

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE DIREITO**

**A VEDAÇÃO AO ARBÍTRIO NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUA  
IMPLICAÇÃO NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NECESSÁRIA AO  
DEFERIMENTO DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

**HENRIQUE FERNANDES GURGEL DE AZEVEDO**

**NATAL-RN**

**2014**

**HENRIQUE FERNANDES GURGEL DE AZEVEDO**

**A VEDAÇÃO AO ARBÍTRIO NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUA  
IMPLICAÇÃO NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NECESSÁRIA AO  
DEFERIMENTO DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Ms. Morton Luiz Faria  
de Medeiros**

**NATAL –RN**

**2014**

*A força do direito deve superar o direito da força.*

Rui Barbosa

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu pai Francisco Gurgel (*in memoriam*) e à minha mãe Leli Fernandes, pelos constantes exemplos de honestidade, ética, luta, resiliência, humildade, força, amor pelo estudo, entre outros. O meu muito obrigado.

À minha esposa Laise, amada companheira de todas as horas. Mais um grande exemplo em minha vida. Seu talento, sua inteligência, sua garra me inspiram a cada dia.

Ao meu filho Lucas, meu maior tesouro, minha maior alegria. Seu sorriso é a coisa mais bela que já vi na vida.

À minha irmã Iracema, ao meu cunhado Henrique e ao meu sobrinho Mateus. Obrigado pelos momentos de descontração, pela amizade, e pelos valiosos conselhos.

Ao Professor Morton, pela atenciosa leitura desse trabalho, pelas precisas e imprescindíveis sugestões e pelos valorosos ensinamentos ao longo do curso de Direito.

À Professora Ana Beatriz, Coordenadora do curso de Direito da UFRN, pela constante atenção dispensada aos alunos.

Aos demais amigos e familiares, pela presença constante em minha vida.

## **RESUMO**

Tem-se por objetivo pesquisar o princípio da legalidade, extraindo dele um elemento a ser utilizado na aferição da validade das provas em procedimentos criminais: a vedação ao arbítrio. Para tanto, parte-se de uma investigação histórica, analisam-se os conceitos e os elementos básicos da legalidade, e busca-se estabelecer a relação entre a falta de regulações legislativas na seara criminal e o arbítrio estatal. Então, com auxílio desta ótica hermenêutica, parte-se para a análise de uma decisão judicial, examinando-se essencialmente os entendimentos rigorosos acerca da necessidade de investigação preliminar, realizada como pré-requisito para o deferimento de interceptações telefônicas em apurações criminais iniciadas com base em denúncias anônimas.

### **Palavras-chaves:**

Princípio da legalidade no Direito Penal. Vedação ao arbítrio. Investigação preliminar. Interceptação telefônica. Denúncia anônima.

## **ABSTRACT**

This study aims the research of the legality principle, extracting from it an element to be used in gauging the validity of the evidence in criminal proceedings: banning the governmental discretion. To do so, we start from a historical investigation, analyzes the concepts and the basic elements of legality, and we seek to establish the relationship between the lack of legislative regulations in the criminal realm and the governmental discretion. Then, with the help of this hermeneutic perspective, we go to the analysis of a judicial decision, and think through strict understandings of the need for preliminary investigation, conducted as a precondition for approval of wiretapping in criminal findings initiated with based on anonymous tips.

### **Keywords:**

Principle of legality in criminal law. Banning the governmental discretion. Preliminary investigation. Wiretapping. Anonymous tip.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>1 EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL E DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE</b>	<b>9</b>
<b>2 A PROVA NO DIREITO PENAL</b>	<b>18</b>
<b>3 CARACTERÍSTICAS DA LEGALIDADE E A VEDAÇÃO AO ARBÍTRIO</b>	<b>23</b>
<b>4 A INVOLABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E A LEI 9.296/96</b>	<b>28</b>
<b>5 DENÚNCIA ANÔNIMA E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA</b>	<b>33</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>43</b>

## INTRODUÇÃO

Está pacífico na jurisprudência pátria que uma denúncia anônima pode resultar em uma interceptação telefônica, desde que acompanhada de outros elementos probatórios colhidos a partir dela. Ou seja, deve haver uma razoável investigação preliminar<sup>1</sup>.

A celeuma, todavia, cinge-se em torno do conceito de investigação preliminar. Diante de um mesmo caso concreto, é possível perceber entendimentos no sentido de que houve, e no sentido contrário, da não existência daquela. Essa divergência tem como corolário a legalidade ou não das provas colhidas durante a investigação, o que demonstra a importância de se enfrentar o tema.

Então, o trabalho objetiva precisar o conceito de investigação preliminar, levando-se em consideração a essência do princípio da legalidade no Direito Penal.

Para tanto, no primeiro capítulo, analisa-se historicamente a evolução do Direito Penal e do princípio da legalidade, e verifica-se se existe relação entre o último e a tentativa de se limitar o arbítrio estatal.

Em seguida, passa-se a analisar no segundo capítulo o conceito de provas no direito penal, abordando-se temas como sistemas probatórios, provas vedadas e admissibilidade das provas ilícitas.

No terceiro capítulo são estudadas as características do princípio da legalidade no Direito Penal, e busca-se verificar se dentro deste existe um elemento intrínseco: “a vedação ao arbítrio”. Conclui-se este capítulo com a análise de se este elemento intrínseco pode ser utilizado como ótica hermenêutica em julgamentos nos quais se discute a admissibilidade de provas, em especial quando a discussão gire em torno da existência ou não de uma investigação preliminar.

---

<sup>1</sup> Supremo Tribunal Federal: HC 95.244; Primeira Turma; Rel. Min. Dias Toffoli; Julg. 23/03/2010; DJE 30/04/2010.



No quarto capítulo, explana-se a lei de interceptações de comunicações telefônicas (Lei 9296/96), e trabalham-se desde requisitos formais para a concessão dessa, a conceitos como juízo probabilístico e *in dubio pro societate*.

Verifica-se, então, no quinto capítulo, com a análise de um processo criminal, se a exigência de investigação preliminar para a concessão de interceptação telefônica em investigações que se iniciaram a partir de denúncia anônima pode ser vista com rigor ou se deve ser temperada considerando-se que intrinsecamente ao princípio da legalidade existe uma verdadeira “vedação ao arbítrio” e para que uma interceptação telefônica venha a ser considerada ilegal, deve estar patente a arbitrariedade estatal.

## 1 EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL E DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Analisando a evolução do direito na sociedade, com enfoque sobretudo no Direito Penal, percebemos um gradual aumento de controle externo das ações dos indivíduos, que redundará no que hoje conhecemos como Estado. A falta de um Direito Penal sólido, em especial a ausência de uma legalidade efetiva, faz com que esse controle seja acompanhado de arbitrariedades.

Inicialmente, momento em que o controle externo tende ao mínimo, os homens têm autonomia para dirimir seus próprios conflitos da maneira que melhor lhes aprouver. Com isso, a vontade dos mais fortes prevalece e já aqui podemos perceber arbitrariedades. Mirabete (2006-A) denomina essa fase como vingança penal, sendo subdividida em vingança privada, vingança divina e vingança pública. Há outros dois períodos principais que marcam o direito penal: a fase humanitária e a fase científica.

Em meio à vingança privada, ocorrido um crime, a vítima, seus familiares e o grupo a que esta pertencia reagem contra o ofensor, sua família e seu grupo de maneira desproporcional. Assim, percebe-se a falta de individualização e proporcionalidade nas ações. Caso o crime fosse praticado no seio de um grupo ou família, a pena poderia ser de banimento, ou mesmo a morte, não havendo uma regra prévia consolidada.

A carência de qualquer regulamentação sólida torna esse período marcado pelo puro arbítrio do mais forte.

