
A Peculiaridade da Interpretação dos Requisitos da Quebra do Sigilo das Comunicações Telefônicas nos Crimes de Corrupção

Kleber Alexandre de Godoy

Analista Processual do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Ex-assessor jurídico no Ministério Público Federal em Goiás por dois anos, um deles no Núcleo Criminal e o outro no Núcleo de Combate à Corrupção. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: Este estudo apresenta proposta de interpretação dos dois primeiros requisitos exigidos pela legislação infraconstitucional para a quebra de sigilo das comunicações telefônicas nos crimes de corrupção em sentido amplo, a saber: a presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em crimes e a demonstração de que a prova não pode ser obtida por outros meios disponíveis. São apresentadas algumas peculiaridades dos crimes de corrupção em relação aos demais delitos que fazem com que o direito à privacidade, que tutela o sigilo das comunicações telefônicas, possa vir a ser ainda mais mitigado no caso concreto, cedendo maior espaço à busca pela operacionalidade do Direito Penal. Partindo-se das ideias de Robert Alexy sobre a técnica da ponderação de princípios fundamentais, pretende-se interpretar os citados termos “razoabilidade de autoria ou participação em crimes” e “outros meios disponíveis” nos crimes de corrupção e, com isso, demonstrar que a avaliação dos requisitos da interceptação telefônica deve ser feita no caso concreto, em busca do resultado ótimo.

Palavras-chave: Sigilo das comunicações telefônicas. Crimes de corrupção. Direito à privacidade. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Proporcionalidade em sentido estrito. Lei da colisão.

Sumário: Introdução. 1 A Relativização do Direito à Privacidade na Interceptação Telefônica. 2 A Previsão da Quebra do Sigilo das Comunicações Telefônicas no Direito Brasileiro. 3 Interpretação dos Dois Primeiros Requisitos Legais para a Quebra do

Sigilo das Comunicações Telefônicas nos Crimes de Corrupção. 3.1 Presença de Indícios Razoáveis de Autoria ou Participação em Infração Penal. 3.2 Excepcionalidade. 3.3 Fato Punível com Pena de Reclusão. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

O Brasil está inserto em contexto de grave crise que clama por medidas eficazes contra a corrupção. E os clamores, em grande parte vindos das ruas, crescem na mesma proporção que se descobrem fraudes multibilionárias – hoje publicadas amiúde na mídia em geral.

Em vista disso, o Poder Legislativo e o Poder Executivo vêm apresentando à população propostas destinadas a punir práticas corruptas com mais rigor, a exemplo do Projeto de Lei nº 5.900/2013, destinado a inserir a corrupção dentro do seletor dos crimes hediondos e do “pacote anticorrupção”, publicado às pressas após as manifestações de 15 de março de 2015.

De fato, as propostas destinadas a aumentar o rigor das sanções em desfavor dos autores de práticas corruptas são realmente necessárias, dado que as sanções atuais mostraram-se incapazes de cumprir suas funções básicas de prevenção e repressão aos delitos. Essas medidas, contudo, não devem vir isoladas, mas sim acompanhadas de métodos investigativos eficazes para a identificação dos autores do crime abjeto, sob pena de ficarem sem efeito.

Por certa ótica, a criação de mecanismos hábeis a identificar corruptos é ainda mais urgente do que o aumento das punições

desse crime. Afinal, de nada adianta a existência de penas mais severas se o criminoso tem consciência de que dificilmente será identificado.

É fato que aqueles que labutam no combate à corrupção enfrentam colossais dificuldades em amealhar provas de autoria dos crimes de corrupção, pois esses delitos geralmente são cometidos mediante o manejo de métodos discretos, a exemplo de acordos não documentados. Ademais, a experiência tem demonstrado que muitos dos casos de corrupção contam com o envolvimento livre e consciente de servidores públicos, agentes políticos e seus sequazes, que empreendem esforços hercúleos para dar aparência de licitude a seus atos vis.

Em muitos casos, essas dificuldades em reunir provas de autoria infelizmente não são superadas, mesmo com exaustivas tentativas. E o resultado disso é a impunidade generalizada, que forçosamente fomenta a prática de outros crimes, segundo o iluminista Cesare Beccaria (1764).

Nesse cenário caótico, muitos chegam à conclusão de que o crime compensa e sentem-se encorajados a praticar delitos ainda mais graves, fato que leva ao seguinte ciclo vicioso autoabastecedor: quanto maior o sentimento de impunidade, maior a prática dos crimes de corrupção; e, quanto maior a prática desses ilícitos, maior o sentimento de impunidade.

Para impedir ou, pelo menos, reduzir as infinitas voltas desse tempestuoso ciclo, devem-se criar mecanismos destinados a permitir melhores resultados na identificação dos autores dos

crimes em análise. Isso fará com que o criminoso tenha a certeza de que será punido caso venha a se corromper e certamente ficará desmotivado a cometer outros injustos penais.

Uma das medidas mais urgentes para esse fim não se trata da criação de novo método investigatório, mas sim da interpretação casuística dos requisitos legais de um dos meios de prova mais poderosos que se tem disponível na identificação dos autores do crime de corrupção: a quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

Com efeito, esse método de prova faz parte daquilo que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – que foi assinada, referendada, ratificada e, por fim, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 – denominou “técnicas especiais de investigação”. Ressalte-se que o artigo 50 desse diploma legal recomenda expressamente a utilização dessa linha de excepcional de provas nas apurações de crimes de corrupção.

Ocorre, porém, que a quebra de sigilo das comunicações telefônicas ainda encontra embaraços interpretativos que podem inviabilizar a apuração de parte considerável dos crimes de corrupção. Por ora, pode-se antever que esses óbices surgem quando não se leva em conta a particularidade desses delitos na exigência dos dois primeiros requisitos da quebra do sigilo telefônico: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em crime e a demonstração de que as provas não podem ser obtidas por outros meios disponíveis.

A atual compreensão do que vem a ser a “razoabilidade dos indícios de autoria ou participação em crime” e “outros meios disponíveis” prejudica sobremaneira a quebra do sigilo das comunicações telefônicas nos crimes de corrupção.

Aqui se propõe a interessante releitura desses requisitos legais à luz da precedência condicionada, altamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal por influência dos célebres estudos do jusfilósofo alemão Robert Alexy.

