

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/12/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34394-a-quebra-do-sigilo-telef-nico-e-seu-tratamento-no-ordenamento-jur-dico-brasileiro>

Autori: Ivan Aparecido Ruiz, Diego Prezzi Santos

A quebra do sigilo telefônico e seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro

Análise jurisprudencial na perspectiva dos direitos da personalidade e do acesso à justiça

**A QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO E SEU TRATAMENTO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL
NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DO ACESSO À
JUSTIÇA**

Ivan Aparecido Ruiz¹

*[http://lattes.cnpq.br/839307670773
7696](http://lattes.cnpq.br/8393076707737696)*

Diego Prezzi Santos²
*[http://lattes.cnpq.br/913203731448
7051](http://lattes.cnpq.br/9132037314487051)*

RESUMO: o presente estudo busca analisar a possibilidade de interceptações telefônicas serem realizadas no Brasil que confere proteção aos direitos da personalidade e aos direitos fundamentais da pessoa. A análise passa pela compreensão destes direitos 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 seus 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.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade – Direitos Fundamentais – Sigilo Telefônico – Acesso à Justiça.

**BREACH OF CONFIDENTIALITY TELEPHONE AND ITS TREATMENT IN
BRAZILIAN LAW: ANALYSIS JURISPRUDENTIAL IN VIEW OF THE
RIGHTS OF PERSONALITY AND ACCESS**

ABSTRACT:. The present study aims to analyze the possibility of telephone intercepts be held in Brazil that provides protection of personality rights and fundamental rights of the person. The analysis involves the understanding of these rights and the possibility that is investigated, target of breach of confidentiality through telephone interception, having secured the material access to justice, and, therefore, their rights respected. Checked out the concept of access to fair legal system (material) and also access to

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Graduado pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Professor do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Professor Associado da Universidade Estadual de Maringá – UEM. Membro do Conselho Universitário da Universidade Estadual de Maringá - UEL e Advogado no Paraná.

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Professor de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de Graduação no Instituto Catuaí de Ensino Superior (ICES). Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogado Criminal.

formal it possible to understand and present the results obtained from the Brazilian courts.

KEY-WORDS: Personality Rights - Fundamental Rights - Telephone Privacy - Access to Justice.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade analisar o fundamento e os limites da Lei nº 9.296 de 1996 que trata de interceptações telefônicas no Brasil e o comportamento dos Tribunais, com o propósito de investigar até que ponto os direitos da personalidade e direitos fundamentais são respeitados.

Tratar-se-á da perspectiva de acesso à justiça em suas vertentes formal e material para estudar a eficácia garantista e a possibilidade de obtenção de uma tutela justa.

Para tanto, houve análise doutrinária acerca dos direitos da personalidade, dos direitos fundamentais, do acesso à justiça e da possibilidade de interceptação telefônica, avançando a pesquisa para o uso de o método dedutivo para composição de conclusões.

2 DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E SIGILO TELEFÔNICO

O Direito à Privacidade fora levado à Constituição Federal de 1988 nas garantias fundamentais contidas no rol do art. 5º:

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;

Embora tenha o legislador separado intimidade, vida privada, honra e imagem, registra-se que autores como José Afonso da Silva³ compreendem que tal inciso refere-se a um geral Direito à Privacidade destinado a resguardar a vida profissional, familiar, íntima e social das pessoas.

Há, então, uma cláusula aberta ligada à privacidade, a qual seria composta por outros direitos como a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, o segredo entre outros, que é assim conceituada:

³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 209.

[...] conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Embarca todas as manifestações das esferas íntimas, privadas e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.⁴

Como parte deste conceito, a intimidade seria, nos dizeres de Vidal Serrano, “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”.⁵

Enquanto existe este espaço nuclear espiritual e reservado aos pensamentos, ao estado de alma⁶ e segredos que o sujeito não deseja partilhar, há, em outro plano, a vida privada:

Vida privada, como é óbvio, opõe-se à vida pública. Esta é a que se desenrola perante os olhos da comunidade. Assim, é conhecida de muitos e pode ser conhecida de todos. A vida privada é que se desenvolve fora das vistas da comunidade. É a que se desenvolve fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos. Compreende, portanto, a intimidade, isto é, a vida em ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente, ao grupo familiar.⁷

Percebe-se, com os conceitos acima esclarecidos, retirados de doutrina nacional, que conforme ensina José Adércio Leite Sampaio⁸, há tutela constitucional referente àquilo que a pessoa quer para si, “fora do Estado”.

⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 208.

⁵ SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito a crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997, p. 63.

⁶ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 145.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 35/ 36.

⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e a Vida Privada*., Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 34.

E essas expressões são protegidas, trocadas, debatidas, apontadas pelo uso de meios de comunicação, dentre eles as correspondências, as formas de transmissão de dados e telefone.

Por esta razão é que o tratamento conferido nesta pesquisa conjugou a privacidade e o sigilo telefônico, já que a sintonia entre ambos e a relação de dependência é bastante ampla.

Quanto à inviolabilidade de correspondências, a Constituição Federal de 1946, no Título IV, Capítulo II, artigo 141, §6º fez expressa menção à inviolabilidade de correspondência enquanto silenciou sobre as comunicações telefônicas.

Nota-se que a Constituição Federal de 1969⁹ - posteriormente pela Emenda Primeira de 17 de outubro de 1969 - fez a previsão no art. 153 referente às garantias individuais, previstas no Capítulo IV do Título II – Da Declaração dos Direitos:

§ 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

O texto da Constituição Federal atual contém exceção ao resguardo desse direito fundamental:

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;

Com o advento da Lei n. 9.296 de 24 de julho de 1996 este dispositivo do art. 5º da CF foi regulamentado.

3 DA TUTELA PRIVADA DA PRIVACIDADE E SIGILO TELEFÔNICO

O Código Civil Miguel Reale abordou os Direitos da Personalidade no Capítulo II e, quanto à privacidade, apresentou o artigo 21 com o teor que segue anunciado:

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.

⁹ Originariamente a Constituição Federal de 1969 fazia tal previsão no art. 150.

O dispositivo é bastante claro em informar que há o manto da inviolabilidade sobre a vida privada, limitando acessos indevidos, publicações de qualquer ordem, manifestações ou exposições de interações das pessoas, bem como atividades e relacionamentos.

Percebe-se que tamanha é a importância da privacidade do ser que a tutela é vista tanto no Direito Constitucional quanto no Direito Civil de forma sólida e numa dinâmica extremamente congruente.

Não obstante o tratamento como direito fundamental, é vista a privacidade como direito da personalidade encontra fundamento porque “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”¹⁰ passam pela própria noção de direitos da personalidade.

Nos termos de Limongi França¹¹ “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”.

Flavio Tartuce tem mesma visão e aponta intimidade como direito da personalidade “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”.¹²

A privacidade e seus densificadores não podem ser separados da pessoa, pois dela são integrantes e, então, há por parte do Estado o dever de manter tais itens da personalidade protegidos.

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 2.

¹¹ FRANÇA, Limongi Rubens. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1034.

¹² TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 878, 28 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7590>>. Acesso em: 20 set. 2011.

E essa proteção, que inovou desde o Código Civil de 1916, justificou-se pelo fato de que – conforme leciona José Sebastião de Oliveira e Regina Menóia¹³ - ocorreu em 1988 uma mudança bastante ampla no Ordenamento Jurídico que consistiu na inclusão do ser humano seu como orbe valorativo central.

Essa mudança ocorrera em meados do Século XX após a humanidade ter vivido dois períodos de guerra¹⁴, fazendo com os se voltasse à compreensão de que é necessário revitalizar a importância jurídica da pessoa.

O sigilo telefônico e de comunicação é abarcado pelo dispositivo que trata da vida privada, impondo dever de respeito ao Estado (dever negativo de deixar de violar essa prerrogativa) e também aos pares (dever positivo de cercar este direito).

4 INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Com a vigência da Lei n. 9.296 de 24 de julho de 1996 fora regulamentado o dispositivo constitucional que trata do sigilo das comunicações sejam feitas por meio telefônico ou telemático.