Um marco decisivo na evolução deste direito primitivo foi o surgimento da ideia de limitação das penas, tomando-se por base a ofensa original. Estabelece-se, assim, a Lei de Talião (*de talis = tal*), prescrevendo a clássica fórmula “olho por olho, dente por dente” e limitando a reação à ofensa a um mal semelhante. Tal princípio, “adotado no Código de Hamurábi (Babilônia), no Êxodo (povo hebraico) e na Lei das XII Tábuas (Roma), foi um grande avanço na história do Direito Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva.” (MIRABETE, 2006a, p. 17).

Em relação à citada Lei das XII Tábuas, Gilissen (2001) a considera merecedora de atenção especial. Conforme a tradição lendária, tal norma teria sido escrita em torno do ano 450 antes de Cristo, por solicitação dos plebeus, que se queixavam da obscuridade na utilização dos costumes no momento dos julgamentos, em especial em relação ao “arbítrio dos magistrados patrícios” (Op. Cit, p. 86). Para o autor, a Lei das XII Tábuas não pode ser considerada nem um código, nem mesmo um conjunto de leis, no sentido moderno da palavra, mas apenas uma redução a escrito dos costumes existentes.

Com um incipiente fortalecimento do Estado, tem-se também o fortalecimento da religiosidade, tendo esta influenciado diretamente o direito. Aqui, a repressão de um crime guarda estreita relação com uma satisfação aos deuses. A impunidade tornaria tais entidades furiosas. Com isso, há uma consolidação da figura do sacerdote, responsável por delegação divina para aplicação das penas, por vezes cruéis, cujo objetivo maior era a intimidação do grupo social. Um exemplo de legislação desta época é o Código de Manu.

Apesar de já haver legislação formal, a arbitrariedade continua a prevalecer, uma vez que há falta de sistematicidade nos julgamentos presididos pelos sacerdotes, sobretudo em relação à produção de provas, e falta de isonomia em relação aos tratamentos dispensados aos réus oriundos de classes diferentes. Além disso, a legislação sofre estreita influência da religião, estando imbuída de abstratos princípios morais e religiosos.

Já a vingança pública marca uma maior organização social, podendo-se falar em uma estabilidade do poder estatal. Neste período, a pena almeja também assegurar o poder do soberano, devendo ter ainda traços de crueldade, de intimidação.

Como destaca Hungria (1955, p. 25), no primitivo direito penal romano, apesar de haver uma previsão de crimes pelo Tribunal Popular, era possível a punição de ações não previstas. Todavia, com a substituição deste pelo Tribunal de Jurados, para existir a punição deveria haver previsão precisa. Um passo a mais foi dado com a consolidação da *ordo judiciorum publicorum*, que, integrando a *Leges Corneliae* e a *Leges Juliae*, códigos que traziam as previsões de crimes, promoveu a proibição da analogia em matéria penal. Tal

regra, contudo, “deixou de prevalecer no direito posterior, com a instituição da *cognitio extraordinaria*, na qual se concedia grande arbítrio judicial, permitindo-se a punição de *crimina extraordinária* de fator reprováveis, por analogia” (FRAGOSO, 1971).

Hungria (1955), destacando também a fase da *cognitio extraordinaria*, ressalta que, com o surgimento do Tribunal Imperial, o princípio da legalidade rígida foi novamente repudiado, e a analogia e interpretações extensivas podiam ser utilizadas. Mas mesmo assim, não se puniriam fatos totalmente atípicos como em momento pretérito.

Um ponto marcante para a consolidação do princípio da legalidade foi a promulgação, em 1215, da Magna Carta. Dessa legislação, ratificada pelo Rei da Inglaterra João “sem terra”, podemos destacar os seguintes dispositivos: Artigo 48: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado dos seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus Pares segundo as leis do país<sup>2</sup>”. E Artigo 52:

Para o futuro poderão todos entrar e sair do Reino com toda a garantia, salvante a fidelidade devida, exceto, todavia, em tempo de guerra, e quanto seja, estritamente necessário para o bem comum de nosso Reino; excetuando-se, além disto, os prisioneiros e proscritos segundo as leis do país, os povos que se achem em guerra conosco e os comerciantes de uma Nação inimiga, conforme o que deixamos dito. (Grifos nossos).

Analisando este Código, Hungria (1955) defende que sem sombra de dúvida tais dispositivos contêm o fundamento básico da limitação da autoridade estatal face à liberdade individual, aprofundado mais tarde pelos iluministas. O citado artigo<sup>3</sup>, conhecido também como “The keystone of english liberty”, foi repetido em diversas codificações como o *Bill os Rights*, Congresso de Filadélfia (1774), Constituição Federal Americana (1787), tendo essa proibido

---

<sup>2</sup> MAGNA CARTA. Disponível em <[http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/the\\_magna\\_carta\\_port.pdf](http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/the_magna_carta_port.pdf)>. Acesso em 14 de abril de 2013.

<sup>3</sup> Algumas fontes, como Nunes (2014, p. 9), citam o artigo 48 como artigo 39.

expressamente lei *ex post facto* em matéria penal. Houve também a consagração do princípio no artigo 8.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Entretanto, mesmo existindo a codificação legal, as leis ainda eram por vezes obscuras, imprecisas, o que ajuda a fortalecer a arbitrariedade do soberano. Além disso, ainda existia ligação entre a religiosidade e as leis penais. Assim, em que pese a Magna Carta ser um destaque para o Direito como um todo, não podemos afirmar que o princípio da legalidade já estava sedimentado nesse período.

O primeiro código penal vigente no Brasil, o Livro V das Ordenações do Rei Filipe II, Código Filipino, consolidado em 1603, fundamentava-se em preceitos religiosos, sendo o crime confundido com pecado, ofensa moral. Nesta Legislação, além da pena de morte eram previstas penas vis, como açoite e corte de membros. Um dos pontos de maior relevo para este trabalho é a existência nessa Ordenação da pena-crime arbitrária, totalmente a critério do julgador, o que comprova a ausência do princípio da legalidade. As penas eram diferentes para as classes sociais distintas, obviamente as mais cruéis eram reservadas aos pobres.

No Título XVIII do Quinto Livro das Ordenações, tem-se o seguinte dispositivo que bem ilustra a afirmação:

E além disto, se o Julgador achar que o quereloso querelou maliciosamente, ou que he revoltoso e useiro a dar taes querelas, e fazer semelhantes acusações, dar lhe ha mais a pena crime arbitraria (l) que lhe bem e direito parecer segundo a qualidade da malícia e a prova que della houver.

Nota de rodapé (l): Pena crime arbitraría: He assim que o antigo Legislador suppría as lacunas da sua Legislação. Q arbitrio, ultimo remedio, invadia tudo. (Grifo nosso).

Percebe-se novamente que a falta de uma legislação certa, determinada, precisa, influencia no cometimento de abusos por parte do Estado.

Tais abusos chegam ao ponto de ter valor econômico. Como destacam Rusche e Kischheimer, citados por Foucault (1987, p. 25), existe relação entre os regimes punitivos e os sistemas de produção, de forma que em uma economia servil, “[...] os mecanismos punitivos teriam como papel trazer mão-de-obra suplementar e constituir uma escravidão civil ao lado da que é fornecida pelas guerras ou pelo comércio”.

Com o fortalecimento do poder do soberano, cujo apogeu é o absolutismo, este está totalmente acima de lei, tendo poder para suspender sua execução imediatamente, ainda que em um caso específico. Nesse sentido, Foucault (1987, p. 45-46) destaca que:

O Soberano está presente à execução, não só como o poder que vinga a lei, mas como o poder que é capaz de suspender tanto a lei quanto a vingança. Só ele como senhor deve decidir se lava as mãos ou as ofensas que lhe foram feitas; embora tenha conferido aos tribunais o cuidado de exercer seu poder de justiça, ele não o alienou; conserva-o integralmente para suspender a pena ou fazê-la valer.

