



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
ENEDINO CORRÊA BARRETO BOSSLE

**ANÁLISE DA LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS
OBTIDAS ATRAVÉS DE ESCUTA TELEFÔNICA**

Tubarão
2010

ENEDINO CORRÊA BARRETO BOSSLE

**ANÁLISE DA LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS
OBTIDAS ATRAVÉS DE ESCUTA TELEFÔNICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Wânio Wiggers, Msc.

Tubarão
2010

ENEDINO CORRÊA BARRETO BOSSLE

**ANÁLISE DA LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS
OBTIDAS ATRAVÉS DE ESCUTA TELEFÔNICA**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, Dezembro de 2010.

Orientador: Wânio Wiggers, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Vilson Demo
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Fábio Borges
Universidade do Sul de Santa Catarina

Aos meus pais, Lourdes (*In Memoriam*) e Clélio pela minha formação e seu amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, sobretudo, a Deus pelo Dom da vida, e por me contemplar a cada dia com um novo amanhecer.

Aos meus pais por tudo o que representam pra mim.

A minha esposa Mabel, pela compreensão da minha ausência, apoio nos momentos difíceis, incentivo incansável neste longo período de estudos.

Aos meus filhos Enedino e Dyulia, extensão da minha vida, razão do meu viver, pela compreensão e amor que sempre me dedicaram.

Aos familiares e Amigos, obrigado pela força, incentivo, carinho e amizade dispensada.

“O mundo é um lugar perigoso de se viver, não por causa daqueles que fazem o mal, mas sim por causa daqueles que observam e deixam o mal acontecer.”
(Albert Einstein).

RESUMO

Os Direitos Fundamentais são aqueles direitos inerentes à própria condição humana e, que estão previstos pelo ordenamento jurídico. Mas sabe-se, que ainda, é muito difícil encontrar um conceito do que realmente entende-se por Direitos Fundamentais do homem, isso tudo, em função da inexistência de um consenso comum entre estudiosos do assunto. Diante do exposto, buscar-se-á neste estudo fazer uma análise da legalidade da utilização de provas obtidas através de escuta telefônica. Para tanto se faz necessário conhecer a história dos direitos fundamentais acerca de sua positivação jurídico-constitucional. Também é de grande relevância conceituar prova ilícita e prova lícita para verificar se a gravação telefônica feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e sem autorização judicial é tida como meio lícito ou ilícito de obtenção da prova, no intuito de concluir sua admissibilidade ou inadmissibilidade no processo. Outro tópico abordado é sobre o sigilo das comunicações telefônicas levando-se em consideração o dispositivo constitucional que a institui. Verificar-se-á os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, conceituando, classificando, distinguindo e exemplificando provas e meios de sua obtenção e em seguida analisadas as hipóteses constitucionalmente permitidas para sua realização e o procedimento estabelecido pela Lei das Escutas Telefônicas para tal, bem como análise das posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da utilização do conteúdo obtido mediante a interceptação telefônica, por meio de prova emprestada.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Interceptação Telefônica. Legalidade.

ABSTRACT

Fundamental rights are those rights inherent to the human condition and those provided by law. But we know that yet, it is very difficult to find a concept that really means for fundamental rights of man, it all, depending on the nonexistence of a common consensus among scholars. Given the above, it is hoped this study will make an analysis of the use of evidence obtained through wiretapping offense that does not promote the right to privacy. For this purpose it is necessary to know the history of fundamental rights regarding their legal and constitutional assertiveness. It is also of great relevance to conceptualize and proves lawful illegal evidence to verify that the phone recordings made by one Party without the other's knowledge and without judicial authorization is considered lawful or unlawful means of obtaining evidence in order to complete their eligibility or inadmissible in the proceedings. Another topic addressed is about the secrecy of telephone communications taking into account the constitutional provision establishing it. It will check the jurisprudential and doctrinal positions, conceptualizing, classifying, distinguishing and illustrating evidence and means of obtaining and then analyzing the assumptions constitutionally permissible for the meeting and the procedure established by the Act for such wiretaps, as well as analysis of jurisprudential and doctrinal positions regarding the use of content obtained through the interception through lent evidence.

Keywords: Fundamental Rights. Interception Telefonica. Legality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM	10
2.1 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS	10
2.2 CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.4 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
2.5 AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
2.5.1 Direitos da primeira geração ou direitos de liberdade	17
2.5.2 Direitos de segunda geração ou direitos sociais	18
2.5.3 Direitos de terceira geração ou direitos de fraternidade/solidariedade	19
2.5.4 Direitos de quarta geração	19
2.6 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	23
3.1 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: CONCEITO E DIVISÃO	24
3.2 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	26
3.2.1 A interceptação telefônica após a Lei 9 296/96	27
3.3 A VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE	29
3.4 A VIDA PRIVADA	31
3.5 SIGILO TELEFÔNICO: CONCEITO E DIVISÃO	33
4 A LEGALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	35
4.1 PROVA LÍCITA E ILÍCITA	35
4.2 TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS	37
4.3 PROVA EMPRESTADA	39
4.4 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS	40
5 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49
ANEXO	53
ANEXO A - Caso analisado	54

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo geral o estudo das divergências das turmas dos tribunais com relação às provas obtidas através da interceptação das comunicações telefônicas, sem, no entanto, esgotar todo o seu conteúdo, atendo-se de modo especial à sua utilização em processos diversos do criminal, sobretudo o processo civil. Para tanto usar-se-á o método dedutivo para a abordagem do tema.

Sendo assim, será essencialmente importante uma abordagem sobre a história dos direitos fundamentais, traçando algumas breves linhas acerca de sua positivação jurídico-constitucional, dentro daquilo que se convencionou chamar, na doutrina, de gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

O trabalho ainda visa fazer uma análise da legalidade da utilização de provas obtidas através de escuta telefônica, bem como, conceituar prova ilícita e prova lícita, extinguindo ou, pelo menos, diminuindo a dúvida acima citada, e verificar se a gravação telefônica feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e sem autorização judicial é tida como meio lícito ou ilícito de obtenção da prova, concluindo-se, daí, sua admissibilidade ou inadmissibilidade no processo, mais especificamente no processo penal.

Continuando, será discorrido sobre o sigilo das comunicações telefônicas levando-se em consideração o dispositivo constitucional que a institui.

Para o sucesso do estudo, para atingir esse objetivo, verificar-se-ão os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, conceituando, classificando, distinguindo e exemplificando provas e meios de sua obtenção.

Em seguida, serão analisadas as hipóteses constitucionalmente permitidas para sua realização e o procedimento estabelecido pela Lei das Escutas Telefônicas para tal. Após verem-se estas noções fundamentais, analisar-se-ão as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da utilização do conteúdo obtido mediante a interceptação telefônica, por meio de prova emprestada, em processos vinculados a outros ramos do direito que não o penal, expondo, ao final, posição a respeito da problemática.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM

A sociedade contemporânea tem passado por dificuldades quando o assunto é a efetivação dos direitos fundamentais do Homem e suas garantias.