Ao contrário do que se possa pensar, esta Lei, todavia, não criou o conflito entre a investigação policial – alicerçada no Capítulo III Da Segurança Pública, do Título V da Constituição Federal, particularmente no artigo 144 – e o direito à privacidade e o sigilo.

A legislação criada teve a finalidade de, diante de um quadro no qual as interceptações telefônicas ocorriam de forma clandestina.

Além de constituir uma ilegal forma de verificação, a história nacional conhece tal método para útil para invasão de privacidade e posterior ataque pessoal, conforme mencionam Luiz Flavio Gomes¹⁵ e Silvio Maciel, os quais mencionam o fato de que no

¹³ OLIVEIRA, J., MENOIA, R.. Aspectos Dos Direitos da Personalidade como Direito Constitucional e Civil. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, América do Norte, 9, nov. 2009. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1239/823>. Acesso em: 09 Set. 2011.

¹⁴ OLIVEIRA, J., MENOIA, R.. Aspectos Dos Direitos da Personalidade como Direito Constitucional e Civil. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, América do Norte, 9, nov. 2009. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1239/823>. Acesso em: 09 Set. 2011.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 8.

período do regime militar houve extremo abuso e constante acompanhamento de muitas pessoas.

A espionagem industrial, a manutenção do poder, as investigações pessoais, os inquéritos policiais foram todas circunstâncias que contaram com o desregrado formato para benefícios contrários ao Estado Democrático de Direito e ao próprio reconhecimento da individualidade do ser, o que tornavam os direitos da pessoa mera ficção.

4.1 Formas De Captação De Sons

Os métodos e a tecnologia disponíveis para a captação de informações, como sons, vídeos e dados em geral, evolui de forma bastante rápida e, atualmente, as investigações policiais contam com aparato que permite usar a sofisticação no combate ao crime.

A criminalidade, com o advento de sistema de trocas de informações ágeis, adotou diversas formas de ações digitais tanto para favorecer a prática de delitos quanto para realizar novas condutas lesivas à bens jurídico-penais.

Nota-se que as formas mais utilizadas para captação de informações ligadas ao sigilo telefônica e a privacidade são: a quebra de sigilo telefônico e a escuta telefônica ou interceptação.

A primeira é a prospecção de registros de ligações feitas e recebidas por um número de telefone fixo, celular ou via, on line ou convencional, buscada nas operadoras e empresas.

A segunda consiste em captar o conteúdo da ligação.

Interessante ponto de vista apresentado pela doutrina¹⁶ de que o termo interceptação é errôneo posto que a significação é de interromper e não obter.

A captação telefônica e de informações ocorre de algumas formas, segundo classificação de Luiz Flavio Gomes e Silvio Maciel.

A interceptação em sentido estrito que “consiste na captação da comunicação telefônica por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores”.¹⁷

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

A escuta telefônica é a captação da comunicação por terceiros com conhecimento de um dos interlocutores.

A gravação clandestina que ocorre quando um dos interlocutores realiza a captação das informações sem o conhecimento do outro.

Já a interceptação ambiental ocorre no ambiente em que ocorre a conversa, não sendo considerada captação telefônica posto que é configurada com atuação de terceiros que usa instrumentos para gravar conversa pessoal.

Enquanto isso a gravação ambiental é feita por terceiros, com consentimento de um dos agentes, no local da conversa.

Interessante notar que, atualmente, tecnologias mais recentes como a de rádios digitais (como os usados pela empresa Nextel) e telefonia digital (Skype, Nimbus, VoIP) podem ser captadas e terem decretadas quebras de sigilo, como ocorreu com a Operação Satiagraha e na Comissão Mista Parlamentar de Inquérito nominada CPI do Cachoeira¹⁸.

Programas aptos a tal função, aliás, são propagandeados pela internet com se pudessem ser obtidos até mesmo em sites da internet para qualquer pessoa adquirir, o que pode ser visto em meras pesquisas.