O período humanitário nasce com o surgimento do iluminismo, por volta de meados do século XVIII. Nas palavras de Mirabete (2006a, p. 19), nesse momento:

o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os do fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas.

Surge com mais intensidade o ideal de reforma das leis e da administração da justiça penal. A própria população está cansada do

barbarismo, das cenas de suplício que marcaram a idade média. O ser humano não pode mais ser objeto de espetáculo sangrento. Da mesma forma que o Talião foi uma evolução em passado remoto, neste momento a guilhotina representa um avanço em prol da dignidade da pessoa humana, por mais contraditório que isso possa parecer. A morte deixa de ser um evento cruel e dilatado, que difere em relação ao tipo de crime cometido e sobretudo em relação à classe social do acusado, e passa a ser instantânea, idêntica para todos.

Um grande marco do iluminismo foi a obra de Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, publicada em 1764, e que defende uma luta contra o arbítrio legislativo e judicial. Para o autor, não basta que existam as leis penais, elas devem ser tão claras e precisas, que não devam haver nem mesmo a interpretação do magistrado. Todavia, destaque-se que essa desconfiança dos iluministas em relação aos juízes tem fundamento extrajurídico: a estreita ligação destes com o antigo regime, com o absolutismo.

Nas palavras de Beccaria: “Nada é mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Este é um dique aberto à torrente das opiniões” (2006, p. 27). Além disso, para o autor, os homens são diferentes uns dos outros, e o ponto de vista de um mesmo indivíduo tende a mudar ao longo dos anos. Assim, o espírito da lei dependerá do humor do juiz no dia.

Como destaca Gilissen (2001, p. 368), as ideias de Cesare Beccaria tomam relevo e consolidam-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e em diversas legislações seguintes.

Em meio às reflexões do iluminismo, o próprio poder do soberano também é questionado. As legislações criminais da época tutelavam o “Corpo do Rei”, contendo traços de adoração ao soberano, herança do então caráter divino do imperador romano.

Nesses dispositivos, havia grande abstração normativa para possibilitar um maior controle despótico da sociedade. Como destaca Dal Ri Júnior (2005,

p. 109): “a repressão deste crime era como uma porta aberta a todos os tipos de arbitrariedades”.

Montesquieu, em tópico que trata justamente do crime de lesa-majestade, salienta que “[...] as leis da china estipulam que quem desrespeitar o imperador deve ser punido com a morte. Como não definem o que é essa falta de respeito, qualquer coisa pode fornecer pretexto para suprimir a vida e exterminar a família que se queira”.

Mais uma vez percebemos o perigo das formulações vagas e indeterminadas nas leis penais, terreno fértil para o cometimento de arbitrariedades.

As ideias iluministas influenciaram notadamente a Revolução Francesa, movimento que inicia o rompimento com o antigo regime, tolhendo-se os privilégios do clero e da nobreza, e proclamando-se o célebre lema “Liberdade, igualdade e fraternidade”. Todavia, com o ganho de força dos jacobinos, representantes da média e pequena burguesia, tendo por um dos líderes Robespierre, usou-se novamente uma legislação criminal vaga para a prática de arbitrariedades.

Em setembro de 1793, a Convenção Nacional, grupo político que deveria elaborar uma nova carta constituinte e que era formada majoritariamente pelos citados jacobinos, promulgou duas normas que fundamentaram a ação repressora do chamado regime do “grande terror”, considerado o auge da ditadura de Robespierre.

A “Lei dos Suspeitos” ampliou a categoria dos crimes tidos por contrarrevolucionários e tornou os processos judiciais relativos mais céleres. Conforme o próprio texto legal, eram considerados suspeitos:

1. Aqueles que, nas assembleias do povo, bloqueiam a energia deste através de discursos astuciosos, de crises turbulentas e de ameaças; 2. Aqueles que, mais prudentes falam misteriosamente dos males da República, dão palpites sobre a sorte do povo e estão sempre prontos a espalhar más notícias [...]; 6. Aqueles que não tiveram nenhuma parte ativa em tudo



que interessa à Revolução; 8. Aqueles que, não tendo feito nada contra a liberdade, também não fizeram nada por ela [...] grifos nossos (DAL RI JÚNIOR, 2005, p. 131).

A segunda norma foi intitulada “Definição oficial do suspeito”, e normatizou uma verdadeira política de controle dos “suspeitos”.

Conforme destaca Dal Ri Júnior (2005, p. 132):

A contribuição oferecida pela “Lei dos Suspeitos” à cultura jurídica revolucionária foi a de ter estabelecido que, a partir daquele momento, fossem cada vez mais limitados os direitos dos acusados e inexistisse a presunção de inocência. Na prática, todo suspeito passava a ser considerado culpado. Isto porque, mesmo que ainda não tivesse cometido uma infração, poderia vir a cometê-la, devido ao fato de ser animado por más intenções em relação à pátria (Grifo nosso).

Em meados do século XIX surge o período científico, também conhecido como criminológico, que perdura até os dias de hoje. O homem delinquente e suas razões tornam-se objetos de estudo do direito penal. Não obstante a importância do tema, não mergulharemos nele.

Apesar de a teoria do Direito Penal ter se solidificado com o passar dos séculos, sua evolução não foi suficiente para impedir que o princípio da legalidade soçobrasse em pleno século XX, em meio a períodos marcados pelo arbítrio ditatorial. Segundo Jesus (1999, p. 63), a União Soviética negou eficácia ao princípio da legalidade no artigo 6º do Código Soviético, tendo o seguinte teor: “[...] reputa-se perigosa toda ação ou omissão dirigida contra a estrutura do Estado Soviético, ou que lese a ordem jurídica criada pelo regime dos trabalhadores e camponeses”. Já no artigo 16º, o citado Código assim prescrevia: “Quando algum fato perigoso não se ache expressamente previsto neste Código, o fundamento e a extensão da sua responsabilidade determinar-se-ão com atinência aos artigos desta lei que prevejam os delitos mais

semelhantes”. Percebe-se a franca utilização da analogia, sendo possível a criação de tipos penais sem previsão legislativa.

Com maestria, Hungria (1955, p.16) lembra que a Alemanha nazista também ignorou o já sedimentado princípio da legalidade, tudo em prol do arbítrio estatal:

Preferiu-se uma outra fórmula que está escrita no memorial “hitlerista” sobre o “novo direito penal alemão”: Permite-se a punição do fato que escapou à previsão do legislador, uma vez que essa punição seja reclamada pelo “sentimento” ou pela “consciência” do povo (volksempfinden), depreendidos e filtrados, não pela interpretação pretoriana dos juízes, (e aqui é que o leão mostra a garra...) mas segundo a revelação do Fuhrer.

Percebe-se a estreita ligação entre a falta de uma legalidade penal, do ponto de vista formal ou material, e o arbítrio dos governantes. Na ausência de uma legalidade formal, impera basicamente a vontade dos mais fortes, o que ocorre no seio de sociedades arcaicas. Quando a carência é de uma legalidade material, o que se nota são dispositivos normativos vagos, imprecisos, com expressões demasiadamente genéricas, que surgem normalmente para legitimar o cometimento de arbitrariedades. Nesses casos, a imprecisão normativa torna-se a panaceia dos regimes ditatoriais.