Os Direitos Humanos, atualmente, são previstos mundialmente, por meio de pactos, tratados, declarações e outros instrumentos de caráter internacional. Esses Direitos nascem com o indivíduo e são a essência quanto à dignidade da pessoa humana.

2.1 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

Falar dos Direitos Humanos nos remete a um passado distante cujo tempo e a história foram acrescentando suas idéias e aperfeiçoando conceitos. Desde os tempos mais remotos já encontram apontamentos para reflexões, através da filosofia e religião, sobre os direitos fundamentais. Assim, observa-se que o homem já é portador de direitos apenas pelo fato de ser homem.

O homem enquanto ser de direitos busca fazer de seus valores, princípios e liberdades, fontes geradoras de sua honra e dignidade. É neste contexto que se situam os direitos fundamentais, cujas raízes encontram-se na doutrina clássica e no pensamento cristão.

Mesmo diante de grandes transformações ao longo da história, o homem ainda luta e reivindica para ser respeitado em sua plenitude, pois enquanto cidadão sabe que é fundamental para uma personalidade própria, ter seus direitos alicerçados nas bases legais.

Tais direitos se beneficiam, por se tratar da característica própria do ser humana que o acompanham desde os primórdios e fazer parte da sua personalidade.

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abriram caminho para necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza do homem.¹

¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. São Paulo: Editora Livraria Almedina, 2002. p. 380.

O campo jurídico usou de fortes instrumentos para assegurar que os direitos do homem fossem concretizados e fundamentados. Canotilho lembra que “[...] a mais célebre das quais foi a Magna Charta Libertatum de 1215.”² Foi através desta Carta que constatou vestígios de que realmente o homem, mesmo em tempos remotos, já apresentava reflexões e indagações sobre os direitos fundamentais.

A Magna Charta Libertatum é considerada a mais importante descoberta e instrumento do campo jurídico que aborda sobre os aspectos legais direcionado para as bases que fundamentam as declarações dos direitos fundamentais do ser humano.

Criada pelo Rei João Sem Terra em 1215, a Carta Magna teve em seu intuito a solução de fazer valer apenas a vontade dos barões.

Comparato citado por Pacheco assim expressa:

Na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o séc. XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem-Terra, a partir da abertura de uma disputa com um rival pelo trono e o ataque vitorioso do rei francês, Felipe Augusto, contra o ducado da Normandia, pertencente ao monarca inglês por herança dinástica. Tais eventos levaram o rei da Inglaterra a aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas. Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos.³

Na tentativa de minimizar conflitos em decorrência da insatisfação do povo por conta de tantas cobranças injustas, o Rei assinou a Carta que asseguraria o reconhecimento dos direitos que o cidadão tinha.

[...] no contexto dessa evolução histórica que deve ser apreciada a importância da Magna Carta. Quando editada em 1215, ela foi um malogro. Seu objetivo era assegurar a paz, ela provocou a guerra. Visava consolidar em lei o direito costumeiro, e acabou suscitando o dissenso social. Tinha uma vigência predeterminada para apenas três meses, e mesmo dentro desse período limitado de tempo muitas de suas disposições não chegaram a serem executadas.⁴

A relevância da Magna Carta teve grandes proporções com relação à evolução dos direitos fundamentais, pois é considerada o primeiro documento a constar em seus escritos os direitos do homem reconhecidos formalmente. Trata-se

² CANOTILHO, 2002, p. 380.

³ PACHECO, Eliana D. **Direitos fundamentais e o constitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/9152/1/Direitos-Fundamentais-E-O-Constitucionalismo/pagina1.html>>. Acesso em: 1º nov. 2010.

⁴ COMPARATO apud PACHECO, ibid.

de um passo essencial e imprescindível para que direitos humanos fossem reconhecidos ao mesmo tempo em que importa em uma limitação de poder, e ainda, o mais importante, em uma definição de garantias específicas em caso de sua violação.

Mas ainda assim, Trentin citado por Pacheco adverte:

A Magna Carta, embora não se possa dizer que suas normas se constituíram numa afirmação de caráter universal, é considerada como antecedente direto mais remoto, das Declarações de Direitos, cuja consagração como direitos fundamentais, demorou ainda alguns séculos.⁵

Ponto de partida das declarações dos direitos do homem, a Carta Magna foi um instrumento jurídico criada num contexto nacional, ou seja, seu caráter legal se restringia ao atendimento do povo inglês, o que fez com que a mesma não alcançasse seu caráter universal.

No transcorrer da história dos direitos fundamentais do homem, tem-se ainda a Declaração dos Direitos que surgiu na Colônia da Virgínia, na América do Norte, “trazendo em seu teor que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes sendo também portadores de direitos como direito à vida, considerado o maior dos direitos fundamentais entre outros.”⁶

Comparato citado por Pacheco afirma que:

A Declaração da Virgínia expressa com nitidez os fundamentos democráticos, reconhecimento de direitos natos de toda a pessoa humana, os quais não podem ser alienados ou suprimidos por uma decisão política, este era o fundamento do parágrafo primeiro da Declaração.⁷

Diante das transformações e surgimento de instrumentos legais para dar ao homem as condições de vida digna, respeito e portador de direitos, o homem passa a ter garantias de que sua vida está sendo preservada. Fruto de grandes conquistas, já em 1948, após a 2ª Guerra Mundial, foi editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estendendo a todos o respeito e proteção aos direitos fundamentais.

⁵ TRENTIN apud PACHECO, 2010.

⁶ PACHECO, 2010.

⁷ COMPARATO apud PACHECO, op. cit.

2.2 CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante das tantas definições e embora direitos humanos e direitos fundamentais sejam utilizados como sinônimos, Sarlet os distingue, trazendo uma abordagem significativa a respeito do assunto:

O termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com documentos de direito internacional por referir-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram a validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.⁸

Para facilitar o entendimento sobre normas que regem e protegem a vida humana, direitos humanos e direitos fundamentais surgem para contemplar o homem no âmbito do direito internacional e do direito constitucional de cada Estado.

Nas palavras de Silva citado por Pacheco, apresentam-se as definições de cada um dos respectivos termos referidos a respeito dos direitos fundamentais:

a) Direitos Naturais: por entender-se que se tratava de direitos inerentes a natureza do homem; direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem. Não se aceita esta definição com muita facilidade, este termo como se sabe a historicidade dos direitos muda constantemente; b) Direitos Humanos: contra essa expressão se tem a teoria em que não é apenas o homem como titular de direitos, pois aos poucos, se vai formando o direito especial de proteção à fauna e à flora; c) Direitos Individuais: dizem-se os direitos do indivíduo isolado, cada vez mais é desprezado esse termo, contudo, é ainda empregado para corresponder aos denominados direitos civis ou liberdades civis. Usada na constituição para exprimir o conjunto de direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e a propriedade; d) Direitos Fundamentais do Homem: esse é o termo mais correto a ser usado, pois além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo, no nível de direito positivo, com prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre, e igual de todas as pessoas. Fundamentais, porque exprime situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza e às vezes nem sobrevive.⁹

Na concepção de Schmitt citado por Pacheco:

[...] os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 31.

