados de arbitrários quando apenas uma parcela da população, normalmente dos estratos inferiores, era objeto das investigações empreendidas.

[24] Sem prejuízo de lamentáveis decisões das Cortes Superiores que tem anulado operações policiais envolvendo proeminentes figuras da sociedade e do Estado.

Assim, a nosso juízo, em casos tais, que refogem à criminalidade tradicional, temos que é ínsito à natureza dos delitos perpetrados 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.

De outra banda, 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 ser garantido é o acesso à defesa de 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. Indícios 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 das provas produzidas em investigações criminais ou processos criminais em processos cíveis e administrativos como prova emprestada 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 colheira 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.

A nosso sentir, 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 entre 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 da alta significação social que possuem.

3.7. O sigilo de dados cadastrais e a tutela da intimidade pessoal.

Os dados cadastrais constituem informações fornecidas pelos próprios cidadãos e armazenadas em bancos de dados de pessoas jurídicas e se referem, essencialmente, a informações atinentes à qualificação de indivíduos. Aludidos dados, por não implicarem violação a 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 acesso a registros de chamadas realizadas e recebidas por determinado terminal, grassa certa controvérsia.

Para Bruno Calabrich, 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.[25]

Cumpre ressaltar que por meio desses relatórios de bilhetagens é possível elaborar rica pesquisa de todos os integrantes de um dado grupo organizado, por intermédio da identificação dos terminais utilizados em contatos telefônicos. Por não implicar em acesso ao conteúdo das conversas travadas, não nos parece haja interceptação telefônica nessas hipóteses.[26]

Assim, a nosso sentir, a requisição de dados telefônicos e cadastrais se insere no poder requisitório geral do Ministério Público garantido tanto pela Constituição Federal (art.129, inciso VI, da CF), quanto pela legislação ordinária (art. 26, III, da Lei 8625/93 e art.2º, inciso III, da Lei nº 9.034/95).

Nada obstante, ainda se encontram posicionamentos restritivos na jurisprudência[27], os quais se ancoram em uma visão equivocada, com a devida vênia, do disposto no art.5º, X, da Constituição Federal, que burocratizam, atrasam e, por vezes, inviabilizam importantes investigações.

3.8. O sigilo epistolar e telemático e a tutela da intimidade pessoal

O art.5º, inciso 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, têm-se entendido também possível a quebra do sigilo de correspondências.

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

---

[25] Ob. Cit. p.225/226.

[26] No mesmo sentido, CONSERINO, Cássio Roberto, ob. cit. p.73.

[27] Nesse sentido, STJ, RHC 8493 / SP. Em sentido contrário, admitindo a requisição direta de dados cadastrais telefônicos pelo Ministério Público, o próprio STJ, no EDcl no RMS 25375 / PA.

Para a suspensão do aludido direito de comunicação com o mundo exterior e, por conseguinte, análise das correspondências encaminhadas, se exige despacho fundamentado do diretor do estabelecimento prisional, a teor do disposto no art.41, inciso XV, e parágrafo único da Lei nº 7.210/84.

Em relação a esse tema em especial, o Egrégio 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:

> STF - A administração penitenciaria, 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 praticas 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).

Pensamos que 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 vemos ilegalidade na interceptação de cartas de presos com indivíduos não recolhidos no sistema prisional.

Por identidade de razões, não veríamos 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 a intimidade dos presos.

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

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

Cumpre 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 de se falar em correspondência, uma vez que já exaurida a finalidade comunicativa, devendo-se dar à carta o tratamento jurídico de um documento.

Nesses termos é a orientação de César Dario Mariano da Silva[28], o qual se apoia nas lições imemoriais de Rui Barbosa, ao assinalar que, no momento em que a correspondência chega nas mãos do receptor ela há de ser considerada 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 emails, sucedâneos das missivas de outrora, cremos também possível a interceptação, mesmo porque há específica autorização legal (art.1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96).

Para a regular interceptação de emails, no entanto, se faz 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.

[28] Ob. Cit., p.66.

Na mesma senda, entendemos também possível a interpretação analógica do art.1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96 a fim de se possibilitar a interceptação de mensagens divulgadas pelos sistemas *Twiter*, *Facebook, Orkut, Myspace* ou quaisquer outras redes sociais de comunicação.[29]

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 em face do art.1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96 (ADI 1488) no Supremo Tribunal Federal, argumentando que a interceptação telemática implicaria em violação ao disposto no art.5º, inciso 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.