Prende-se demonstrar que as exigências legais dessa medida intrusiva devem ser mitigadas nos crimes de corrupção, sempre que as circunstâncias do caso concreto exigirem, por força do sopesamento entre o princípio da privacidade, a busca pela operacionalidade do Direito Penal e os direitos geralmente vilipendiados pelo crime de corrupção (saúde, educação, moradia, cultura, esporte, lazer, trabalho e muitos outros).

1 A Relativização do Direito à Privacidade na Intercepção Telefônica

Os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade estão expressos no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988. Segundo o texto constitucional, “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”.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 280), a jurisprudência e vários autores, ordinariamente, não fazem

distinção entre os direitos à privacidade e à intimidade. Por outro lado, há doutrinadores que sustentam que a privacidade seria mais ampla e abrangeria o conceito de intimidade. Para o objetivo do presente estudo, será adotada a linha de entendimento desse último escólio.

Partindo desse prelúdio, convém registrar a precisa e analítica descrição do direito à privacidade apresentada por Tércio Sampaio Ferraz:

Trata-se de um direito subjetivo fundamental. Como direito subjetivo, manifesta uma estrutura básica, cujos elementos são o *sujeito*, o *conteúdo* e o *objeto*. O *sujeito* é o titular do direito. Em se tratando de um dos direitos fundamentais do indivíduo, o sujeito é toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente (ou transeunte cf. Mello Filho, p. 20) no País (art. 5º, *caput*). O *conteúdo* é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constranger os outros ou de resistir-lhes (caso dos direitos pessoais) ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais). A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O objeto é o bem protegido, que pode ser uma *rês* (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou um interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito. Tanto conteúdo quanto objeto são muito claros no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em que se lê: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua

correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei” (FERRAZ, 1992, p. 77-78, grifo do autor).

É notório que uma das maneiras de se proteger o objeto desse direito fundamental é a tutela do sigilo das comunicações telefônicas, que se encontra prevista no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. Tal norma diz que “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”.

Como se vê, a parte final do citado dispositivo constitucional permite a quebra desse sigilo, mas exige, para tanto, autorização judicial, cumprimento dos requisitos e formalidades legais bem como comprovação da finalidade de investigar crimes ou instruir processo penal.

Aqui se faz breve digressão para relatar dois célebres casos controvertidíssimos de mitigação da última exigência referida.

O primeiro diz respeito à quebra de sigilo das comunicações telefônicas deferida pelo Juízo da 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande em processo destinado a investigar o paradeiro de criança levada por um familiar contra determinação judicial. Note-se que tal medida não foi decretada por Juízo Criminal, mas sim por Juízo da Vara de Família.

Uma vez recebido o ofício que determinava a interceptação telefônica, a operadora deixou de cumprir a ordem judicial sob o

argumento de que não se tratava de investigação criminal ou de instrução processual penal, isto é, a empresa de telefonia alegou ilegalidade na medida, apresentando como justificativa a violação direta ao texto constitucional.

Levado o caso ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, decidiu-se que “[...] no âmbito cível e em situação extremamente excepcional” admite-se a quebra de sigilo das comunicações telefônicas em esfera extrapenal, “[...] mormente quando há a possibilidade de se averiguar o possível cometimento do delito disposto no art. 237 do ECA” (MATO GROSSO DO SUL, 2011). Em outras linhas, entendeu-se que haveria a possibilidade de se promover a medida intrusiva no caso concreto, tido como excepcionalíssimo, porque havia indícios razoáveis da ocorrência do crime tipificado no artigo 237 da Lei nº 8.069/90.

Para a surpresa de muitos, essa decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos mesmos fundamentos que os invocados pelo Tribunal de origem. Segundo decidido:

A possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas fica, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal. No entanto, o ato impugnado, embora praticado em processo cível, retrata hipótese excepcional, em que se apuram evidências de subtração de menor, crime tipificado no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente [...] (BRASIL, 2011).

Quanto ao fato de a empresa ter se recusado a cumprir a ordem judicial sob o argumento de que ela era ilegal, o Superior

Tribunal de Justiça entendeu que “[...] não toca ao paciente, embora inspirado por razões nobres, discutir a ordem judicial alegando direito fundamental que não é seu, mas da parte processual”. Ademais, postulou que “[...] possibilitar que o destinatário da ordem judicial exponha razões para não cumpri-la é inviabilizar a própria atividade jurisdicional, com prejuízo para o Estado Democrático de Direito”.

Não satisfeita, a operadora de telefonia impetrou *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal (HC 112684). Em decisão monocrática datada de 5/3/2015, entretanto, o Ministro Teori Zavascki negou seguimento ao *write*, sob o escoreito argumento de que o caso concreto não demonstrou a configuração de ofensa atual ou iminente ao direito de ir, vir e permanecer do investigado. Essa decisão transitou em julgado no dia 17/3/2015.

Por sua vez, o segundo caso de quebra de sigilo telefônico em âmbito extrapenal é ainda mais polêmico – apesar de não ter ganhado os mesmos ecos que a decisão anterior – e foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em ação de alimentos. Trata-se dos Embargos de Declaração nº 70050246891, relatado pelo Desembargador Roberto Carvalho Fraga, julgado pela Sétima Câmara Cível e publicado no Diário da Justiça do dia 10/8/2012.

No caso, intentou-se de todas as formas, por mais de dez anos, localizar o devedor dos alimentos, porém não se obteve êxito. Diante disso, o Tribunal entendeu que o fato de o artigo 277 da Constituição Federal de 1988 ter conferido “absoluta

prioridade” ao direito à vida e à sobrevivência digna de crianças e adolescentes soergue esses direitos à categoria prevalente ao direito à intimidade, justificando a interceptação telefônica.

Essas duas decisões, apesar de terem sido prolatadas em casos bastante específicos e serem alvo de severas críticas no meio acadêmico, trazem à baila situações em que a tutela de direitos constitucionais encontrou obstáculo no direito à privacidade. Em termos mais diretos, ambas as situações descrevem casos de conflito casuístico entre princípios constitucionais.