⁹ SILVA apud PACHECO, 2010.

garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política.¹⁰

Assim, entende-se, desse modo, que os direitos fundamentais parecem ter sua importância reconhecida nas instituições, quando desencadeiam ações que levam originar consequências de natureza jurídicas.

Portanto, se faz necessário verificar e confirmar que o sistema dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos passam a ser vistos como uma hierarquia de normas no conjunto do sistema jurídico em geral.

Criado para defender o homem em seu contexto legal e social, o Código Hamurabi ainda visava a supremacia das leis em relação aos governantes.

Mais tarde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em Paris em 10/12/1948¹¹, na tentativa de promover o princípio da igualdade para todos, adotada e proclamada pela “Resolução n. 217 da Organização das Nações Unidas, sendo que o Brasil, nesta mesma data, assinou esta declaração.”¹²

Os Direitos Humanos se apresentam como grandes conquistas da civilização, cujo ideal se traduz na proteção e respeito desses Direitos Humanos que iguala a todos na condição de cidadão.

No cenário nacional, um grande marco, neste campo, foi a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã. No seu contexto reflete os direitos inclusos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Para assegurar e resguardar os Direitos que por lei lhe é atribuído, o homem tem por obrigação participar dos feitos e atos que tratam dos aspectos legais da sua cidadania, não permitindo e dando autonomia apenas ao Estado a proteção e aplicação desses direitos.

2.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O homem está inserido num campo jurídico que lhe garante viver em condição de dignidade e igualdade universalmente. Com isso tem garantido a proteção e o direito à vida.

¹⁰ SCHIMITT apud PACHECO, 2010.

¹¹ SILVA, M. A. da. **Direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627>>. Acesso em: 15 set. 2010.

¹² Ibid.

Este conjunto de direitos lhe assegura o reconhecimento pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

Segundo Moraes,

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.¹³

O ser humano desde os tempos mais remotos tem sua dignidade no centro das discussões, ultrapassando os limites do tempo e épocas.

Portanto, no intuito de buscar respostas e compreender os Direitos Fundamentais torna-se necessário verificar suas principais características:

- Historicidade: os direitos são criados em um contexto histórico, e quando colocados na Constituição se tornam Direitos Fundamentais;
- Imprescritibilidade: os Direitos Fundamentais não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes;
- Irrenunciabilidade: os Direitos Fundamentais não podem ser renunciados;
- Inviolabilidade: os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa;
- Universalidade: os Direitos Fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política;
- Concorrência: podem ser exercidos vários Direitos Fundamentais ao mesmo tempo;
- Efetividade: o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessários meios coercitivos;
- Interdependência: não pode se chocar com os Direitos Fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionar para atingir seus objetivos;
- Complementaridade: os Direitos Fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.¹⁴

Os Direitos Fundamentais são uma criação de todo um contexto histórico-cultural da sociedade. São todas as normas que tenham como objeto a garantia de direitos considerados indispensáveis para o desenvolvimento saudável e digno do ser humano e da coletividade, podendo essas normas ter como destinatários tanto o Estado quanto os particulares.

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21. (Coleção temas jurídicos).

¹⁴ SILVA, 2010.

2.4 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, subdivididos em cinco capítulos:

1. Direitos individuais e coletivos: são os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como a vida, a igualdade, a dignidade, a segurança, a honra, a liberdade e a propriedade. Estão previstos no artigo 5º e seus incisos;
2. Direitos sociais: o Estado Social de Direito deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos. Esses direitos são referentes à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social, ao lazer, à segurança, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. Sua finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando, assim, a igualdade social. Estão elencados a partir do artigo 6º;
3. Direitos de nacionalidade: nacionalidade, significa, o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo com que este indivíduo se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e em contra partida, o Estado sujeita-o a cumprir deveres impostos a todos;
4. Direitos políticos: permitem ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos, exercer sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado. Estão elencados no artigo 14;
5. Direitos relacionados à existência, organização e à participação em partidos políticos: garante a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito. Estão elencado no artigo 17.¹⁵

Dentro dos padrões legais da sociedade e do campo jurídico, os direitos humanos têm uma posição bidimensional, pois por um lado tem um ideal a atingir, que é a conciliação entre os direitos do indivíduo e os da sociedade; e por outro lado, assegurar um campo legítimo para a democracia.

Faz-se necessário e de extrema relevância para o desenvolvimento legal, social e humano, que se busque entender os Direitos Fundamentais, e em especial as Liberdades Públicas.

2.5 AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito se fala em reconhecimento dos Direitos Humanos na tentativa de valorizar e resguardar a vida humana. Com isto, procurou-se ao longo do tempo dar novas dimensões ao Direito Constitucional.

¹⁵ SILVA, 2010.

Com base no argumento de obter uma melhor visão a respeito dos objetivos sobre os Direitos Fundamentais do homem, foram elaboradas algumas tentativas de classificação no intuito de alcançar melhores resultados.

Por sofrer modificações ao longo da história em decorrência das necessidades e interesses do ser humano, esses direitos são variáveis, sendo essa transformação explicada com base na teoria das gerações de direitos fundamentais e que pode ser assim resumida:

2.5.1 Direitos da primeira geração ou direitos de liberdade

Muitos passos foram dados na direção do reconhecimento do Homem como um ser portador de direitos, como merecedor de respeito e dignidade. Os direitos da primeira geração são apontados como os primeiros reconhecidos pelos textos constitucionais.

Dentro deste quadro reconhecido como Direitos da Primeira Geração estão compreendidos os direitos civis e políticos pertinentes ao ser humano.

Conforme afirma Trentin citado por Pacheco:

Os direitos de primeira geração, classificados como direitos civis e políticos considerados negativos porque exigem do Estado sua abstenção, foi universalizada através da Revolução Francesa e encontram-se, hoje, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, obtendo a aprovação na XXI Assembléia Geral da ONU, no dia 16 de dezembro de 1966. Sua validade internacional se deu em 23 de março de 1976. Tratando-se então de liberdades públicas, essa geração encontrou, ao longo da história, problemas relacionados com os arbítrios governamentais.¹⁶

Ainda está incluído nessa geração o direito à vida, segurança, justiça, propriedade privada, liberdade de pensamento, voto, expressão, crença, locomoção, entre outros.