## **2 A PROVA NO DIREITO PENAL**

### **2.1 Notas gerais acerca da evolução dos sistemas probatórios**

A evolução do conceito de prova está relacionada com o desenvolvimento científico do próprio direito. Em momentos pretéritos, não era possível separar a prova de questões religiosas. As ordálias, ou juízos de Deus, eram utilizadas para verificar a culpa ou inocência do réu. Cita a doutrina vários tipos de ordálias como a da água fria, quando o acusado era amarrado e atirado em um rio, e, caso viesse a afundar (e, eventualmente, morrer), era tido por inocente, por outro lado, caso boiasse, era considerado culpado (TOZADORI, 2006).

Superada essa fase mística, denominada por Mirabete (2006b, p. 259) de sistema religioso, a aferição das provas tendeu a um formalismo matemático exacerbado. Foi a época do sistema legal ou formal, segundo o qual as provas devem ter um valor numérico. Nesse sistema, não cabe ao magistrado qualquer valoração ou apreciação, pois a lei é quem estipula o valor de cada tipo distinto de prova, e institui uma hierarquia entre as mesmas. Ao juiz cabe apenas o somatório das provas que favorece à defesa e à acusação, sendo vitoriosa no processo a parte que obtiver o maior somatório (MIRABETE, 2006b, p. 260).

No século XVIII o racionalismo cartesiano do sistema da prova legal deu lugar ao empirismo de Locke, que fez surgir o sistema da íntima convicção. Ao magistrado, foi atribuída a competência de apreciar livremente as provas, sem a necessidade de motivação ou fundamentação expressa do juiz. É um sistema totalmente oposto ao sistema legal. Enquanto nesse existe uma desconfiança em relação ao juiz, no da íntima convicção há um excesso de confiança. Consequentemente, esse sistema mostrou-se inconveniente, pois propiciava arbitrariedades por parte do julgador. Esse é o sistema que vigora, em nosso país, nos processos de competência do Tribunal do Júri.

A valoração probatória evoluiu para o sistema do livre convencimento motivado. Não pode mais, portanto, o magistrado prescindir de motivar suas decisões com base nas provas. Consoante as palavras de Tourinho Filho (2011, p. 275):

Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação de provas. O Juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar a sua sentença (Grifo nosso).

As provas, destarte, não possuem mais valor absoluto, e sim relativo. Além disso, o magistrado deve explicitar racional e cuidadosamente os motivos que o levaram a formar seu convencimento.

## **2.2 Provas vedadas**

Inicialmente, necessário destacar a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, espécies de provas vedadas, conforme distinção realizada por Pietro Nuvolone (*apud* AVOLIO, 2012, p. 42).

São chamadas de provas ilegítimas aquelas que atentam contra normas de direito processual. Como exemplo, destaque-se o artigo 207 do Código de Processo Penal que prescreve que:

São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Nesses casos, a sanção pela infração também está no próprio direito processual, o que pode levar a tornar nula aquela prova específica.

Já as provas ilícitas, ou ilicitamente obtidas, são aquelas que foram colhidas em detrimento de normas ou mesmo princípios de direito material, em especial normas constitucionais. Nesses casos, ao se ferirem normas de direito material, poderá haver sanção penal ao próprio infrator, se este houver obtido a prova por meio de tortura, invasão de domicílio, violação de correspondências, etc. Percebe-se, também, que enquanto a prova ilegítima ocorre em meio ao processo, a prova ilícita ocorre em momento pretérito ou concomitante, mas sempre externamente a este (AVOLIO, 2012, p. 43).

### **2.3 A admissibilidade das provas ilícitas**

No período em que se começa a discutir a questão das provas ilícitas, tendem os juristas a considerá-las juridicamente aceitas, devendo apenas recair sanções àqueles que obtiveram tais provas por meios ilegais. Nesse sentido, destaca-se o alemão Schönke, afirmando que formalidades antijurídicas não devem se sobrepor aos interesses da coletividade. Já na doutrina americana, Fleming admite a utilização da prova ilícita, devendo, contudo, haver uma punição à polícia (*apud* AVOLIO, 2012, p. 44).

É patente a preferência desta corrente pela verdade real em detrimento dos direitos fundamentais dos indivíduos. Para tais juristas, a reconstrução da realidade é o maior objetivo do processo judicial, devendo haver, destarte, o aproveitamento de qualquer prova que indique a verdade.

Paulatinamente, porém, foi se percebendo um aumento de sensibilidade para os valores humanos, colocando as garantias individuais fundamentais acima da busca desenfreada da verdade real.

Nesse sentido, já em 1950 a Alemanha prevê em seu Código de Processo Penal legalmente a exclusão de provas obtidas de forma proibida, como através de sofrimentos físicos ou mentais, por meio de substâncias que

alterem o entendimento ou faculdades mentais dos indivíduos, etc. Todavia, a jurisprudência ainda estava vacilante na aplicação desta norma, tanto que, em 1952, em uma sentença da Corte de Apelação foi entendido que tais proibições, por terem uma natureza processual penal, eram dirigidas apenas aos órgãos públicos, e não aos particulares. Essa orientação foi corrigida em 1954, quando o *Bundesgerichtshof*<sup>4</sup> enunciou que “O Direito do homem à tutela da sua dignidade e ao livre desenvolvimento da própria personalidade deve ser respeitado por qualquer pessoa, mesmo pelos outros membros da sociedade” (TROCKER *apud* AVOLIO, 2012, p. 49).

Nos Estados Unidos da América, remonta a 1961, no caso *Mapp v. Ohio*, a consolidação do entendimento de que não são admitidas em processos criminais provas obtidas por meios ilegais. O caso trata de uma apreensão de material pornográfico na residência da Srta. Mapp, sem mandado judicial. Apesar de o Estado de Ohio proibir a mera posse de tais materiais, a Suprema Corte considerou que a colheita de prova realizada ilegalmente contraria a Constituição Federal, devendo ser afastada do processo criminal (AVOLIO, 2012, p. 54).

Ainda nos Estados Unidos, desenvolveu-se a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), segundo a qual uma prova obtida a partir de outras provas ilegais deve ser declarada ilícita por derivação. De fato, se as demais provas foram obtidas exclusivamente por meio de provas ilegais, seria totalmente ineficaz tornar inválidas apenas as primeiras provas e aceitar as derivadas. Desta forma, se por meio de uma escuta clandestina policiais descobrirem onde estão os produtos de um roubo, mesmo que esses objetos sejam apreendidos legalmente, não poderão servir para incriminar os agentes do crime.

Em bela síntese o Min. Marco Aurélio ensina que:

A doutrina da proscrição dos *fruits of the poisonous tree* é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição

---

<sup>4</sup> Tribunal Federal de Justiça, também conhecido como BGH. É a corte máxima de jurisdição ordinária da Alemanha.

constitucional da admissão da prova ilícita, mas também a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência da legitimidade jurídica da ação de toda autoridade pública (Habeas Corpus 74.299 – SP, em 22.03.1994, Rel. Min. Marco Aurélio).

A teoria, contudo, não é vista de forma absoluta. A Suprema Corte Americana decidiu, em 14 de janeiro de 2009, que é possível a utilização de uma prova obtida a partir de uma prisão ilegal (decorrente de um erro na utilização de informações cadastrais disponíveis em sistemas policiais) (AVOLIO, 2012, p. 69).

### 3 CARACTERÍSTICAS DA LEGALIDADE E A VEDAÇÃO AO ARBÍTRIO

O princípio da legalidade é previsto em nossa Lei Maior, artigo 5º, XXXIX, tendo a seguinte redação: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, sendo praticamente idêntica ao texto presente no artigo 1º do nosso Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Conforme Hungria (1955), deve-se a Feuerbach as fórmulas latinas que exprimem o princípio da legalidade: *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*. Atribui-se ao penalista alemão não o princípio da legalidade, mas suas expressões em fórmulas latinas.