Como se sabe, os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser sopesados no caso concreto, à luz do critério da ponderação de interesses. Aliás, Norberto Bobbio (1992, p. 37) defende que há apenas dois direitos de cunho absoluto: o de não ser escravizado e o de não ser torturado. Afora isso, todos os direitos podem ser abrandados, mas sempre dentro das balizas da razoabilidade.

A esse respeito, deve-se dizer que o simples fato de um direito ser relativizado por outro não significa de per si que se está a reconhecer hierarquia entre direitos fundamentais.

Como alerta Gilmar Ferreira Mendes,

Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico.

Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos fundamentais somente é admissível em casos especialíssimos (MENDES, 2014, p. 238).

De fato, a despeito dos posicionamentos contrários, não há hierarquia entre direitos fundamentais. Atente-se, porém, que para Alexy (2008, p. 114), o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de realmente não ser absoluto do ponto de vista abstrato, prevalecerá sobre outros princípios em certas condições apuradas no caso concreto.

Na espécie, o fato de o direito à privacidade, no caso concreto, ceder espaço à busca pela operacionalidade do Direito Penal não faz com que este seja superior àquele. Ambos os direitos fundamentais são caríssimos à história da humanidade e ocupam posição hierárquica equivalente. O que ocorre é o mero sopesamento casuístico de um direito em relação ao outro e não o escalonamento abstrato e paradigmático entre os aventados direitos basilares.

A esse respeito, Virgílio Afonso da Silva (2008), ao discorrer sobre as brilhantes lições de Alexy (1995), sintetizou o que se segue:

Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização. Importante, nesse ponto, é a idéia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser – e freqüentemente é – obstada pela realização de outro princípio. Essa idéia é traduzida pela metáfora da

colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 – (P1 P P2) –, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C – (P1 P P2) C (ALEXY, 1995 apud SILVA, 2008).

Essas talvez sejam as maiores críticas à citada decisão do Tribunal gaúcho, que decretou interceptação telefônica em ação de alimentos. Isso porque o fundamento erigido, além de reconhecer hierarquia entre os direitos das crianças e adolescentes e os demais direitos, sopesou princípios constitucionais de forma abstrata, sem considerar as particularidades do caso concreto, que permitiriam o alcance do resultado ótimo, segundo Alexy (2008).

Exatamente em busca desse resultado ótimo, que certamente passa pela via da mínima relativização possível do direito à privacidade, a Lei Maior exigiu a observância de condições para a realização da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, entre as quais está a edição de lei prevendo as hipóteses e as formas de realização dessa medida intrusiva. Atento a esse comando, o legislador ordinário promulgou a Lei nº 9.296/96, que exigiu, para a realização da quebra de sigilo telefônico, a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; a impossibilidade de obtenção das provas por outros meios e a investigação de fato punível com pena de reclusão.

Além desses requisitos, exigiu-se, como pressuposto, a

existência de decisão judicial devidamente fundamentada, que pode ser promovida de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal; e do representante do Ministério Público, tanto na investigação criminal quanto na instrução processual penal.

Não se desconhece a polêmica doutrinária e jurisprudencial referente à possibilidade de o juiz decretar de ofício quebra de sigilo das comunicações telefônicas. De fato, permitir que o juiz afaste o sigilo das comunicações telefônicas de ofício em fase pré-processual implicaria inegável ofensa ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal.

Nesse sentido, é a lição de Renato Brasileiro Lima:

Destoa das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício na fase investigatória, sob pena de auxiliar a acusação na colheita de elementos de informação que irão servir ao titular da ação penal para provocar a jurisdição. A iniciativa da interceptação pelo juiz também representa usurpação à atribuição investigatória do Ministério Público e da Polícia Judiciária. Graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado, caso se admitisse que pudesse decretar a medida de ofício ainda na fase investigatória. O que lhe compete é – e desde que seja provocado – analisar a necessidade da medida, concedendo-a caso presentes os requisitos acima analisados (LIMA, 2014, p. 157).

Em vista disso, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) apresentou ao Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade (ADI) da referida norma no dia 22/7/2008.

Essa ADI foi registrada sob o número 4112 e está conclusa ao relator desde 26/8/2010. Nesse processo objetivo, foi juntado parecer da Procuradoria-Geral da República, que se manifestou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição à referida norma, de maneira a possibilitar a decretação de ofício da interceptação telefônica apenas na fase processual, em respeito ao sistema acusatório que predomina no Brasil.

Não é demasiado dizer que em Portugal não existe a possibilidade de o juiz decretar quebra de sigilo telefônico de ofício, pois o artigo 187, nº 1, do Código de Processo Penal lusitano dispõe que essa medida excepcional é feita apenas em fase de inquérito policial, sempre a pedido do único legitimado: o *Parquet*. Note-se que nem mesmo a autoridade policial tem atribuição para providenciar a interceptação telefônica naquele país. E isso pode ser justificado pelo fato de que, ao contrário do que ocorre no Brasil, o artigo 52, nº 2, b, daquele código dispõe que “[...] compete em especial ao Ministério Público dirigir o inquérito”.

Seguindo a lógica da legislação portuguesa, no Brasil existe proposta legislativa destinada a suprimir por completo a possibilidade de o juiz decretar de ofício a interceptação telefônica. Cuida-se do Projeto de Lei nº 4.047/2008, que tramita na Câmara dos Deputados sob o regime de prioridade e encontra-se pendente da apreciação do plenário. Essa proposta tem como origem o Projeto de Lei nº 525/2007, de autoria do ex-senador Jarbas Vasconcelos.

Além dos requisitos e pressupostos sumariados, é impreterível que o pedido de interceptação de comunicação telefônica contenha a demonstração de que sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados, nos termos do artigo 4º da Lei nº 9.296/96.

Uma vez demonstrada a presença de todos esses requisitos, o direito à privacidade cederá espaço ao direito ao dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal, levando o Juízo a decretar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. E, com isso, as investigações criminais serão aprofundadas, permitindo a identificação de pessoas envolvidas nos injustos penais apurados.

2 A Previsão da Quebra do Sigilo das Comunicações Telefônicas no Direito Brasileiro

A Constituição Federal de 1967 foi a primeira a prever o sigilo das comunicações telefônicas no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 150, § 9º, desse diploma legal dizia que “[...] são invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas”. De fato, não havia qualquer exceção a essa regra.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, tida como verdadeiro texto constitucional originário, apresentou mudança apenas gráfica em relação ao texto anterior, dispondo, em seu artigo 153, § 9º, que “[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”. Veja-se que, da mesma forma que a Carta Magna anterior, não

foi apresentada exceção a esse direito fundamental de cunho individual.