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, [...] essa linha ascensional aponta, por conseguinte, para um espaço sempre aberto e novos avanços. A história comprovadamente tem ajudado mais a enriquecê-lo do que a empobrecê-lo: os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de

¹⁶ TRENTIN apud PACHECO, 2010, p. 37.

universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão.¹⁷

Têm-se nas primeiras declarações dos direitos humanos em que asseguravam ao homem o direito da proteção à liberdade pessoal e à participação política, uma história de luta e contradições contra um sistema de falta de liberdade e da injustiça concreta.

Portanto, para ter assegurada a plena efetivação dos direitos humanos da primeira categoria, seriam necessárias reformas econômicas, sociais, políticas, culturais e ecológicas, beneficiando a maioria das pessoas.

2.5.2 Direitos de segunda geração ou direitos sociais

Dentro dos direitos de segunda geração estão contemplados os chamados direitos econômicos, sociais e culturais que devem ser prestados pelo Estado através de políticas públicas justas asseguradas a toda população. De acordo com seu conteúdo estão incluídos todos os serviços que garantam a qualidade de vida do cidadão, bem como da sua vida em sociedade como o direito à saúde, trabalho, educação, lazer, repouso, habitação, saneamento, greve, livre associação sindical, etc.

Os resultados obtidos através dos direitos de segunda geração possibilitaram uma nova forma de olhar o ser humano que passou a ser visto com igualdade perante a lei, tornando unificados os aspectos de igualdade entre todos os seres humanos.

Temos nas palavras de Bonavides:

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.¹⁸

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001. p. 563.

¹⁸ Ibid., p. 565.

A justiça utilizada como ferramenta para a concretização e efetivação dos princípios de igualdade pressupõe, além da aplicação da regra de justiça, que todos sejam tratados iguais.

Portanto, a igualdade, embora pressuponha o respeito às diferenças pessoais, não significa necessariamente o nivelamento de personalidades individuais. Ao contrário, para que realmente haja uma concretização e considerável princípio de igualdade é fundamental que se tenha claro e consciente as distintas condições de cada pessoa.

2.5.3 Direitos de terceira geração ou direitos de fraternidade/solidariedade

Na sua essência são considerados direitos coletivos por excelência, pois estão voltados à humanidade como um todo. Na constante busca de transformações e mudanças jurídicas voltadas para os aspectos legais dos direitos fundamentais, surgem os direitos da terceira geração. Neste novo olhar os direitos de terceira geração contemplam questões voltadas para a fraternidade ou solidariedade. Nas palavras de Bonavides:

[...] são direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.¹⁹

Incluem-se aqui os aspectos legais que abrangem o direito ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao meio-ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, entre outros.

2.5.4 Direitos de quarta geração

Fruto do mundo globalizado, o surgimento dos direitos de quarta geração se deu na última década do milênio passado como consequência do

¹⁹ BONAVIDES, 2001, p. 569.

desenvolvimento tecnológico. Trata dos Direitos da Responsabilidade, onde estão incluídas a promoção e manutenção da paz, democracia, informação, autodeterminação dos povos, promoção da ética da vida defendida pela bioética, direitos difusos, ao direito ao pluralismo, etc.

As questões voltadas às gerações de direitos abrem grandes leques para a discussão acerca da limitação de um direito pelo outro. Assim, é natural que a partir do momento em que os direitos passam a interagir entre si, passam a surgir conflitos entre eles.

Contudo, se faz pertinente a existência de limites aos Direitos Fundamentais no sentido de promover o equilíbrio entre eles e, conseqüentemente, para a sociedade.

Assim, é importante que se tenha clareza sobre a solidificação da idéia de interação das gerações, das dimensões de direitos, pois não se pode cair no erro de acreditar na existência de um direito superior a outro, tampouco admitir a falsa idéia de que os direitos das primeiras gerações já estão consolidados e são assegurados a todos.

Portanto, dentro do contexto jurídico, vale ressaltar que os textos constitucionais são permeados pelos direitos fundamentais, adquirindo estes, lugar privilegiado nos pareceres das Cartas Magnas.

2.6 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais desempenham diversas funções, de defesa ou de liberdade; função de prestação social; função de proteção perante terceiros; função de não discriminação.²⁰

O homem nunca desistiu de encontrar formas que assegurassem cada vez mais os seus direitos.

Hodiernamente a Constituição reconhece Direitos Fundamentais relacionados à defesa quanto à ingerência, arbítrio estatal. Neste aspecto prevê explicitamente no art. 5º, direitos cujo objeto imediato é a liberdade: de locomoção; de pensamento; de reunião; de associação; de profissão; de

²⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. São paulo: Livraria Almedina, 2002. p. 407-410.

ação; liberdade sindical; direito de greve; Direitos cujo objeto imediato é a segurança: dos direitos subjetivos em geral; em matéria penal (presunção de inocência); do domicílio; Direitos cujo objeto imediato é a propriedade: propriedade em geral; artística, literária e científica; hereditária.²¹

Canotilho ensina que a função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais tem dupla dimensão:

(1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implica, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).²²

Diante dos fatos e da ordem constitucional, entende-se que os Direitos Fundamentais como ferramentas relevantes para a prática da justiça e bem-estar do homem, estão inseridos nos princípios constitucionais fundamentais, que são os princípios que guardam os valores fundamentais da Ordem Jurídica.

Canotilho assim se refere aos Direitos Fundamentais:

Sem sombras de dúvidas, sem eles a Constituição nada mais seria do que um aglomerado de normas que somente teriam em comum o fato de estarem inseridas num mesmo texto legal, de modo que, onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais.²³

Tem-se constatado que muito se tem avançado no campo dos direitos fundamentais e, hoje o reconhecimento e a proteção desses direitos encontram-se na base das Constituições modernas democráticas.

Contudo, faz-se necessário frisar que a função de não discriminação está diretamente relacionada a todos os direitos fundamentais. Logo, sabe-se que nenhuma pessoa, independente de qualquer situação, poderá ser privada de um direito fundamental em razão de discriminação, pois estaria ferindo o princípio da igualdade.

A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais.²⁴

²¹ GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>>. Acesso em: 3 set. 2010.

²² CANOTILHO, 2002, p. 407.

²³ GSCHWENDTNER, op. cit.

²⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 409.

Entende-se que os Direitos Fundamentais na sua função, visam assegurar a todos, indistintamente, uma existência digna, livre e igual, criando condições à plena realização das potencialidades do ser humano.

Porém, ainda se faz pertinente salientar que esses direitos são variáveis, modificando-se ao longo da história de acordo com o tempo, evoluções, tecnologia, globalização, necessidades e interesses do homem.

3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O mundo globalizado caminha em passos largos para as grandes descobertas e evoluções, fazendo dos tempos de informatização e tecnologia, os grandes responsáveis por tantas mudanças.