Decorrem daí os seguintes princípios fundamentais: I – Toda aplicação de uma pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*), pois somente a ameaça do mal pela lei cria o conteúdo e a possibilidade jurídica de uma pena. II – A aplicação de uma pena é condicionada pela existência do fato ameaçado (*nulla poena sine crimine*), pois na lei, a pena cominada é ligada ao fato como pressuposto juridicamente necessário. III – O fato legalmente ameaçado (pressuposto legal) é condicionado pela penal legal (*nullum crimen sine poena legali*), pois o mal, como consequência juridicamente necessária, é ligado pela lei a uma determinada violação do direito (p. 36 – p. 37).

Segundo Rogério Greco (2007), o princípio da legalidade guarda íntima relação com o Estado de Direito, criado justamente com o objetivo de extinguir o poder absoluto do soberano, subordinando todos ao império da lei.

Greco (2007, p. 96) entende existirem quatro funções fundamentais do princípio da legalidade:

1ª) Proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);

2ª) Proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);



- 3ª) Proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);  
4ª) Proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*);

Além disso, ele aponta a importante distinção entre legalidade formal e legalidade material. Enquanto a primeira é o simples atendimento dos trâmites procedimentais para a promulgação de uma lei (como a iniciativa, discussão do projeto nas casas legislativas, quórum mínimo para aprovação no legislativo, veto ou aprovação do executivo, etc.) a segunda trata da essência da lei, que deve obedecer aos direitos fundamentais, de forma que se coadune com todo o sistema jurídico estatal, em especial com os ditames constitucionais, afastando-se, assim, da adoção de uma *mera legalidade*.

Schmidt (2001, p. 273) aponta que além dos quatro desdobramentos formais do princípio da legalidade (necessidade de a lei penal ser prévia, escrita, restrita e certa), deve se respeitar a regra *nullum crimen nulla poena sine lege necessariae*.

Nessa esteira, não é possível olvidar do princípio da intervenção mínima, princípio orientador do Estado, que informa que o Direito Penal só deve intervir nas condutas humanas quando estritamente necessário. Este ramo do direito, por ter sanções graves, somente incidirá nas lesões aos bens jurídicos mais sensíveis. Por isso a lei penal deve ser necessária. Se outro ramo do direito bastar, como o civil ou o administrativo, não devem ser utilizadas sanções penais.

Não obstante, devemos lembrar que após a Segunda Guerra Mundial se percebe um movimento jurídico em prol da consolidação dos direitos fundamentais, de modo que estes se firmam no centro do ordenamento jurídico.

Como ressalta Schmidt (2001, p. 274): “no período anterior, os direitos fundamentais valiam somente nos limites impostos pelas leis; agora, a lei é que passa a ser considerada válida somente nos limites dos direitos fundamentais”.

Nesse novo momento, a lei deve obediência aos valores constitucionais, repositório natural dos direitos fundamentais.

Nesse contexto surge também o princípio da proporcionalidade, que apesar de ter origem suíça, teve maior aplicação em solo germânico, tendo inclusive o Tribunal Constitucional Alemão, no caso *Elfes x Urteil*, entendido que não basta que as leis tenham sido formalmente exaradas para que sejam tida por constitucionais. É necessário que elas estejam em consonância com os valores constitucionais e democráticos, ainda que não escritos expressamente. O princípio da proporcionalidade pode ser traduzido como “[...] o vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada” (SCHMIDT, 2001, p. 274). Além disso, percebem-se três elementos essenciais deste princípio: a) *adequação teleológica*, através da qual os atos estatais devem ter uma finalidade que não se confunda puramente com os anseios individuais do governante (como acontece em Estados Absolutistas), mas que sejam condizentes com os valores constitucionais. Na prática isso é uma vedação ao arbítrio, já que os atos devem estar amparados pelo Ordenamento Máximo; b) *necessidade*, elemento que também é denominado “escolha do meio mais suave”, e prega que o Estado não pode exceder o indispensável à conservação do fim almejado; c) *proporcionalidade estrito senso*, que representa a obrigação do Estado de utilizar os meios adequados e ao mesmo tempo de não utilizar meios desproporcionados (SCHMIDT, 2001, p. 275).

Para Avolio (2012, p. 57):

A concepção atual da proporcionalidade é, pois, dotada de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, correspondente a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe são sub-rogados. Confunde-se, ademais, com a origem do Estado democrático de direito, nascido sob a égide de uma lei fundamental entendida como um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos direitos inalienáveis.

Destarte, ao se verificarem os elementos da proporcionalidade, percebe-se que não é possível falar em princípio da legalidade sem que haja respeito a tais elementos. Por isso, para Schmidt (2001, p. 276): “A proporção adequada torna-se, assim, condição de legalidade”.

É patente, portanto, a estreita ligação entre o princípio da legalidade e a vedação ao arbítrio estatal. É justamente esta ligação a pedra angular deste trabalho. Uma vez que o princípio da legalidade objetiva impedir o arbítrio estatal, caso desejemos analisar uma conduta do Estado sob o foco da legalidade, devemos verificar se houve abuso. As condutas estatais, em todas as áreas, mas sobretudo na seara penal, devem estar balizadas por normas legais e devem respeitar a proporcionalidade, principalmente quando se busca a quebra de algum tipo de sigilo.

Por outro lado, deve-se destacar que não é possível entender que a esfera íntima do indivíduo seja totalmente blindada, sob pena de haver abusos por parte deste. Assim, a teoria da proporcionalidade também pode ser usada para que se entenda pela licitude da colheita de determinadas provas, principalmente quando estão em jogo conceitos fluidos, como, por exemplo, “investigações preliminares”.

Inclusive, aprofundando o tema, GRINOVER (2001, p. 137) defende que a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas vem sendo atenuada, através de um critério de proporcionalidade, de modo que mesmo diante da infringência a princípios ou normas constitucionais, tais provas ilícitas podem ser aceitas em processos criminais. Para tanto, é necessário haver um caso de extrema gravidade, e que a aceitação das provas seja de caráter excepcional. Com efeito (GRINOVER, 2001, p. 136):

[...] embora reconhecendo que o subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e

repugnantes se inadimitida a prova ilicitamente colhida (grifo nosso).

O mesmo raciocínio é seguido por CAPEZ (2012, p. 589). Segundo o doutrinador, perante um caso concreto, e com o fim de evitar um dano maior para a sociedade, como a impunidade de perigosos marginais, e considerando a razoabilidade e o senso comum, o “juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação”.

Nesse trabalho, todavia, defende-se apenas a legalidade das interceptações telefônicas a partir de denúncias anônimas, desde que tenha havido uma investigação preliminar, devendo esta ser considerada consoante uma legalidade que sirva para vedar o arbítrio estatal, e não como um fim em si mesma.

Reforçando o norte a ser seguido, caberá ao julgador, ao analisar a legalidade da colheita de provas, em especial quando da necessidade de uma investigação preliminar, questionar se houve por parte dos órgãos estatais envolvidos com a persecução penal o cometimento de algum tipo de abuso. Assim, a vedação ao arbítrio, como desdobramento direto do princípio da legalidade, servirá como uma ótica hermenêutica para que o juiz decida pela validade das provas.

Abordar-se-ão, então, os dispositivos da Lei 9.296/96, que trata da interceptação de comunicações telefônicas.

## 4 A INVIOABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E A LEI 9.296/96

### 4.1 Breve histórico

As nossas Constituições que antecederam a de 1988 não trataram com muita ênfase do assunto.

Apesar de a Constituição de 1946 já estabelecer em seu artigo 5º, XII, a competência da União Federal, para explorar, seja diretamente ou mediante autorização ou concessão, “[...] os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado” não assegurou especificamente o sigilo das ligações telefônicas, tendo sido resguardado apenas o sigilo das correspondências no artigo 141:

#### Dos Direitos e das Garantias individuais

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 6º - É inviolável o sigilo da correspondência.