Apenas com a Constituição Federal de 1988 é que se trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se afastar o sigilo das comunicações telefônicas, como prevê o artigo 5º, XII. Para tanto, porém, exigiu-se o cumprimento de certos requisitos, dentre os quais está o respeito às hipóteses e às formas estabelecidas pela lei.

A lei exigida por aquela norma, contudo, somente foi editada em 1996, como se verá adiante. Esse vazio legislativo fez com que muitos passassem a aplicar o artigo 57, II, “e”, da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), como fundamento legal da quebra de sigilo das comunicações telefônicas. Os Tribunais Superiores, entretanto, sempre entenderam que tal dispositivo legal não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, segundo Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 171).

De fato, esse diploma legal prevê, em seu artigo 57, II, “e”, que “[...] não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste”. Nada mais. Por isso, o citado autor (LIMA, 2014, p. 171) concluiu que essa vetusta norma não cumpre a função de regulamentar o artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988, visto que não disciplina a duração das interceptações, a forma da realização da gravação, as hipóteses em que será permitida a utilização desse meio de prova etc.

O problema maior, porém, é de índole congênita. É que a aludida norma foi editada sob a égide da Constituição Federal de 1946, que foi omissa em relação à possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas. E esse silêncio deve ser interpretado como verdadeira proibição, uma vez que até mesmo para o sigilo das correspondências, cuja quebra é menos invasiva do que a das comunicações telefônicas, não se previa qualquer exceção, conforme o disposto no artigo 141, § 6º, dessa Lei Maior.

Inclusive, dois anos após a publicação do Código Brasileiro de Telecomunicações, outorgou-se a Constituição Federal de 1967, que foi clara em estabelecer a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas – e sem exceção (artigo 150, § 9º, dessa Carta).

A tudo isso, acrescente-se que “[...] o vício da inconstitucionalidade [...] há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração” (BRASIL, 1997). Tendo-se em vista, portanto, que o aventado silêncio eloquente da Constituição de 1946 impedia a quebra de sigilo das comunicações telefônicas, restou cristalino que o artigo 57, II, “e”, da Lei nº 4.117/62 não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Essa mesma conclusão foi a que chegou o Pretório Excelso, mas sob fundamento diverso. No HC 72588, relatado pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, entendeu-se que o artigo 5º, XII, da Constituição Cidadã tem eficácia limitada e exige a edição de lei que defina, em rol *numerus clausus*, as hipóteses e formas

pelas quais será legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. E o artigo 57, II, “e”, da Lei nº 4.117/62 não faz essa previsão.

Com esse entendimento, todas as interceptações telefônicas fundamentadas naquela norma bem como as provas produzidas a partir delas, ainda que autorizadas pelo juiz, em investigação criminal ou instrução processual penal, foram declaradas ilícitas¹, com base na doutrina americana dos frutos da árvore envenenada.

Somente após a edição da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou o artigo 5º, XII, da Constituição Federal, estabelecendo as hipóteses e as formas de realização dessa medida excepcional, dentre outros assuntos, é que se passou a permitir a realização da quebra de sigilo das comunicações telefônicas no Brasil.

Em interessante colocação, o Supremo Tribunal Federal disse que “[...] a Lei 9.296/1996 nada mais fez do que estabelecer as diretrizes para a resolução de conflitos entre a privacidade e o dever do Estado de aplicar as leis criminais” (BRASIL, 2010).

De fato, entre outros aspectos, o que o referido diploma legal fez foi prever os casos concretos que permitem o abrandamento do direito à privacidade em favor da busca pela operacionalidade do direito penal. A esses casos concretos, atribuiu-se o nome de requisitos.

¹ Cf. HC 69.912/RS, DJ de 25/03/1994; HC 73.351, DJ de 19/05/1999; HC 74.299, DJ de 15/08/1997, dentre outros.

3 Interpretação dos Dois Primeiros Requisitos Legais para a Quebra do Sigilo das Comunicações Telefônicas nos Crimes de Corrupção

O artigo 2º da Lei nº 9.296/96, atendendo à ordem constitucional, previu os requisitos da interceptação telefônica, estabelecendo que essa medida intrusiva exige a demonstração de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; de inexistência de outros meios disponíveis de obtenção de prova e de investigação de infração penal punida com reclusão.

Apenas a título de cotejo, em Portugal os requisitos da quebra de sigilo telefônico são substancialmente distintos. O artigo 187, nº 1, do Código de Processo Penal desse país exige a demonstração de “[...] razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”; requerimento do Ministério Público; decisão fundamentada do juiz e investigação de um dos seguintes crimes: os puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos de reclusão; tráfico de entorpecentes; detenção de arma proibida; tráfico de armas; contrabando; injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos por meio de telefone; ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou evasão, quando o investigado houver sido condenado a um dos crimes anteriores.

Com efeito, o estabelecimento de requisitos para a interceptação telefônica é de notável importância para a solução

dos conflitos casuísticos entre os direitos da privacidade e os da busca pela operacionalidade do Direito Penal. Isso porque eles nada mais são que métodos criados pelo legislador para garantir que o sopesamento cause o menor dano possível à privacidade do indivíduo. Apenas em casos excepcionais, frise-se, é que esse direito cederá espaço ao dever do Estado de aplicar as leis criminais.

No caso concreto, contudo, não é raro o surgimento de colisões complexas entre direitos fundamentais, ou seja, não é incomum que se tenha, de um lado, o direito à privacidade do indivíduo; e, de outro lado, o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do Direito Penal e dos direitos à saúde, à educação, à moradia, ao saneamento básico e muitos outros. Isso é o que geralmente ocorre quando o crime apurado é corrupção.

Como se sabe, a corrupção subtrai, de maneira insaciável, o dinheiro público destinado notadamente a finalidades essenciais. De maneira evidentemente exemplificativa, ela atinge contratos destinados à aquisição de medicamentos, equipamentos hospitalares e ambulâncias; à compra de materiais e merendas escolares; às licitações destinadas à construção de moradias; à realização de obras relacionadas ao saneamento básico etc. São vários os direitos aviltados por esse crime.