De uma extrema relevância, o telefone é um meio prático e rápido de comunicação que se popularizou a ponto de alcançar quase a integralidade da população brasileira e mundial.

Se por um lado as tecnologias têm facilitado a vida do homem, por outro lado tem também complicado quando usada, também, para fins ilícitos. Chega-se num determinado momento da história em que a exposição da vida privada e até mesmo da intimidade da vida do cidadão é colocada em público, tornando conhecida e explorada por toda a sociedade.

Baltazar Júnior ao comentar sobre as tecnologias a serviço da justiça coloca em debate o sigilo das comunicações em relação privacidade do homem:

Esse conflito entre a proteção da vida privada e as necessidades da investigação criminal, bem como o fato de que na comunicação telefônica não há possibilidade de averiguação posterior do que foi dito, pois as palavras se esvaem no próprio momento em que são proferidas, levaram à inclusão na Constituição, precisamente no inciso XII do art. 5º da Constituição, de referência específica ao sigilo das comunicações telefônicas.¹

Assim, para que o ser humano tenha seus direitos assegurados e resguardados é preciso que se estabeleçam limites para invadir a intimidade do outro e, assim, não ferir o princípio do sigilo. Para isso se faz necessário que o próprio Estado venha fixar parâmetros objetivos com fins a tentar resguardar alguns preceitos humanos como a intimidade, a privacidade, etc.

Com isso,

deve o Estado-juiz (magistrado); o Estado-administração (representante do Ministério Público); a autoridade policial; os coligados numa ordem reta com poderes de investigação – CPI's ou, mesmo, terceiros singulares com objetivos pessoais, se aterem a ordem jurídica limitadora e garantidora dos interesses pessoais do indivíduo; para, assim, sem ultrapassar essas garantias, colaborar para o processo de uma forma legal, fornecendo

¹ BALTAZAR JR, José Paulo. **Revistas da Ufrgs**. Disponível em: <http://www.ajufers.org.br/revistas/rev03/05_jose_paulo_baltazar_jr.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2010.

materiais probatórios sem vícios legais e válidos para a trilha processual criminal.²

Partindo destas considerações iniciais com base no exercício da reflexão a respeito do tema, procurar-se-á neste capítulo, numa breve análise, verificar na legislação, na doutrina e na jurisprudência, conceitos e entendimentos deste polêmico e complexo tema.

3.1 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: CONCEITO E DIVISÃO

No mundo contemporâneo, os meios de comunicação tem sido um veículo de apresentação da grande revolução da criminalidade que vem acompanhada pela evolução tecnológica. Com isso, tem-se observado cada vez mais o surgimento dos desvios das comunicações telefônicas como um meio, uma ferramenta moderna de combate aos crimes organizados.

Grinover discorrendo acerca da conceituação em torno dos termos das interceptações telefônicas, dispõe que:

Importante é a conceituação e a distinção de 'Interceptações Telefônicas' e 'Escutas Telefônicas', assim como 'Comunicação Telefônica', 'Dados Telefônicos' e por fim de 'Gravações Telefônicas'. Numa primeira análise poderíamos interpretar literalmente o ato de interceptar uma comunicação telefônica, como o fato de interromper a sua passagem, não permitir que siga seu fluxo normal, ou seja, opor um obstáculo. Todavia, não é este o sentido correto o qual devemos utilizar quando tratamos das interceptações telefônicas no mundo jurídico. Na verdade trata-se de 'tomar conhecimento', de obter as mesmas informações que os comunicantes fazem entre si. É como se um terceiro acessasse o diálogo travado entre as partes.³

Contudo, em nossa sociedade, a realidade tem mostrado com freqüência que com a utilização da interceptação telefônica tem-se um verdadeiro e eficiente instrumento contra a criminalidade, principalmente contra aqueles praticados por

² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Violação da intimidade por intermédio de interceptação telefônica, escuta telefonia e gravação clandestina: prova – sua validade na persecução criminal.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=769>. Acesso em: 12 ago. 2010.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal.** São Paulo: RT, 1982. p. 251. 15 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/769.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

grupos organizados, ou de natureza sigilosa, construindo, assim, obstáculos para uma perseguição criminal apta a tentar uma condenação.

É bem verdade que o ser humano apresenta um estado de curiosidade que acaba tornando-o uma pessoa obcecada pelo acesso às intimidades do próximo, sem se dar conta de que tal ato significa uma violação a sua vida privada.

Por isso da necessidade de conhecer e fazer valer os limites impositivos da legislação, por que só assim se estará evitando abusos e aproveitando deste meio investigatório para desvendar os mais hediondos ilícitos penais.

Segundo Alves,

na interceptação telefônica, um terceiro realiza a gravação sem que os interlocutores dela tenham conhecimento. Já na escuta telefônica, um terceiro realiza a gravação, mas com o conhecimento de um dos interlocutores. Por sua vez, na gravação clandestina, um dos interlocutores grava a conversa, sem o conhecimento do outro.⁴

Utilizada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, a interceptação telefônica deve ser realizada nas formas em que a lei estabelece, ou seja, por meio de ordem judicial.

Alvo de grandes polêmicas, as discussões voltadas para as interceptações telefônicas acabam por trazer à tona uma série de questões e interrogações quanto às formas e ocasiões que podem ser usadas. Importante ressaltar que para haver a possibilidade da interceptação telefônica, três requisitos necessariamente devem apresentar-se por ser considerados de extrema importância e legais: Ordem judicial; Nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer; Para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Conclui Petry:

Interceptação telefônica (em sentido restrito), portanto, é a captação feita por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores. Na interceptação, há violação da intimidade de dois comunicadores e na escuta telefônica o direito ferido é de somente um dos comunicadores, face um deles ter conhecimento da escuta.⁵

Nas palavras de Mendes fundamentada da CF/88,

⁴ ALVES apud GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p 162.

⁵ PETRY, Vinícius Daniel. **A prova ilícita**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4534/a-prova-ilicita/3>>. Acesso em: 3 out. 2010.

a lei 9.296 de 1996 regulamenta os meios para desfrutar e violar o sigilo das comunicações telefônicas estabelece condições para que o interessado legitimado possa usufruir deste procedimento sem que venha a ter seu trabalho inutilizado pelo poder jurisdicional e, em alguns casos, violar irregularmente esta garantia fundamental do ser humano, estando sujeito até mesmo a um encargo criminal (art. 10).⁶

Inúmeros casos puderam ser desvendados e revelados por meio da utilização das interceptações de telefonemas.

Portanto, as interceptações passam a ser vistas como um grande instrumento e mecanismo judicial importantes para esclarecer investigações e resolver os crimes que envolvem, entristecem e decepcionam toda a sociedade brasileira.