Já a Constituição de 1969, em seu artigo 153, assegurava aparentemente de forma absoluta o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas e eletrônicas:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

Percebe-se que não há nenhuma exceção expressa aos sigilos nesse dispositivo. Exatamente por isso, houve discussão acerca da recepção ou não do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei 4117/62, em especial do seu artigo 57, pela Constituição de 1969.

Segundo o citado artigo:

Art 57. Não constitui violação de telecomunicação  
I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;  
II - O conhecimento dado:  
[...]  
e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação dêste.  
(grifo nosso).

Como esclarece Canci Junior (2012), este artigo 57 da lei 4117/62 foi questionado por boa parte da doutrina da época, pois afrontava o artigo 152 da Constituição de 1969, tido por absoluto. Contudo, outra parte da doutrina defendia que nenhuma parte do ordenamento jurídico poderia ser entendida como absoluto, sendo necessária, portanto, uma flexibilização a partir de uma interpretação sistemática.

A polêmica continuou até mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, que regeu o tema em seu artigo 5º, XII. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]  
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.

Então, continuou se questionando se o artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações fora ou não recepcionado pela Constituição, ou se deveria haver a promulgação de uma nova e específica lei.

Pacificando o tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria (10x1), nos autos do HC n. 69.912-0-RS, pela impossibilidade de quebra judicial de sigilo telefônico enquanto não fosse promulgada legislação específica. Assim, em 24 de julho de 1996 foi sancionada a Lei 9.296, regulamentando o inciso XII, do artigo 5º, da Constituição da República (CANCI JUNIOR, 2012).

#### **4.2 Requisitos para a interceptação telefônica**

Consoante o artigo primeiro da lei 9.296/96, é essencial a autorização judicial para que haja interceptação de comunicações telefônicas. Além disso, essa medida, por ser demais invasiva, deve ser deferida exclusivamente em sede de investigação criminal ou instrução processual penal.

A necessidade de autorização judicial é reforçada pelo disposto no artigo terceiro, que prescreve que:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:  
I - da autoridade policial, na investigação criminal;  
II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Se por acaso não houver autorização judicial, fica clara a afronta ao princípio da legalidade, devendo as provas e seus frutos ser tidos por ilegais, consoante a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Por sua vez, o artigo segundo da lei afirma que:

Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver **indícios razoáveis** da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita **por outros meios disponíveis**; (grifos nossos).

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no mínimo, com pena de detenção.

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

De plano, cabe ressaltar uma falha técnica da lei em foco. Ao optar pela negativa, elencando casos nos quais não serão admitidas interceptações, a lei dificulta uma boa interpretação.

Nesse sentido Vicente Greco Filho, *apud* Canci Junior (2012), defende que:

O art. 2º da Lei 9.296 optou por duplamente lamentável redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação, em vez de indicar taxativamente os casos em que será ela possível. Lamentável, porque a redação negativa sempre dificulta a inteligência da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção”. (GRECO FILHO, Interceptação Telefônica-Considerações sobre a Lei 9.296/1996, 2008, p. 20/21).

Criticável, também, é a impossibilidade de interceptação telefônica na investigação de crimes puníveis, no máximo, com pena de detenção. Para Nucci (2008, p. 727), essa limitação é ilógica, inclusive por redundar na impunidade de crimes assaz cometidos, como o da ameaça por telefone, que é punido com detenção.



Foi necessário, então, haver uma adequação jurisprudencial em relação a esse inciso. Assim, “as infrações penais apenadas com detenção comportam interceptação, desde que sejam conexas aos crimes cuja pena seja de reclusão” (NUCCI, 2008, p. 727).

A interceptação telefônica está inserida no âmbito das medidas cautelares. Dessa maneira, necessário comprovar a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requisitos presentes em todas as tutelas cautelares.

Comprova-se a fumaça do bom direito através de indícios razoáveis da autoria ou da participação na infração penal. Tem-se, desta forma, uma análise probabilística. Há uma probabilidade de materialidade e uma probabilidade de autoria. Já o perigo da demora é comprovado com a demonstração de que não há outros meios idôneos para se colherem as provas em questão. A própria prova deve ser, destarte, indispensável. Esses requisitos, juntamente com o disposto no inciso terceiro do artigo segundo, são cumulativos. É necessária, portanto, a presença de todos.

Conforme Capez (2012, p. 564), o juízo probabilístico deve ser entendido à luz do princípio *in dubio pro societate*, que prega que a incerteza em relação ao crime deve ser solucionada com a investigação mais aprofundada. Persistindo a dúvida após a busca da verdade, o princípio *in dubio pro reu* prevalece. Não há, portanto, motivos para se entenderem os “indícios razoáveis” com rigidez.

Em relação ao inciso II do segundo parágrafo da lei em questão, Grinover (2001, p. 186) defende o estabelecimento do princípio da estrita finalidade, através do qual a interceptação deve ser utilizada apenas como *ultima ratio*, já que pode molestar a intimidade inclusive de terceiros não envolvidos com a prática dos crimes investigados.

## 5 DENÚNCIA ANÔNIMA E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

### 5.1 Considerações iniciais

O Superior Tribunal de Justiça - STJ e o Supremo Tribunal Federal - STF têm pacificado o entendimento de que é possível que uma denúncia anônima dê ensejo a interceptações telefônicas, desde que existam outras provas da ocorrência do crime. É necessário, portanto, haver uma investigação preliminar que confirme algumas informações presentes na denúncia anônima.

Por meio do HC 204778<sup>5</sup>, o STJ concedeu ordem para tornar ilegais as provas obtidas por meio de interceptação telefônica, justamente por não haver uma investigação preliminar posterior à delação apócrifa.

O eminente relator Og Fernandes relembra que:

A jurisprudência desta Corte tem admitido a utilização de notícia anônima **como elemento desencadeador de procedimentos preliminares de averiguação**, repelindo-a, todavia, como fundamento propulsor à imediata instauração de inquérito policial ou à autorização de medida de interceptação telefônica (grifo nosso).

Continuando o raciocínio, e verificando que não existiram investigações preliminares, Fernandes afirma que:

**As interceptações em tela encontram-se maculadas por nulidade absoluta desde a sua origem, pois partiu unicamente de "denúncia anônima"**, despida de qualquer providência investigatória anterior menos invasiva. Como já se disse, é até possível que tal "denúncia" dê ensejo à instauração de inquérito policial ou investigação formal no âmbito do Ministério Público, desde que, reitere-se, sejam adotadas providências no sentido de se averiguar,

---

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 204778/SP, Brasília, DF. DJe: 29/11/12.

preliminarmente, a verossimilhança e a razoabilidade de tais acusações (grifo nosso).

Então, em seu voto o Exmo. Relator acolheu pedido da parte ré nos seguintes termos:

Defiro a ordem de ofício para decretar a nulidade das provas obtidas por intermédio de interceptações telefônicas relativas ao feito criminal aqui tratado, devendo ser desentranhadas dos autos e devolvidas à autoridade solicitante, exceto aquelas porventura não derivadas, sem prejuízo da propositura de ação penal fundada em provas não obtidas por meio inidôneo.

Por unanimidade os demais Ministros seguiram o relator.

O STJ utilizou-se do mesmo entendimento para negar agravo regimental no agravo em recurso especial. Conforme as palavras do Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, nos autos do AgRg no AREsp 372135 / SE<sup>6</sup>:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. DEFERIMENTO DA MEDIDA PRECEDIDO DE OUTRAS DILIGÊNCIAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade e observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

2. Com a interposição do agravo regimental, fica superada eventual violação ao princípio da colegialidade, em razão da reapreciação da matéria pelo órgão colegiado.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 372135/SE, Brasília, DF. DJe: 11/12/13.