Segundo a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), dados de 2008 apontam que a corrupção anual no Brasil representa de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), ou seja, dissipa entre R\$ 41,5 bilhões e R\$ 69,1 bilhões por ano.

O referido estudo diz ainda que, caso não houvesse esses desvios colossais, o Brasil poderia ter grandes avanços nas áreas de educação, saúde, habitação, saneamento e infraestrutura. Na educação, o número de matrículas na rede pública saltaria de 34,5 milhões para 51 milhões de alunos (aumento de 47,%); na saúde, a quantidade de leitos para internação passaria de 367.397 para 694.409 leitos (aumento de 89%); na habitação, o número de moradias populares sairia de 3.960.000 para 6.900.371 famílias (aumento de 74,3%); no saneamento, a quantidade de casas atendidas saltaria de 22.500.000 para 45.847.547 (aumento de 103,8%) e, na infraestrutura, os 2.518 km de ferrovias, conforme as metas do PAC, seriam acrescidos de 13.230 km (aumento de 525%). Os doze portos que o Brasil possui poderiam saltar para 184 (aumento de 1.537%). Além disso, o numerário dilapidado pela corrupção poderia ser utilizado para a construção de 277 novos aeroportos, um crescimento de 1.383%.

Para o ano de 2015, ainda não se tem estudo detalhado sobre a corrupção no Brasil. É certo, no entanto, que o percentual desviado pela corrupção no País aumentará bastante, haja vista que ele incluirá os desvios multibilionários na Petrobras descobertos recentemente.

Todo esse contexto deve ser levado em conta quando se for realizar a quebra de sigilo das comunicações telefônicas em crimes de corrupção. É que, nesses injustos penais, o direito à privacidade deve ser ainda mais abrandado, à luz do princípio da

proporcionalidade em sentido estrito, que é o verdadeiro leme do método da ponderação de interesses.

Aqui não se está dizendo que os requisitos da quebra de sigilo telefônico devem ser desconsiderados em investigações desse crime de altíssima gravidade, mas sim que os requisitos para essa medida excepcional não devem ser tratados com a mesma exigência dos demais crimes. Deve haver a ponderação de valores no caso concreto.

Para que melhor se verifique a necessidade de abrandamento dos dois primeiros requisitos exigidos para a interceptação telefônica nos crimes de corrupção, é importante que suas análises sejam feitas de maneira separada, e isso será feito a seguir.

Quanto ao terceiro requisito, qual seja, investigação punível com pena de reclusão, a finalidade deste estudo não exige comentários acerca do tema, uma vez que todos os crimes enquadráveis no conceito amplo de corrupção são puníveis com pena de reclusão. Mesmo assim, pede-se licença ao leitor para expor brevíssimos comentários sobre o tema, em razão da existência de projeto de lei destinado a modificar sistematicamente esse requisito.

3.1 Presença de Indícios Razoáveis de Autoria ou Participação em Infração Penal

O primeiro requisito exigido pela Lei nº 9.296/96 para a quebra de sigilo das comunicações telefônicas é a presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração

penal. Sem embargo de a redação legal referir-se a “infração penal”, cujo conceito abarca crime e contravenção penal, não existe contravenção penal punível com pena de reclusão (outra exigência para a interceptação telefônica, abaixo detalhada). O mais correto, portanto, seria a exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação “em crime”.

De fato, esse requisito é, com razão, o mais controvertido de todos. Afinal, o que vem a ser a razoabilidade de autoria ou participação em crime?

Ora, é certo que, para o oferecimento de denúncia, exigem-se a presença de indícios de autoria e prova da materialidade. À evidência, tais indícios devem ser razoáveis, do contrário não se poderia oferecer a peça acusatória. Ocorre, porém, que a quebra de sigilo das comunicações telefônicas também impõe a presença de indícios razoáveis de autoria. A questão que se exsurge é: a razoabilidade tem o mesmo peso em ambos os casos?

A resposta negativa se impõe de imediato e em tom absoluto. Se a razoabilidade desses indícios tivesse o mesmo valor na quebra de sigilo das comunicações telefônicas e no oferecimento de denúncia, é evidente que o Ministério Público ofereceria a peça acusatória de pronto, em vez de pedir dilação probatória. De fato, a aventada medida excepcional seria letra morta, sem efetividade, e muitos crimes ficariam sem esclarecimento.

Para os crimes em geral, portanto, é demasiadamente fácil deduzir que a razoabilidade dos indícios de autoria ou participação

em delitos exigida para a interceptação telefônica é menor que aquela imposta no ato do oferecimento de denúncia.

Já quando se investiga crimes de corrupção, a razoabilidade deveria ser ainda mais abrandada, por consequência intuitiva da própria natureza dos princípios.

Segundo Alexy (2008, p. 116), os princípios são mandamentos de otimização. Quer isso dizer que eles serão realizados na máxima medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Há situações, porém, em que não se verifica a possibilidade jurídica, pois a norma fundamental com caráter de princípio está em conflito direto com outra que, no caso concreto, mostra-se antagônica. Tal questão não deve ser resolvida por meio de declaração de invalidade de uma das normas jurídicas ou por criação de exceção a um dos princípios, mas sim pelo sopesamento dos dois princípios em dissonância – à luz da “lei de colisão”.

A singular lei de colisão foi erigida pelo citado autor nas seguintes linhas: “[...] se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C à R” (ALEXY, 2008, p. 99). Essa é a relação de precedência condicionada que é largamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, máxime em casos de intervenção federal (IF 3091, IF 2975 e IF 470, dentre outras).

Há, porém, uma aparente dificuldade na aplicação dessa

lei. Ao discorrer sobre o tema, o próprio Alexy (2008, p. 97) reconheceu que “[...] a questão decisiva [...] é saber sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder”. E mencionou a solução levada a efeito pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a saber: a muito difundida metáfora do peso. Segundo ela, no caso concreto deve-se avaliar se os interesses do indivíduo têm manifestamente um peso significativamente maior que os interesses a cuja preservação a atividade estatal deve servir. Quanto ao aparente problema de esses interesses não terem peso quantificável, o autor alemão apresentou uma resposta simples, baseada na relação de precedência condicionada: “[...] em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes no caso concreto”.