3.2 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Diante da questão legal da interceptação telefônica, foi necessária a manifestação do Supremo Tribunal Federal para admitir que as provas produzidas e adquiridas por meio de escuta telefônica constituíssem provas ilícitas e, portanto, inútil e sem valor para assegurar a condenação de qualquer pessoa, na área criminal.

A discussão persistiu por quase uma década, quando, então, foi editada a Lei Federal nº 9.296/96, que surgiu para dar sustentação e regulamentar a discussão, porém, somente para fins criminais, excluída, portanto, a escuta para fins civis.

Segundo Pinheiro,

antes da edição dessa lei, a escuta telefônica era usada indiscriminadamente, tanto no âmbito penal como civil, desde que ambas fossem autorizadas judicialmente, aplicando-se, em ambos os casos, as regras esculpidas no Código de Telecomunicações. Logo, com o advento da regulamentação própria, a escuta telefônica, na esfera criminal, hoje é uma prova legal, **desde que requerida e deferida judicialmente**, respeitando-se a competência do juiz, da matéria enfocada e do lugar da infração. Fora disso, é absolutamente ilegal.⁷

⁶ MENDES, Flávio F. P. Artigos. **Direitonet**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2432/>>. Acesso em: 6 out. 2010.

⁷ PINHEIRO, Miguel Dias. **Doutrinas**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=193>>. Acesso em: 14 set. 2010.

Porém, ainda assim a interceptação telefônica não deve e nem pode ser usada de forma irresponsável.

O art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988 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.⁸

Veja-se ainda: “Quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente a comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas. Pena: detenção de um a seis meses, ou multa.”⁹

Na Lei nº 9.296, está inserido o Art. 10, que assim dispõe:

“Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão de dois a quatro anos e multa.”¹⁰

Assegurada pela nova Lei, faz-se necessário entender que ainda assim, a escuta telefônica clandestina ou interceptação telefônica de modo indiscriminado e sem objetivo específico amparado pela Lei é crime. Logo, a participação e acompanhamento do Órgão Ministerial durante o incidente de interceptação telefônica é indispensável.

3.2.1 A interceptação telefônica após a Lei 9.296/96

A interceptação telefônica passou a ser um relevante e indispensável meio de prova para que se possa chegar o quanto antes e evitar muitos outros crimes e delitos que podem acontecer ou aconteceram e até então não foram desvendados.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 2007.

⁹ ALVES apud GRECO FILHO, 2005, p. 162.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**: das interceptações telefônicas para fins de instrução criminal. Comentários à lei n. 9.296, de 27 jul. 1996. São Paulo: Saraiva, 1996.

Trata-se de um meio de prova de natureza altamente invasivo da vida privada e da intimidade, e por isso torna-se indispensável a exigência de normas que regulamentem o uso seus limites, requisitos e forma de produção e integração.

A lei Nº 9.296/96, assim prescreve sobre a interceptação telefônica:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

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

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

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

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

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

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

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

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

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

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

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovado a indispensabilidade do meio de prova.¹¹

Firme no seu propósito,

a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, veio para regulamentar o inciso XII, parte final do art. 5º, supramencionado; tal lei determina a forma de se realizar a interceptação. O art. 1º, parágrafo único, da referida lei, declara que o seu disposto aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.¹²

Contudo, a lei deixa bem claro que não se pode usar a interceptação telefônica sem um fim justo, porém, dentro do contexto da legalidade a Lei nº 9.296,

¹¹ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Loc. cit.

¹² LIMA, Antônia K. N. **Doutrina**. Disponível em:

<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=852>>. Acesso em: 4 set. 2010.

de 24 de julho de 1996, não admite a interceptação se não houver indícios plausíveis ou participação em infração penal.

3.3 A VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE

A integridade do ser humano precisa ser resguardada, e está contemplada como garantia constitucional de proteção à intimidade.

É importante que se veja a pessoa como um ser portador de direitos e privacidades que precisam ser respeitados. A violação da intimidade humana pode causar sérios danos à pessoa, pois passa a ser vista como ameaça a sua integridade moral.

Tal atitude de resguardar a intimidade humana vem evoluindo com o surgimento de novas tecnologias, o que acaba muitas vezes sendo uma segurança para a pessoa em virtude do autoritarismo que tem sido quase que uma constante nos governos, provocando grandes estragos na vida humana.

Grinover destaca que:

O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.¹³

A Constituição é a certeza de que o Homem da garantia de seus direitos, entre elas a intimidade sendo, portanto, passivo de limitações em seu exercício.

Para resguardar a privacidade e intimidade humana, a legalidade dos fatos apontam para uma delicada situação em que limitações são essenciais para preservar a dignidade humana, principalmente no tocante às demais liberdades públicas.

Dentro desses parâmetros, houve a necessidade de modificação no intuito de resguardar o direito do sigilo em decorrência do desenvolvimento tecnológico, o que ainda acaba por gerar a sensação de estar sendo vigiado nos seus diversos aspectos.

¹³ GRINOVER, 2010, p. 251.

Com o passar do tempo e avanço da tecnologia tornou-se difícil viver de forma segura com relação a garantia de inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o que torna a privacidade humana um tanto indefesa.

As exigências do mundo moderno e avançado em seus diversos aspectos e também no que se refere a lei, acaba custando alto para o homem, uma vez que isso decorre dos diversos instrumentos tecnológicos a disposição de todos e usado de diversos modos e pra várias finalidades acabando com a privacidade e despertando curiosidades sobre a vida alheia e de outros fins.

Seguindo o ritmo das transformações e evoluções do mundo contemporâneo, no que tange a proteção da intimidade, leis também tiveram que se adequar para resguardar o direito de inviolabilidade da intimidade.

Nas palavras de Santos:

Para não perder o rumo nem o ritmo da evolução, para proteger a intimidade, a legislação teve de evoluir, para englobar novas formas de proteção à intimidade, procurando assim assegurar efetivamente o direito à inviolabilidade da intimidade, direito esse que é bem mais amplo do que em tempos idos, de tal modo que se torna conveniente delimitar com precisão aos reflexos da prova penal obtida com violação dos direitos assegurados nos incisos X e XII do art. 5º da CF e a sua validade em confronto com a norma do art. 5º, LVI, da CF.¹⁴

Diante da complexa jurisprudência no que tange a violação da intimidade Santos ainda explica que:

Embora a intimidade compreenda a inviolabilidade do domicílio, do segredo profissional e da correspondência, ficaram-se restritos apenas à prova obtida com violação deste último tipo de intimidade, dando especial enfoque à violação das comunicações telefônicas e à possibilidade de sua utilização no processo, sem que ocorra violação ao preceito expresso no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que, como todo e qualquer direito, não pode ser tomado como absoluto.¹⁵

Tais colocações nos levam a refletir sobre os direitos fundamentais do homem com relação a inviolabilidade que acabam sendo colocados em situações de conflitos, dúvidas e interpretações sobre a proteção assegurada pela Constituição Brasileira do sigilo.