3. O procedimento de interceptação telefônica foi, no caso, realizado em conformidade com o estabelecido na **jurisprudência desta Corte Superior, firme no sentido de que não há nulidade da quebra do sigilo quando, a despeito de delatio criminis anônima, sejam realizadas diligências anteriores a embasar a interceptação telefônica.**
4. Agravo regimental a que se nega provimento (Grifo nosso).

Como exemplo de julgamento no Supremo Tribunal Federal pode-se citar o HC nº 98.345/RJ<sup>7</sup>, de relatoria do Min. Marco Aurélio:

Constitucional e Processual Penal. Habeas Corpus. **Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela.** Inexistência de constrangimento ilegal.

1. O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC nº 84.827/TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23/11/07), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que **a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa 'denúncia' são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações.**

2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais civis diligenciaram no sentido de apurar a eventual existência de irregularidades cartorárias que pudessem conferir indícios de verossimilhança aos fatos. Portanto, o procedimento tomado pelos policiais está em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente citado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito.

3. Ordem denegada (grifos nossos).

Cite-se, também, o RHC 120787/DF<sup>8</sup> (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*), processado no Pretório Excelso, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski:

---

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98345/RJ, Brasília, DF. DJe: 24/06/10.

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, A QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – No tocante à nulidade da interceptação telefônica, esse tema não foi examinado. Assim, essa matéria não pode ser conhecida, sob pena de indevida supressão de instância. II - Ao contrário do quanto alegado na inicial, a pronúncia fundamentou-se em farto conjunto probatório, e não apenas em confissão extrajudicial ou em depoimento do delegado que presidiu o inquérito. III - É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que “nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada ‘denúncia anônima’, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados” (HC 105.484/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). IV – Recurso ordinário conhecido em parte e, nessa extensão, a qual se nega provimento (Grifo acrescido).

Como visto, consoante jurisprudência assente tanto no STJ como no STF, uma denúncia anônima pode sim resultar em interceptação telefônica, desde que haja outros indícios da ocorrência de crime, confirmados através de uma investigação preliminar.

Acontece, contudo, que esses Tribunais têm divergido em relação ao que pode ser considerado investigação preliminar, como é verificado através da análise do Habeas Corpus nº 108.147/PR.

## **5.2 Investigação preliminar e o Habeas Corpus nº 108.147/PR**

O Habeas Corpus nº 108.147/PR<sup>8</sup> (número recebido no STF) trata de uma investigação iniciada a partir de uma denúncia anônima, na qual se acusava um auditor fiscal da Receita Federal de fazer um “acerto” com uma empresa privada localizada em Vitória/PR. Esse “acerto” consistiria em

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 120787/DF, Brasília, DF. DJe: 14/03/14.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 108.147/PR, Brasília, DF. DJe: 01/02/13.

lançamentos fiscais e multas de alto valor, realizados com irregularidades, de forma que pudessem ser facilmente anulados na Justiça. O próprio auditor fiscal já teria indicado um advogado de confiança ao empresário.

Recebida a denúncia apócrifa pelo Ministério Público Federal no Paraná – MPF/PR, foram tomadas algumas providências preliminares. Inicialmente houve expedição de ofício pelo agente ministerial ao Delegado da Receita Federal para confirmação das informações presentes na delação. Questionou-se se havia alguma fiscalização em andamento em face da empresa citada, se houve impugnação administrativa ou judicial do crédito tributário, se o deslocamento do Auditor se deu em veículo oficial.

Após isso, foi confirmado pelo Delegado da Receita Federal que existia fiscalização em andamento em face da empresa, foi revelado o nome do auditor fiscal, e foi informado também que esse auditor não solicitou veículo oficial para essa fiscalização. Também se confirmou a existência de impugnação judicial do crédito tributário lançado, com a indicação do número do processo.

Então, com essas informações, verificou-se facilmente que o causídico da empresa autuada representava o auditor fiscal atuante em diversos processos pessoais.

Coincidentemente, poucos dias após essas verificações iniciais, o prefeito de Tibagi/PR, de forma espontânea, buscou o MPF/PR para relatar que foi procurado por um auditor fiscal e um advogado, tendo estes afirmado que uma empresa rural de sua família estava com pendências fiscais, mas que poderia haver um lançamento a menor caso houvesse pagamento de propina. Constatou-se, então, que o auditor e o advogado eram justamente os mesmos identificados após a denúncia anônima. O prefeito ainda entregou aos agentes ministeriais um cartão de visita do causídico envolvido.

Apenas depois de se verificar que realmente a denúncia anônima tinha suporte fático, e que não seria possível a colheita de novas provas sem uma interceptação telefônica, foi solicitada a quebra do sigilo telefônico dos investigados. Com o deferimento judicial, a investigação preliminar foi remetida

à autoridade policial para abertura de inquérito e formalização das interceptações.

O magistrado competente deferiu a quebra do sigilo telefônico, e, conseqüentemente, provas da atividade criminosa do auditor fiscal investigado foram colhidas com as formalidades legais.

Já em sede de processo criminal, a parte ré defendeu a ilegalidade da quebra do sigilo telefônico, com a sustentação de que ela fora baseada exclusivamente em uma denúncia anônima, não havendo uma investigação preliminar, principalmente pelo fato de que ainda não havia um inquérito policial, mas apenas um procedimento ministerial.

Analisando essa tese, o juiz monocrático entendeu que:

De todo esse contexto se vê que a Receita Federal do Brasil, o Ministério Público Federal e este Juízo adotaram todas as precauções necessárias e receberam com a devida cautela a 'denúncia anônima', procurando certificar-se dos fatos noticiados antes de adotar qualquer ato de força estatal. Seria açoitado e perigoso decretar a quebra do sigilo das comunicações sem aferir se a *delatio criminis* tinha pelo menos um suporte fático mínimo; todavia, quando todos esses dados foram confirmados, identificou-se uma quantidade de indícios de suposta empreitada delitativa, levada a cabo pelo paciente e pelo co-réu, que justificaram a adoção do meio excepcional de investigação. **Daí por que a afirmação de que a primeira decretação de quebra de sigilo das comunicações telefônicas foi fundada apenas em denúncia anônima é inverídica; vários foram os indícios que convenceram da necessidade de interceptação,** mormente o depoimento espontâneo de um Prefeito Municipal ao MPF, acompanhado de seu advogado, exibindo cartão de visitas de um causídico com relações aparentemente escusas com um servidor público da Administração Tributária (grifo nosso).

O entendimento de que a quebra do sigilo das comunicações telefônicas ocorreu dentro da legalidade foi corroborado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para o STJ, não há que se falar em nulidade das interceptações telefônicas já que houve sim a existência de outros elementos informativos além da denúncia anônima. A relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura destacou que o crime investigado era punido com reclusão, que havia investigação formal em andamento, que existia dificuldade para o levantamento de novas provas e que houve autorização judicial para a quebra do sigilo. Em suas palavras:

Na espécie, a decretação da interceptação telefônica atendeu aos pressupostos e fundamentos de cautelaridade. O crime investigado era punido com reclusão, havia investigação formalmente instaurada, apontou-se a necessidade da medida extrema e a dificuldade para a sua apuração por outros meios, além do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*.

Contudo, por meio do Habeas Corpus nº 108.147/PR o Supremo Tribunal Federal entendeu que as comunicações telefônicas foram colhidas de forma ilegal.