De outra banda, mesmo que assim não o fosse, o disposto no art.5º, XII, da CF, parece reclamar uma interpretação sistêmica e lógica, uma vez que não faria qualquer sentido a Magna Carta 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 cremos não haver justificativa para se dar tratamento jurídico diferenciado.

Nesse passo, nos apoiamos nas lições de Carlos Maximiliano no sentido de que o direito deve ser interpretado de forma inteligente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, ou vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis.[30]

4. 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 se superar velhos dogmas, de modo a se possibilitar que o Estado se desincumba dos compromissos internacionais que assumiu de combate ao crime organizado e a corrupção.[31]

---

[29] No mesmo sentido, CONSERINO, Cássio Roberto, Ob. Cit.154.

[30] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19a edição. São Paulo, Ed. Forense, 2005, p. 136.

[31] A propósito, no que concerne ao crime organizado, a Convenção de Palermo, aprovada pelo Decreto n.º 231, de 29 de maio de 2003, e promulgada pelo Decreto n.º 5015, de 12 de Março de 2004, dispõe em seu art.20, que dispõe: "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

A propósito, na mesma linha de José Paulo Baltazar Júnior[32], acreditamos possível adotar novos paradigmas investigativos em casos ou situações limites envolvendo a criminalidade organizada, tudo dentro do marco constitucional e com a mais irrestrita observância aos direitos fundamentais, interpretados no sentido de um garantismo integral, que também alberga a proteção coletiva e a proibição da insuficiência.

De mais a mais, as próprias Leis nº 9.034/95 e nº 9.296/96 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 ambiental, 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, que com a mudança de mentalidade dos operadores do sistema de justiça, ainda muito parcimoniosos quando se trata da autorização de produção de provas mais invasivas, que implicam relativização ao direito fundamental à intimidade.

5. Conclusão

A despeito da relevância da intimidade no cenário jurídico brasileiro, assegurada que está como direito fundamental do indivíduo, a sua proteção não poderá se dar 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, temos que devem ser superados os óbices opostos à investigações empreendidas pelo Ministério Público, autorizando-se o acesso direito a dados bancários e fiscais, além do que deve-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.

BIBLIOGRAFIA:

ARAS, Vladimir. Possibilidade de Quebra de sigilo bancário pelo Ministério Público. Uma proposta. Disponível em www.novacriminologia.com.br, acesso em 10/10/2011.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crime Organizado e Proibição de Insuficiência. Livraria do Advogado.

BARROSO, Luis Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: Política, Direito e Devido Processo Legal, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, disponível em www. direitodoestado.com.br, acesso em 30/01/2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada, 8ª Edição, Editora Saraiva, 2008.

vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada."

[32] JUNIOR, JOSÉ PAULO BALTAZAR. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*, Editora Livraria do Advogado, p.242.

CALABRICH, Bruno. Investigação Criminal pelo Ministério Público, fundamentos e limites constitucionais. Temas Fundamentais de Direito, v.7, Editora Revista dos Tribunais.

CAVALCANTI, José Robalinho, in CALABRICH, FISCHER e PELELA Garantismo Penal Integral, Questões Penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Editora Podivm, 1ª Edição, 2010.

COELHO, SACHA CALMON NAVARRO, Caderno de Pesquisa Tributária, vol. 18, São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1993.

CONSERINO, Cássio Roberto. Crime Organizado e Institutos Correlatos. Série Legislação Penal Especial. Editora Atlas in VASCONCELOS e MAGNO, Sério Legislação Penal Especial, 1ª edição, 2011.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. O Direito de Estar Só, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1970.

LEITE, Rodrigo e JOSINO, Miguel, Sigilos Bancário e Fiscal, Quebra de sigilo bancário e fiscal diretamente pelo Fisco, disponível em http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/sigilo%20banc%C3%A1rio%20e%20fiscal%2069%20A%2085, acesso em 30/01/2012.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19a edição. São Paulo, Ed. Forense, 2005.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Provas no Processo Penal, Estudo sobre a Valoração das Provas Penais, Editora Altas, 2010.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 5ª Edição, Editora Altas, 1999.

SILVA, César Dário Mariano. Provas Ilícitas, 6ª Edição, Editora Atlas, 2010.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

CASTRO, Leonardo Bellini de. AS IMPLICAÇÕES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DA TUTELA DA INTIMIDADE E SUAS RELAÇÕES COM A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DO ESTADO. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 34, abril/maio/junho de 2013. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-34-ABRIL-2013-LEONARDO-BELLINI-CASTRO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.