¹⁴ SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no processo penal**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2110/as-provas-obtidas-com-violacao-da-intimidade-e-sua-utilizacao-no-processo-penal>>. Acesso em: 28 set. 2010.

¹⁵ Ibid.

3.4 A VIDA PRIVADA

A história aponta que a humanidade sempre se viu alvo de violações a direitos elementares à sua própria existência.

O homem como ser de direito e deveres, se mantém no centro de todas as investigações no intuito de ser punido por desrespeitar seus deveres e ao mesmo tempo ter seus direitos violados.

Por esta razão, segundo Valentino:

Vários foram os movimentos eclodidos, principalmente no início do século XVIII, com o intuito de ver o reconhecimento e a inclusão de direitos fundamentais no sistema positivo dos Estados e, por consequência, possibilitar sua invocação e exercício em desfavor daqueles que ameaçassem transgredi-los.¹⁶

Valentino, ainda acrescenta:

No campo da legalidade e dentre os direitos mercedores de previsão e tutela incluiu-se o direito à intimidade, aspecto da personalidade destinado a possibilitar o desfrute, pelo homem, de um momento consigo mesmo, quer pela simples vontade de se afastar da sociedade, quer pela necessidade de, isoladamente, alcançar o seu desenvolvimento.¹⁷

A Constituição Federal diz em seu inciso X, do art. 5º, que, “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.”¹⁸

À luz da Constituição, como se pode constatar na citação acima, entende-se que a vida privada e a intimidade não podem ser violadas ou sofrer quaisquer outras interferências que possam vir ferir a honra e a imagem das pessoas, garantias encontradas nos “incisos X e XII do seu art. 5º onde resguarda a dignidade humana garantindo que não se pode violar a intimidade e a vida privada.”¹⁹

Mas a lei assegura, na intenção de desvendar atitudes criminais, colher informações importantes para elucidar as referidas atitudes por meio de escuta

¹⁶ VALENTINO, Cyrilston Martins. **As exceções ao sigilo das correspondências e comunicações na Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4029/as-excecoes-ao-sigilo-das-correspondencias-e-comunicacoes-na-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 23 nov. 2010.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Loc. cit.

¹⁹ Ibid.

telefônica, porém, é fundamental que tais procedimentos sejam acompanhados de responsabilidade para que não haja constrangimento ou prejuízos legais e morais a pessoa.

Contudo, tais procedimentos legais em alguns casos são considerados necessários. Segundo Brych:

Tendo como premissa o bem comum, o fato de o Estado atuar na vida íntima das pessoas não é um problema, é uma necessidade. Para que se proteja o meu bem e o seu, deve se fazer presente a figura do Estado como gestor das relações sociais.²⁰

Dentro desses termos, pode-se dizer que se trata de uma questão de ordem, mesmo sabendo que a vida do cidadão em muitas situações passa longe da proteção e privacidade, pois ao Estado é dado o direito de intervenção quando a pessoa for ameaçada em liberdade individual.

Pinho assim se refere a esta atuação do Estado:

Este mesmo Estado que detém esta prerrogativa, concede por igual via a proteção contra o abuso em seu exercício. Ao passo que se tem a opção de invadir a vida pessoal em determinados casos, também há requisitos para que surja a oportunidade e viabilidade. Não se extrapola a vida privada sem hipótese contemplada em lei.²¹

Reforçando sua colocação a respeito da privacidade, Pinho ainda acrescenta:

Todo ato que vier a ferir a privacidade, a propriedade ou outro direito inerente ao cidadão somente será legítimo se emanado de autoridade competente e com previsão expressa em lei. E mesmo observando os requisitos postos, haverá outras medidas legais acaso seja desvirtuada a ação estatal.²²

O novo Código Civil determina a proteção da vida privada no seu artigo 21, in verbis: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”²³

²⁰ BRYCH, Fabio. **A supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a garantia absoluta da administração pública.** Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/administrative-law/1774447-supremacia-interesse-p%C3%BAblico-sobre-interesse>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

²¹ PINHO, Roberto Monteiro. **Empregador e a chance zero na ação trabalhista.** Disponível em: <http://justicadotrabalho.blogspot.com/2010_06_01_archive.html>. Acesso em: 15 set. 2010.

²² Ibid.

²³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** institui o código civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2010.

3.5 SIGILO TELEFÔNICO: CONCEITO E DIVISÃO

Interpretar leis, usar a serviço do ser humano sempre foi alvo de grandes discussões, pois se sabe que algumas vezes nem sempre são respeitadas, embora sejam asseguradas. Contudo, a Constituição brasileira assegura como direito fundamental do homem, a inviolabilidade do sigilo de comunicação como regra e, excepcionalmente, a interceptação para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Vejamos o que diz a Constituição:

Art. 5 - 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.²⁴

Desta forma, parece claro que o legislador constituinte estabeleceu como a regra o sigilo e como exceção a interceptação, porém somente no campo penal.

Greco Filho assim aborda sobre o sigilo e sua inviolabilidade:

O sigilo existe em face de terceiro e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação. O seu aproveitamento como prova, porém dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida ou não com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a gravação.²⁵

De fato, as normas constitucionais são explícitas e, onde a verificação de casos de investigação criminal se fizer necessário, ainda assim o sigilo telefônico merece muita cautela e, mesmo diante de tais fatos ou delitos, não podem ser quebrados nas situações descritas nos incisos do art. 2º, da Lei 9.296/2006:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
 II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
 III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.²⁶

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). Loc. cit.

²⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 4.

²⁶ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Loc. cit.

Deve-se ressaltar, porém, que se faz necessário o conhecimento e a diferença existente entre a quebra de sigilo telefônico e a quebra de sigilo de dados telefônicos, lembrando que enquanto a primeira busca tratar de interceptação da comunicação, a segunda corresponde à obtenção de dados e registros existentes na companhia telefônica sobre ligações já realizadas, data da chamada, horário, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada, entre outros.

De fato, pode-se perceber que se tratando de quebra de sigilo telefônico propriamente dito, o sigilo é absoluto, necessitando estar prevista nas hipóteses estabelecidas pela lei específica.

4 A LEGALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Ao se tratar da legalidade da interceptação telefônica, o que se observa é a controvérsia dos fatos no que tange as normas, uma vez que se trata de poder ou não usar as provas obtidas por interceptação telefônica que serão utilizadas para condenar ou absolver os envolvidos. A discussão acaba gerando situações dúbias com relação ao uso da lei ao mesmo tempo que está em questão o sigilo e a proteção da inviolabilidade da intimidade da pessoa.