Observe-se que a ideia central do sopesamento é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 262), nada mais é do que “[...] uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim” (note-se que o autor também fez uso da metáfora do peso). Em absoluto, esse princípio é a via de acesso à regra da precedência condicionada, isto é, da primazia de um princípio em relação a outro no caso concreto.

Para confirmar a ideia de que a razoabilidade dos indícios de autoria ou participação em delito deve ser interpretada de maneira ainda mais abrandada em investigações do crime de

corrupção, portanto, deve-se avaliar se, no caso concreto, os valores vilipendiados por ilícitos dessa natureza têm maior peso que o princípio da privacidade sob o ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito.

Como mencionado alhures, a corrupção está espalhada por vários setores sociais e vem causando danos de escala multibilionária ao Brasil, fazendo com que muitos dos direitos fundamentais dos brasileiros sejam ignorados e usurpados. Isso leva a uma crescente sensação de falência generalizada e descontrolada do sistema político brasileiro.

A esse respeito, apesar de ainda ser cedo para dizer se as versões apresentadas pelos delatores no caso da Operação Lava-Jato são verdadeiras ou não, há uma infeliz realidade no depoimento do ex-diretor de abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa, prestado à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Petrobras. Em suas declarações, ele diz:

Eu passei lá na carceragem em Curitiba seis meses preso. Seis meses dentro da carceragem. Até que resolvi fazer a delação de tudo o que acontecia na Petrobras, e não só na Petrobras; isto está no noticiário: o que acontecia na Petrobras acontece no Brasil inteiro: nas rodovias, nas ferrovias, nos portos, nos aeroportos, nas hidrelétricas! Isso acontece no Brasil inteiro. É só pesquisar (MIRANDA, 2014).

De fato, há corrupção na área de saúde, educação, moradia, saneamento etc. Esse é o triste retrato do Brasil, que hoje ocupa a 69ª posição entre os 175 países avaliados pelo índice de percepção

da corrupção, segundo a Transparência Internacional. Esses crimes afrontam inúmeros direitos fundamentais de milhares de brasileiros, que todos os anos trabalham até o dia 29 de maio (150 dias) apenas para pagar impostos, o que compromete 41% de seus salários, de acordo com o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT).

Ocorre que esses crimes são muito difíceis de ser investigados, uma vez que, como consignado alhures, eles ocorrem mediante o manejo de métodos discretos e a manipulação de documentos, feita para que os papéis ganhem a aparência de idoneidade. Isso faz com que a interceptação das comunicações telefônicas ganhe importância de destaque na apuração dos ilícitos penais em comento e, mais do que isso, seja recomendada pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme se lê no artigo 50 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada no Direito tupiniquim pelo Decreto nº 5.687/2006.

Nesses casos, em que as investigações são direcionadas para esse meio excepcional de provas, surge um conflito particular de normas constitucionais. De um lado, tem-se o direito à privacidade. Já no outro prato da balança, além da busca pela operacionalidade do Direito Penal – existente nas investigações dos demais crimes –, persegue-se a tutela de direitos umbilicalmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, a exemplo da saúde, da educação, da moradia, do trabalho etc. E qual dos dois pesos deve prevalecer?

Como já se disse, não há hierarquia entre direitos

fundamentais. Mesmo confirmando essa conclusão, Alexy (2008, p. 114) observou que o princípio da dignidade da pessoa humana prevalecerá com o mais elevado grau de certeza sobre outros princípios em certas condições apuradas no caso concreto. É hialino, portanto, que se está diante de princípio de grande importância. E a Constituição Federal de 1988 reconheceu o valor especial dessa norma, inserindo-a no rol de fundamentos da República Federativa do Brasil.

No caso concreto dos crimes de corrupção, é comezinha a presença de condições que justifiquem a prevalência da dignidade da pessoa humana em detrimento do princípio da privacidade. Basta ver: há razões suficientes para que a privacidade seja preservada enquanto a ação criminosa usurpa o dinheiro que seria destinado à compra de medicamentos, à construção de leitos e à aquisição de demais utensílios hospitalares? Há razões suficientes para que a privacidade seja mantida enquanto o dinheiro que seria destinado à educação e, por conseguinte, ao progresso do país está sendo desviado em larga escala? Há razões suficientes para que a privacidade seja conservada enquanto a corrupção impede que milhares de brasileiros tenham acesso à casa própria? Há razões suficientes para que privacidade seja resguardada enquanto criminosos subtraem o dinheiro que seria aplicado no saneamento básico, levando à redução substancial de doenças graves responsáveis em grande parte pela mortalidade infantil, a exemplo da Cólera, Hepatite A, Leptospirose e Febre Tifoide?

Muitos são os questionamentos possíveis de se fazer. Para todos eles, a resposta é não, em absoluto.

Como foi dito, nos crimes de corrupção, o direito à privacidade é confrontado com vários outros direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana. Por essa razão, a balança hipotética responsável por aferir a proporcionalidade em sentido estrito deve pender ainda mais para o lado dos múltiplos direitos, relativizando ainda mais a privacidade.

E a forma mais profícua de se concretizar isso não é por meio de emenda constitucional nem por alteração legislativa, mas sim por interpretação ao artigo 2º, I, da Lei nº 9.296/96 à luz da lei alexyana de colisão. E o meio para se conseguir isso é entender que a razoabilidade dos indícios de autoria ou participação em infração penal é ainda mais branda, ou melhor, mínima nos crimes de corrupção. Ela jamais terá o mesmo valor que a razoabilidade dos indícios de autoria exigida para o oferecimento da peça acusatória; e também não deve ter o mesmo peso que a necessária para a quebra das comunicações telefônicas nos demais crimes.

3.2 Excepcionalidade

O segundo requisito exigido pela Lei nº 9.296/96 para a quebra de sigilo das comunicações telefônicas é a demonstração de que a prova não pode ser obtida por outros meios disponíveis. Esse é o princípio da excepcionalidade das interceptações telefônicas.

Sabe-se que o direito penal é a *ultima ratio* e que a própria

jurisdição também vem cada vez mais sendo entendida como tal. Exemplo mais marcante disso foi o decidido no RE 631.240/MG, no qual o Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral, entendeu que, como regra, exige-se o prévio requerimento administrativo para que o segurado ou dependente possa ajuizar a ação em busca de benefício previdenciário. Diante dessas premissas, é correto concluir que a medida intrusiva em comento é a *ultima ratio* (jurisdição) da *ultima ratio* (investigação penal) da *ultima ratio* (excepcionalidade).