Conforme as palavras da relatora Min. Cármem Lúcia:

Embora o Ministério Público Federal tenha solicitado que nada fosse feito contra o Paciente na Corregedoria-Geral da Receita Federal para resguardar o caráter sigiloso da investigação, **não encontrei nos autos nenhuma portaria ou qualquer outro elemento que indicasse uma formalização dessa investigação.**

Verifica-se, nos autos, que a denúncia anônima deu ensejo a expedição de um ofício pelo Ministério Público Federal ao Delegado da Receita Federal, que simplesmente o respondeu. Esses elementos foram suficientes para que a autoridade judiciária determinasse a interceptação telefônica.

[...]

Ademais, a interceptação telefônica é subsidiária e excepcional, só podendo ser determinada **quando não houver outro meio para se apurar os fatos tidos por criminosos,** nos termos da Lei n. 9.296/1996 (Art. 2º. *Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: (...) II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis).*

[...]



Pelo exposto, encaminho a votação no sentido de conceder a ordem, nos termos do pedido, para se declarar a ilicitude das provas produzidas por essas interceptações telefônicas, em razão da **ilegalidade das autorizações**, e a nulidade das decisões judiciais que as decretaram **amparadas apenas na denúncia anônima, sem investigação preliminar**. Cabe ao juízo da Primeira Vara Federal e Juizado Especial Federal Cível e Criminal de Ponta Grossa/PR examinar as implicações da nulidade dessas interceptações nas demais provas dos autos. Prejudicados os embargos de declaração opostos contra a decisão que indeferiu a medida liminar requerida (grifo nosso).

Por unanimidade a Turma seguiu o voto da Relatora, e declarou a ilicitude das provas produzidas pelas interceptações telefônicas.

### **5.3 A investigação preliminar e a vedação ao arbítrio**

Como já visto, a jurisprudência majoritária pacificou o entendimento de que é possível que uma denúncia anônima dê ensejo à quebra de sigilo telefônico, sendo necessário que antes haja uma investigação preliminar para corroborar alguns elementos da delação.

Todavia, percebe-se que diante de um mesmo caso houve total divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. O primeiro entendeu que houve sim uma investigação preliminar. Já o Pretório Excelso entendeu que não foram realizadas diligências iniciais.

Pensamos que tal divergência pode ser solucionada verificando se houve algum arbítrio na colação das provas.

Estando os requisitos da lei 9.296/96 atendidos, entendemos que a exigência jurisprudencial da investigação preliminar deve ser encarada de forma flexível. O mais importante nessa fase é comprovar a verossimilhança da denúncia e a dificuldade de se levantar novas provas sem a quebra do sigilo telefônico.

Posteriormente, com uma autorização judicial que avalie tais requisitos, a decretação da ilegalidade de provas deve presumir o cometimento de alguma arbitrariedade, afinal é a vedação desta um dos objetivos do princípio da legalidade.

Arbitrariedades nesses casos poderiam ser, por exemplo, uma total ausência de investigações preliminares, o não atendimento dos requisitos da lei 9.296/96, o deferimento da ordem por juiz incompetente, etc. Deve ser sensível a ocorrência de uma arbitrariedade.

Inclusive, são os órgãos relacionados diretamente com a investigação criminal (autoridade policial e membros do ministério público) os mais aptos a entenderem pela possibilidade ou não da colheita de novas provas sem a quebra do sigilo telefônico.

Não obstante, imperioso lembrar que a interceptação telefônica é uma medida cautelar, responsável por resguardar provas, devendo, como visto, ser deferida a partir de um juízo probabilístico. Não há certeza da existência do delito, apenas uma possibilidade. Importante, então, fazer valer nesse momento o princípio *in dubio pro societate*. Tal consideração, somada à vedação ao arbítrio intrínseca ao princípio da legalidade, fazem com que a investigação preliminar não possa ser vista com radicalismos.

## CONCLUSÃO

Após a verificação de ligação entre o princípio da legalidade no Direito Penal e a tentativa de vedação ao arbítrio estatal, conclui-se que a admissibilidade das provas no processo penal deve estar atenta à existência ou não de alguma arbitrariedade na colheita de tais provas.

Essa arbitrariedade deve ser sensível, como, por exemplo, o deferimento de interceptações sem respeito aos requisitos legais, decisão prolatada por juízo incompetente, inexistência de uma investigação preliminar, ou outros atos incompatíveis com o Estado democrático de direito.

Em relação à investigação preliminar, cabe ressaltar que, apesar de estar pacificado na jurisprudência pátria a possibilidade de interceptações telefônicas em investigações penais iniciadas através de denúncia anônima exige-se a observância da mesma.

Ocorre que não é raro localizar decisões em tribunais superiores que entendem de forma rigorosa a necessidade de investigação prévia, exigindo praticamente um total esgotamento dos meios investigativos, como se devesse alcançar a verdade real nessa verificação inicial. Ressalte-se, todavia, que se isso fosse possível, totalmente desnecessária seria a própria interceptação telefônica.

Equivocadas, portanto, as decisões judiciais que veem de forma rígida os contornos da investigação preliminar, pois além de desconsiderar o verdadeiro sentido do princípio da legalidade, desconsideram também o juízo probabilístico que envolve medidas cautelares como as interceptações telefônicas e o princípio *in dubio pro societate*.

Assim, necessária a reforma no entendimento de alguns magistrados (em especial de tribunais superiores) para que o princípio da legalidade, que outrora almejava impedir o arbítrio estatal, não se transforme em um porto seguro para a impunidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BECCARIA, Cesare Bonesana di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2006.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)> . Acesso em 18 de janeiro de 2014.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em 18 de janeiro de 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 18 de janeiro de 2014.

BRASIL. **Lei 4.117/62**. Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91626/codigo-brasileiro-de-telecomunicacoes-lei-4117-62>>. Acesso em 18 de janeiro de 2014.

BRASIL. **Lei 9.296 de 24 de julho de 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm)>. Acesso em 18 de janeiro de 2014.

CANCI JUNIOR, Wilson. **Sigilo das comunicações e interceptação telefônica**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11037](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11037)>. Acesso em jan 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial, volume 4. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAL RI JUNIOR, Arno. Entre Lesa-Majestade e Lesa-República. A Transfiguração do Crime Político no Iluminismo. *In*: **Revista Sequência**, nº 51. P. 107-140. Curso de Pós Graduação em Direito – UFCS: dez/2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes: 1987.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Observações sobre o princípio da reserva legal**. Revista de Direito Penal, nº 1, jan-mar/1971. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/por0074al/sites/default/files/anexos/11336-11336-1-PB.pdf>>. Acesso em 17 de abril de 2013.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Tradução: António Manuel Hespanha, Manuel Macaísta Malheiros.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol I, Tomo 1º, 3. ed. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1955.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. 23. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

**MAGNA CARTA**. Disponível em <[http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/the\\_magna\\_carta\\_port.pdf](http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/the_magna_carta_port.pdf)>. Acesso em 14 de abril de 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006a.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006b.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **Do Espírito das Leis**. Vol. 1, coleção Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. Ed. rev. atual. a ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Carlos Eduardo Leal de Castro. **Constituições da Antiguidade e a Carta Magna**. Revista Cade nº 10. Disponível em <[www.mackenzie.br/16491.html#c55480](http://www.mackenzie.br/16491.html#c55480)>. Acesso em 28 de abril de 2014.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Disponível em:  
<http://books.google.com.br/books?id=KH9ilwvHp9AC&dq=ordena%C3%A7%C3%B5es+filipinas&hl=pt-BR&sa=X&ei=o3FkUY6qHcS20QGer4DoAQ&ved=0OCDSQ6AEwAQ>. Acesso em 09/04/2013.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. volume 3, 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOZADORI, André Camargo. **Sistemas de apreciação das provas no Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12688-12689-1-PB.htm>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2014.