A Lei de Interceptações Telefônicas não trata das gravações clandestinas, nem as telefones e nem as ambientais, tão-pouco as interceptações e escutas ambientais, limitando-se a tratar de captação telefônicas.

Exceção é contida na Lei de Crime Organizado que permite, como forma de investigação, a captação ambiental desde que determinada e vastamente fundamentada pelo Poder Judiciário.

4.2 Possibilidades de Captação Telefônica

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:

¹⁸ CPI que sigilo de e-mail, SMS e Skype de Demóstenes Torres. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/05/cpi-quebra-sigilos-de-email-sms-e-skype-de-demostenes.html>. Acesso em 10 nov. 2012.

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.

Enxerga-se a clara ideia 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.

Vicente Greco Filho¹⁹ 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 Raúl Cervini e Luiz Flavio Gomes²⁰.

Paulo Rangel²¹ explica que permitir o uso da interceptação telefônica em outro formato processual 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;

Este, 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.

5 DA SIGILO TELEFÔNICO NO CONTEXTO DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

¹⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24.

²⁰ CERVINI, Raúl. GOMES, Luiz Flavio. *Interceptação Telefônica. Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 118.

²¹ RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/195>>. Acesso em: 20 nov. 2012

Com o advento do Estado Democrático de Direito fora erigida à categoria de direito fundamental a Privacidade com suas derivações, merecendo, por sua importância, tratamento também no Código Civil como direito da personalidade.

O novo paradigma constitucional, alicerçado em valores humanos, não contempla afastar o jurisdicionado de sua possibilidade de ingressar na Justiça em caso de violação de seus direitos e nem mesmo da necessidade de receber a proteção das garantias fundamentais a ele dirigidas.

5.1 Do Acesso à Justiça e à Ordem Jurídica Justa

O acesso à justiça fora compreendido pela doutrina como o direito de peticionar ao Judiciário, também pode ser visto como a inafastabilidade do Poder Judiciário, que dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No entanto, “Vale a pena deixar consignado que Acesso à Justiça, não é a mera admissão no processo, no seu aspecto meramente formal. Tal expressão, além da admissão ao processo, compreende o devido processo legal, a justiça nas decisões e a respectiva efetividade das mesmas. É o que a doutrina moderna chama de acesso à ordem jurídica justa, ou se preferir, acesso à justiça no seu aspecto material”.²²

Consoante lição de Ivan Aparecido Ruiz:

O acesso à justiça não pode e não deve significar a porta de entrada, mas também, a de saída, e uma saída satisfatória, adequada e efetiva, em que as partes consigam vislumbrar a verdadeira realização de justiça, por meio de uma sensação de segurança em ter seus direitos efetivados em prazo razoável, sem os formalismos excessivos e desnecessários, no âmbito da relação jurídica processual.²³

²² FARACO NETO, Pedro. *A Assistência Jurídica eo Acesso À Justiça como Mecanismos e Instrumentos de Tutela aos Direitos da Personalidade*. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI, 2011, Vitória/PR. Anais do XXX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis/SC : Fundação Boiteux, 2011. v. 1. p. 87-109.

²³ RUIZ, Ivan Aparecido; GAZOLA, Marcelo DalPont. Alguns Aspectos Essenciais da Arbitragem e o Acesso à Justiça. In: *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 10, n. 1, p. 167-197, jan./jun. 2010, p. 193.

Essa realização de justiça depende do seguimento do Devido Processo Legal, sob pena de, num mesmo momento, existir desrespeito aos direitos da pessoa e ao princípios e as garantias fundamentais.

Interessante notar que em relação ao clássico entendimento - outrora visto na doutrina e na jurisprudência nacional - de que o acesso à justiça significa ir ao Judiciário, ocorreu mudança severa.

Com uma constituição de valores garantistas, com suas baterias voltadas ao ser humano, nada mais natural de que o conceito de Acesso à Justiça se amplie e abarque uma vertente formal e uma vertente material.

Quanto se trata de acesso formal aborda-se o direito de petição de qualquer pessoa ao Estado em qualquer de seus órgãos, conforme previsto no artigo 5º da Constituição Federal do Brasil:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Este dispositivo assegura que:

[...] todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos²⁴.