De fato, esse requisito é necessário para a tutela do direito fundamental à privacidade e, por essa razão, não pode ser desconsiderado, sob pena de invalidade das provas colhidas e de todas aquelas derivadas a partir delas, de acordo com a teoria do fruto da árvore envenenada.

A esse respeito, Renato Brasileiro de Lima diz que:

Dentre as medidas restritivas de direitos fundamentais, deve o Poder Público escolher a menos gravosa, sobretudo quando diante de insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito, mas também de terceiros que com ele se comunicaram. Por isso, a interceptação telefônica deve ser utilizada como medida de *ultima ratio*, sob pena de ilicitude da prova (LIMA, 2014, p. 151).

À evidência, apenas o caso concreto poderá dizer se existem ou não provas disponíveis menos invasivas a serem realizadas. Caso existam, a doutrina e a jurisprudência concluem que elas

devem ser perseguidas previamente e, somente depois, será utilizado o meio excepcional.

Aqui se defende, porém, que a exigência em análise não deve ser interpretada como o esgotamento, à exaustão, de todos e quaisquer os meios possíveis de prova antes de se efetuar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. É que existe forte distinção entre exigir que a interceptação telefônica seja o único meio disponível de prova e impor que não haja qualquer possibilidade de se obter as provas procuradas por outros meios menos intrusivos. No primeiro caso, é bem possível que a diligência em análise seja realizada na hipótese de existir outros meios de prova possíveis, desde que eles, por serem sobremaneira dificultosos, não estejam disponíveis. No segundo caso, porém, é exigido o absoluto esvaziamento de todas as linhas investigativas antes de se optar pela quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

Apesar disso, os Juízos, notadamente os de primeiro grau, têm sido cautelosos quanto a esse requisito, ao que parece em razão do fundado receio de que os Tribunais Superiores invalidem as trabalhosas provas obtidas com as interceptações telefônicas.

Nesse ponto, andou bem legislação portuguesa ao prever que a interceptação telefônica será realizada “se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”, conforme se verifica no artigo 187 do Código de Processo Penal lusitano. Vê-se que em Portugal a legislação não

deixa dúvida de que é factível a interceptação telefônica mesmo quando existirem outros meios de prova, desde que eles sejam de difícil obtenção.

Por ver os problemas surgidos com a redação atual sobre o tema, o legislador brasileiro editou proposta destinada a revogar a Lei 9.296/96. Trata-se do Projeto de Lei nº 4.047/2008, mencionado alhures, que, em seu artigo 3º, IV, prevê a exigência de “[...] demonstração de ser a quebra de sigilo da comunicação estritamente necessária e da inviabilidade de ser a prova obtida por outros meios”. Como se vê, caso venha a ser aprovada, a legislação passará a admitir de forma expressa a quebra de sigilo das comunicações telefônicas em caso de existência de outros meios disponíveis de prova, desde que eles sejam inviáveis.

Tanto para os crimes de corrupção quanto para os delitos em geral, faz-se urgente a interpretação desse requisito legal, para que se reconheça que a inexistência de outros meios disponíveis de obtenção de provas não signifique a ausência absoluta de outras linhas investigativas. O que deve ser exigido é que, entre as provas disponíveis, ou seja, as razoavelmente viáveis, a interceptação telefônica seja a última. *A contrario sensu*, aquelas provas demasiadamente dificultosas devem ser tachadas como indisponíveis.

3.3 Fato Punível com Pena de Reclusão

Por fim, o terceiro requisito exigido pela Lei nº 9.296/96 para a quebra de sigilo das comunicações telefônicas é a investigação

de crime punível com pena de reclusão. Como se pode ver, o ordenamento jurídico brasileiro leva em conta a natureza da pena para a realização dessa medida intrusiva, impedindo tal diligência em crimes que preveem a pena de detenção.

Já em Portugal, a legislação que rege essa matéria volta os olhos tanto para o *quantum* da pena como para a espécie do tipo penal violado. Isso porque o artigo 187 do Código de Processo Penal lusitano exige, para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, que se esteja apurando crimes puníveis com pena de prisão máxima superior a três anos ou constantes do rol apresentado por essa norma, que indica os seguintes crimes: tráfico de entorpecentes; detenção de arma proibida e de tráfico de armas; contrabando; injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos pelo de telefone; ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou evasão, quando o investigado houver sido condenado a um dos crimes citados.

Seguindo parcialmente a lei portuguesa, o Projeto de Lei nº 4.047/2008, que já foi aprovado pelo Senado Federal e, atualmente, está em trâmite na Câmara dos Deputados aguardando a decisão do Plenário dessa Casa Legislativa, adotou o *quantum* da pena como critério de avaliação na análise da possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Caso essa proposta seja aprovada, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas apenas não será admitida em crimes de menor potencial ofensivo. Mesmo nesses crimes, porém, será admitida essa diligência, desde que a

conduta delituosa tenha sido realizada por meio de telefonema (algo parecido com o que ocorre com os crimes de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego em Portugal). A natureza da pena prevista para o crime (reclusão ou detenção), portanto, deixará de ser relevante para essa finalidade.

4 Conclusão

Não se faz necessário qualquer esforço argumentativo para se concluir que a corrupção é um dos maiores problemas do Brasil. Todos sabem e grande parte dos brasileiros sentem na pele os efeitos deletérios do crime que, sem dúvida, levou a quinta maior economia do mundo à vergonhosa 79ª colocação no ranking mundial de desenvolvimento humano (IDH).

Por razões históricas de impunidade, o crime de corrupção espalhou-se por todo o país, em grande parte dos órgãos e entes públicos e privados, infelizmente.

Ao contrário do que entende o senso comum, a causa dessa triste realidade não é a falta de investigação. Há órgãos sérios envolvidos nesse mister, a exemplo do Ministério Público, da polícia judiciária, da Controladoria-Geral da União (CGU), do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), entre outros. De fato, um dos grandes problemas que se sente é a dificuldade de obtenção de provas, pois a corrupção é geralmente feita com o manejo de métodos discretos, v.g., acordos espúrios não documentados

e contrafação de papéis buscando atribuir legitimidade a atos ignóbeis.