Junto deste dispositivo, há outro importante inciso, o qual é, de forma recorrente, apontado como centro nuclear do acesso à justiça no Ordenamento:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Este princípio da Inafastabilidade do Judiciário é também enxergado como princípio do direito de ação, posto que determina que o Estado tem o poder dever de lidar com as causas que cheguem aos seus tribunais sem a possibilidade de se eximir do julgamento.

²⁴ JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do processo na Constituição Federal. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 171.

Importa dizer que este preceito fora forjado na época da República de Weimar²⁵ ao propor que o juízo não poderá deixar de julgar qualquer causa que lhe seja justamente apresentada.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 assegura que "Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele";

Pouco tempo depois, em 1950, a Convenção Européia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais assegurou o seguinte:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 apresentou o seguinte texto, no art. 14, 1:

Todas as pessoas são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de caráter civil

E, finalmente, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 em seu art. 8, inciso 1:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Nota-se que tais conceitos, vistos em documentos internacionais, reproduzem a idéia de possibilidade do ser acessar à justiça com suas pendências e as lesões a seus direitos.

No entanto, percebe-se que a noção fora se remodelando em dois aspectos.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 133.

O primeiro fora de ampliar o texto e qualquer fato jurídico ter possibilidade de ser levado ao conhecimento do juízo e o segundo consistiu em, com o tempo, ampliar sua significação ao ponto de ser incluído o julgamento justo e adequado ao regime jurídico e constitucional.

Essa noção conferiu maior imprescindibilidade para o acesso à justiça, conforme asseveram Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

[...] acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário [...] ²⁶.

Os mesmos autores, clássicos acerca do tema devido à sua profundidade e à dinâmica conferida, apontam que essa importância notabilizou-se com as chamadas “ondas” do acesso, as quais foram apresentadas por eles da seguinte forma:

[...] a primeira “onda” desse movimento novo — foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro — e mais recente — é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso a justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.²⁷

Dentro desta onda terceira, há muitas possibilidades de inovação para se atingir à pacificação, dentre elas métodos auto e heterocompositivos²⁸, os quais vem tendo inúmeros resultados positivos ao passo que o sistema judiciário estatal trava e adquire problemas.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 11/12.

²⁷ Ibidem, mesma página.

²⁸ RUIZ, Ivan Aparecido; PATTO, Belmiro Jorge. A Arbitragem como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade no contexto do direito da família: ampliação do acesso à justiça nas hipóteses de separação e divórcios litigiosos. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 18. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

Rui Portanova, mais recentemente, tratou de uma quarta onda, baseada, sobretudo, na efetividade processual, entendida não apenas como o julgamento célere mas também como aquele que atende à função social do direito e respeita valores constitucionais democráticos:

[...] é possível falar de uma quarta onda. Como se sabe, o processo é informado, também, pelo princípio da efetividade. O processo não pode transformar-se num mero lenitivo de uma sociedade que tanto sofre com os privilégios de uma sociedade liberal e as injustiças de uma elite dominante. Por evidente, não se vá abrir o Judiciário, chamar o cidadão e entregar-lhe a jurisdição com os mesmos valores individualistas tão criticados. Por isso, o processo se enriquece de função social, com seu escopo social. No princípio da efetividade social reside a luta do processo contra os valores individualistas da democracia liberal.²⁹

Essa nova roupagem do acesso faz pareamento com a supremacia axiológica-material da Constituição tratada por Luis Roberto Barroso³⁰ que aborda a necessidade de, para construção do justo, serem respeitados princípios e garantias.

Logo, garantir o acesso à justiça daquele que tem contra si um pedido de quebra de sigilo telefônico é assegurar que este procedimento, arrasador de muitos direitos, apenas poderá ocorrer caso o arcabouço processual constitucional seja respeitado.

5.2 Das Garantias do Estado Democrático de Direito

Estes escudos protetores³¹ que o cidadão tem contra o Estado são a principal forma de assegurar o acesso à ordem jurídica justa ao conferir o devido processo e as demais garantias àquele que tem contra si pedido de captação telefônica.

Isso porque, tomando em conta que a Lei de Interceptações Telefônicas Brasileira não permite o exercício de contraditório nestas medidas, as demais garantias

²⁹ PORTANOVA, Rui. Acesso Substancial dos Discriminados à Justiça. *Revista Direito e Liberdade*. v. 3, n. 2. Mossoró. Disponível em: http://www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista_teste/article/viewFile/264/301. Acesso em 18 de abril de 2011.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

³¹ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais. Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 7.

devem ser respeitadas, como devida motivação, legalidade, razoabilidade e respeito aos prazos, imparcialidade, devido processo legal, paridade de armas e, posteriormente, ampla defesa.

De outra forma, haverá sido negada a ordem jurídica justa àquele que – por ser jurisdicionada – a merece.

Lembra-se lição de James Goldschmidt³² que afirmava ser o processo penal e o respeito às garantias uma forma de se medir o autoritarismo de cada Estado:

os principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso.

E esse medidor é fundamental à indicar o respeito ao acesso material à justiça na medida em que, conforme Aragoneses Alonso³³, ao avocar o dever de resolver os conflitos, assumiu o dever de pacificação social e esta vinculado ao dever de garanti-la dentro da Legalidade, ou seja, do que determina a Lei Constitucional.

Observa-se que ao se conferir o direito de realizar a captação telefônicas e, com isso, causar a grave lesão aos direitos da personalidade do agente, há obrigatoriedade de se considerar as garantias constitucionais e os requisitos legais, sob pena de se criar um processo que desnatura suas finalidades básicas.

Percebe-se que o processo criminal – mesmo em procedimento de interceptação telefônica e especialmente neste – é fonte de garantia de instrumentos ligados aos direitos da personalidade e direitos fundamentais, ou seja, o processo deve ser instrumento garantidor conforme assevera Aury Lopes Jr.³⁴

³² GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 67.

³³ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 5. ed. Madrid: Rubí Artes Gráficas, 1984, p. 7.

³⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

Não obstante tal função garantista, Faustin Hélie³⁵, aponta que “*Lé juge ne cherche pas un coupable, mais seulement la vérité*”, ou seja, “o juiz não procura um culpado, mas somente a verdade”.

Por isso, conforme Rogério Lauria Tucci, quanto à verdade, é importante que “se confira, aos interessados e sujeitos parciais, as mesmas, idênticas, possibilidade de evidenciá-la, em estrita colaboração com outros agentes estatais incumbidos da concretização da persecução, ou processo penal, e, especialmente, com o órgão jurisdicional”.³⁶

O dever do Estado, especialmente nos processos criminais, é ser extremamente diligente em garantir à Igualdade das partes, a Paridade de Armas, a Ampla Defesa e Contraditório, o Dever de Inocência, Imparcialidade, Motivação e, assim, o Devido Processo, sob pena de se criar um processo totalmente parcial, injusto e que não poderá encontrar a verdade.

Essa luminosidade que acompanha os procedimentos criminais deve ser, também, firme nos momentos de quebra de direitos e interceptação telefônica, até porque a legitimidade do exercício da jurisdição depende da total possibilidade de se esclarecer a verdade, sob a égide da relação jurídica eqüitativa e dos procedimentos em contraditório.

Em razão dessa necessidade, as Constituições Federais e os Tratados Internacionais passaram a fazer inúmeras previsões de *rechtliches Gehör*³⁷ aos cidadãos contra a potência do Estado.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos de San Jose da Costa Rica anuncia tal regra no seguinte formato:

Art. 8

³⁵ HÉLIE, M. Faustin. *Pratique criminelle des courts et tribunaux*. Paris: Gen. De Jurisprudence, 1877, p. 97.

³⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 143.

³⁷ TROCKER, Nicolò. *Svolgimento giurisprudenziali in materia di garanzie costituzionali del processo civile nella Repubblica Federale Tedesca*. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura. 1970, p. 232.

[...]

5. concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa.

8. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos anuncia o direito de defesa:

Art.14 [...] b. A dispor do tempo e das facilidades necessárias para a preparação da defesa e a comunicar com um advogado da sua escolha. e. A interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter a comparência e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições das testemunhas de acusação;

A Constituição Federal de 1988 primou também pelas garantias constitucionais do cidadão e dispôs várias passagens importantes ao Devido Processo:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Tais preceitos se enquadram, assim como aqueles referidos logo acima³⁸, no teor do art. 5º, §1º do Documento Constitucional, o qual define que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Portanto, o processo deve estar em um palco no qual tanto a acusação quanto o cidadão possa exercer seus direitos, sob pena de se criar não um processo em

³⁸ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

contraditório e sim, como ensina Figueiredo Dias, um procedimento inquisitivo³⁹ sem respeito aos direitos do ser humano e “em que o juiz pudesse proferir a decisão sem previamente ter confrontado o arguido com as provas que contra ele houvesse recolhido”.

5.3 Dos Requisitos Constitucionais como Garantia de Acesso à Ordem Jurídica Justa

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

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 151.

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 TEORI ALBINO 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 constrictiva 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 criminoso 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 exhaustivamente, 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 exhaustiva 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 tem revelado o comportamento dos Tribunais Brasileiros em casos de violações da intimidade e negativa de acesso à justiça daqueles que são acusado em processos criminais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal artigo pautou-se da concepção garantidora de direitos existente no Brasil para analisar e, após, concluir que o comportamento dos tribunais nacionais quanto ao

tema interceptações telefônicas e respeito a direitos, especialmente os da personalidade e fundamentais.

A pesquisa demonstrou que – pela noção de direitos adotada – é necessário que as interceptações telefônicas sejam vistas como uma ingerência excepcional na privacidade humana e, para que esta ocorra, há importante suporte de garantias a ser observado.

Notou-se que o reconhecimento da nulidade processual é bastante 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.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 5. ed. Madrid: Rubí Artes Gráficas, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais. Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. Madri: Edersa, 1997.

CALÓN, Eugenio Cuello. *Derecho Penal*. 6 ed. Barcelona: Bosch, 1943.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

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

FARACO NETO, Pedro. *A Assistência Jurídica eo Acesso À Justiça como Mecanismos e Instrumentos de Tutela aos Direitos da Personalidade*. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI, 2011, Vitória/PR. Anais do XXX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis/SC : Fundação Boiteux, 2011. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FRANÇA, Limongi Rubens. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

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

GRACIA MARTÍN, Luis; Díez RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

HÉLIE, M. Faustin. *Pratique criminelle des courts et tribunaux*. Paris: Gen. De Jurisprudence, 1877.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009..

LOPES JR., Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, J., MENOIA, R.. Aspectos Dos Direitos da Personalidade como Direito Constitucional e Civil. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, América do Norte, 9, nov. 2009. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1239/823>. Acesso em: 09 Set. 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos fundamentales*. 4. ed. Madri: Secretaría de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1983.

PORTANOVA, Rui. Acesso Substancial dos Discriminados à Justiça. *Revista Direito e Liberdade*. v. 3, n. 2. Mossoró. Disponível em: http://www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista_teste/article/viewFile/264/301. Acesso em 18 de abril de 2011.

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

RUIZ, Ivan Aparecido; GAZOLA, Marcelo DalPont. Alguns Aspectos Essenciais da Arbitragem e o Acesso à Justiça. In: *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 10, n. 1, p. 167-197, jan./jun. 2010.

RUIZ, Ivan Aparecido; PATTO, Belmiro Jorge. A Arbitragem como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade no contexto do direito da família: ampliação do acesso à justiça nas hipóteses de separação e divórcios litigiosos. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 18. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e a Vida Privada.*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

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, ano 10, n. 878, 28 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7590>>. Acesso em: 20 set. 2011.

TROCKER, Nicolò. *Svolgimento giurisprudenziali in materia di garanzie costituzionali del processo civile nella Repubblica Federale Tedesca*. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura. 1970.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: RT, 2011.