Uma das maiores dificuldades em relação a isso é a efetivação da quebra de sigilo das comunicações telefônicas nos crimes de corrupção. Isso porque os requisitos dessa medida vêm sendo interpretados de maneira absoluta e abstrata e não com base nas particularidades do caso concreto, que levariam ao almejado resultado ótimo.

No caso concreto, geralmente se percebe certa peculiaridade dos crimes de corrupção em relação aos demais delitos. É que, para os crimes em geral, a interceptação telefônica é feita em busca notadamente da operacionalidade do Direito Penal. Já no crime de corrupção, além desse objetivo, persegue-se a salvaguarda de direitos umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana, a exemplo da saúde, da educação, da moradia e do saneamento básico.

Justamente por isso, em certas condições apuradas no caso concreto, o direito à privacidade do investigado deve ser ainda mais mitigado na apuração do crime de corrupção, à luz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento).

A principal forma de se chegar a isso é atribuir a correta interpretação ao primeiro requisito previsto na Lei 9.296/96 para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas: a demonstração da razoabilidade dos indícios de autoria ou participação em crime.

De fato, a análise da razoabilidade deve ser casuística.

Apenas o caso concreto poderá dizer o que vem a ser ou não razoável.

Sem embargo disso, é intuitivo que a razoabilidade exigida para a quebra de sigilo telefônico é menor que aquela que se impõe no ato do oferecimento da peça acusatória. Isso é assim para todos os delitos. Já quando se está investigando casos de corrupção, as referidas particularidades desse crime devem ser aquilatadas pela proporcionalidade em sentido estrito, levando ao maior abrandamento do direito à privacidade.

Em termos mais diretos, nos crimes de corrupção, a razoabilidade que a lei exige para a interceptação telefônica, em regra, é mínima, sendo evidentemente menor que a imposta ao oferecimento da denúncia bem como menor que a necessária ao afastamento do sigilo das comunicações telefônicas nos demais crimes.

O direito à privacidade do investigado também deve ser abrandado pela correta interpretação do segundo requisito da quebra de sigilo das comunicações telefônicas: a inexistência de outros meios disponíveis de obtenção da prova.

No plano empírico, não é incomum que os juízos de primeiro grau atribuam certo tom de absoluto a esse requisito, por inegável receio de que o árduo trabalho seja perdido com a invalidação das provas nas instâncias superiores. Diante disso, em regra tem-se exigido a demonstração de que é totalmente impossível de se obter provas pelos meios ordinários. A leitura correta desse

requisito, contudo, deve ser aquela que entende que a prova disponível é aquela razoavelmente viável. Em contraposição, as provas sobremaneira dificultosas devem ser tachadas como indisponíveis e desconsideradas na avaliação do requisito.

À evidência, a interpretação aqui proposta não resolverá o histórico problema da corrupção no Brasil. Ela, porém, tornará possível o avanço das investigações desses crimes, permitindo a identificação e a punição dos corruptores e dos corrompidos.

E o aumento da punição será inevitavelmente acompanhado da diminuição desses crimes, pois se sabe que a impunidade é a máquina motriz de novos delitos. É ela quem estimula as ações criminosas daqueles que têm a certeza de que não serão punidos.

Title: The Peculiarity of the Interpretation of Breach of the Secrecy Requirements of Telephone Communications in Crimes of Corruption.

Abstract: This study presents a proposal of interpretation of the first two requirements of the infra-constitutional legislation for breach of confidentiality of telephone communications in crimes of corruption in the broad sense. Such requirements would be the following ones: the presence of reasonable evidence of perpetration or participation in crimes and the demonstration that evidence can not be obtained by other means available. It's some of the peculiarities of corruption crimes – compared to other offenses – which make the right to privacy – which protects the confidentiality of telephone communication – be further investigated. This, in its turn, gives more space to the search for a greater operability of Criminal Law. Starting from the ideas of Robert Alexy on the technical ponderation of fundamental principles, it aims to interpret the above terms “reasonableness of perpetration or participation in crimes” and “other means available” in corruption crimes. By doing so, this study demonstrates that

the evaluation of the telephone tapping requirements should be made in a concrete case, aiming for an optimal result.

Keywords: Confidentiality of telephone communication. Crimes of corruption. Right to privacy. Fundamental rights. Human dignity. Proportionality in the strict sense. Law of collision.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição Ridendo Castigat Mores. 1764. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.047/2008*. Regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição, altera o art. 581 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 do Código de Processo Penal, e revoga a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410928>>. Acesso em: 3 maio 2015

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1969). *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 1 fev. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 203.405/MS, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. 28 jun. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 1 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 103.236, da Terceira Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 jun. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 3 set. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 1, p. 77-90, out./dez. 1992. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043>. Acesso em: 25 abr. 2015.

FUENTES, André. *Impávido colosso*: gráficos, estatísticas e curiosidades nada lisonjeiros sobre o Brasil. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/impavido-colosso/em-um-ano-o-brasileiro-trabalha-5-meses-para-pagar-impostos-1-mes-so-para-pagar-icms/>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

GARCIA, Giselle. *Brasil sobre três posições em ranking mundial sobre corrupção*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-12/brasil-sobe-tres->

posicoes-em-ranking-mundial-sobre-corrupcao>. Acesso em: 28 abr. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 2011.005719-9/0000-00, 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande. Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes. *Diário de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul*, Campo Grande, 29 mar. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Tiago. *Propina acontece no Brasil inteiro, diz Paulo Roberto Costa à CPMI da Petrobras*. Brasília, DF, 13 dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/478707-PROPINA-ACONTECE-NO-BRASIL-INTEIRO,-DIZ-PAULO-ROBERTO-COSTA-A-CPMI-DA-PETROBRAS.html>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=199&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/06/03/ainda-as-regras-e-os-principios-o-artigo-de-virgilio-afonso-da-silva/>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GODOY, Kleber Alexandre de. A peculiaridade da interpretação dos requisitos da quebra do sigilo das comunicações telefônicas nos crimes de corrupção. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 445-486, 2015. Anual.

Submissão: 6/5/2015

Aceite: 15/7/2015