4.1 PROVA LÍCITA E ILÍCITA

Á área jurídica requer muita cautela nos procedimentos, uma vez que toda demanda judicial requer um processo onde as partes expõem suas argumentações. Porém, o desejo de que o julgamento aconteça de forma correta e justa é necessário que a decisão seja fundada em dados concretos que propiciem a certeza da decisão. Para tanto o juiz necessita de provas, pois sem as mesmas todo o julgamento pode acabar sendo prejudicado.

Ausência de lei: sem lei nenhum direito fundamental pode ser restringido ou limitado. A aplicação analógica não é válida para a restrição de direito fundamental. A legalidade é requisito número um para a regulamentação de qualquer direito. Não havendo lei restritiva do direito à intimidade previsto no inc. X, do art. 5.º, prevalece seu sentido mais amplo, assegurador dessa liberdade. Qualquer prova obtida hoje por meio de gravação clandestina, em suma, viola a CF. É prova ilícita e, portanto, consoante nosso ponto de vista, inadmissível no processo (seja penal, seja civil).

Em algumas hipóteses, entretanto, apesar da falta de lei, a jurisprudência vem admitindo a gravação clandestina como prova. Por exemplo: quando a vítima grava o teor de uma ofensa a bens jurídicos seus. A gravação (ou filmagem) pode ser feita inclusive sem ordem judicial quando se trata de local público no qual não haja expectativa de privacidade ou quando feita em legítima defesa, estado de necessidade ou com justa causa.¹

A garantia de uma existência concreta de prova invade o tempo e espaço do campo jurídico, pois desde que o Estado monopolizou a prestação jurisdicional chamando para si a responsabilidade de distribuir a justiça, utilizando-se, para isso, do processo, a teoria processual vem se desenvolvendo e com ela o processo.

¹ GOMES, Luiz Flávio. **Gravação telefônica ou ambiental**: validade como prova. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

Mirabete definiu prova ilícita,

como toda aquela que infringe a lei, ou os princípios constantes nas leis materiais e processuais'. Todavia, o autor vai além ao classificar como 'ilícita àquelas que contrariam regras de direito material e como ilegítimas às que violam normas de direito processual'.²

Não se pode negar que qualquer processo de qualquer natureza, sem prova de nada adianta, ou seja, não tem valor legal, pois impedirá que se chegue à verdade e, portanto, o centro da razão maior que é à justiça, finalidade última da prestação jurisdicional. Eis aí a relevância e responsabilidade da prova, pois, ela vai além do processo, uma vez que é sobre ela que se sustenta a verdade.

Por sua vez, Batista esclarece:

A garantia constitucional da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito será clara a partir do momento em que se souber o que são tais meios. Decorre, portanto, que o desconhecimento a respeito desses meios gera uma grande dúvida entre as pessoas leigas e até mesmo entre os operadores do direito acerca da inadmissibilidade ou da admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meio de escuta telefônica, de gravação telefônica, de interceptação ambiental, de escuta ambiental e de gravação ambiental, sem a autorização judicial.³

Nas palavras de Tourinho Filho as provas "são os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz, visando estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos."⁴

Greco Filho, assim conceitua prova e sua finalidade:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.⁵

Ainda se pode deparar com uma questão de grande relevância no tocante à avaliação das provas, onde o mesmo objeto pode ser interpretado de tantas maneiras quantos observadores houver.

² MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 278. Disponível em: <<http://cdsat.damasio.com.br/templates/csat/pdf/doc005.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2010.

³ BATISTA, Silas Soares. **Doutrina**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5829>>. Acesso em: 14 set. 2010.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva 1992. p. 201. Disponível em: <<http://cdsat.damasio.com.br/templates/csat/pdf/doc005.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2010.

⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Disponível em: <<http://cdsat.damasio.com.br/templates/csat/pdf/doc005.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

Nesse contexto, é importante lembrar que dentro de todo esse conjunto de regras, normas, processos e provas, mesmo a mais evidente prova, pode ter seu aspecto contestado, afinal o que parece indubitável a alguém, pode não o parecer a outrem.

4.2 TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS

A conhecida Teoria da árvore dos frutos envenenados é advinda do direito norte americano a “fruits of poisonous tree”, tendo em seu nascimento um preceito bíblico de que a árvore envenenada não pode dar bons frutos, ou seja, a prova ilícita originária ou inicial contaminaria as demais provas decorrentes. Porém, esta teoria não é absoluta sob a ótica do Direito Americano havendo limitações a sua aplicação.⁶

Por outro lado, no Brasil a teoria dos frutos da árvore envenenada só se aplica às provas decorrentes, ou também como são conhecidas “por derivação” da prova ilegal, não se aplicando a provas sem relação com a contaminação.

Realmente, o vício da planta se transmite aos seus frutos, por isso a denominação de Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa ou Envenenada. A regra é que não se deve admitir a validade de um elemento probatório colhido de outro reputado ilícito, pois, do contrário, se estaria retirando totalmente a eficácia do comando constitucional a propósito da proibição da prova ilícita.

Pelo exposto a Constituição da República de 1988 em seu artigo 5º, LVI, considera de maneira categórica, serem inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.

Nesse contexto, a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados vem proteger o processo e seu desenvolvimento vedando-as, tornando totalmente imprestáveis e inadmissíveis as provas ilícitas, considerando que o vício da origem se transmite a todos os elementos probatórios obtidos graças à prova ilícita.

⁶ SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no processo penal**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/29900#0.1_01000004>. Acesso em: 28 set. 2010.

Para Greco Filho a finalidade da prova

é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.⁷

A Carta Magna veda o uso no processo de provas obtidas por meios ilícitos, considerando-as imprestáveis. Contudo a prova ilícita é permitida no inquérito policial, somente, para benefício do réu com base no princípio do estado de inocência e na salvaguarda da liberdade, ocorrendo assim, a mitigação do preceito constitucional.

“A Constituição Federal de 1988 ao tratar sobre as provas ilícitas ou ilegítimas estabelece em seu art. 5º, inciso LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”⁸

Quando da necessidade de encontrar provas que possam elucidar casos, seja no processo judicial, ou administrativo, a Constituição não é clara quando não aceita a produção de provas ilícitas, pois as mesmas ferem o direito da pessoa.

Greco Filho assim comenta sobre as provas ilícitas e ilegítimas:

Tanto a prova ilícita quanto a prova ilegítima são ilegais, ou seja, ambas são espécies do gênero prova ilegal, e, segundo o legislador, são inadmissíveis no processo. Se admitidas, não devem ser valoradas pela autoridade judiciária - sob pena de nulidade da decisão exarada.⁹

De acordo com o autor, o direito precisa ser respeitado para não ser usado de qualquer jeito e a qualquer preço.

Greco Filho acrescenta ainda:

[...] na busca da verdade dos fatos não pode haver ofensa a direitos e garantias fundamentais, que certamente seriam afrontados se o Direito pátrio permitisse a obtenção de provas por meios ilícitos, como é o caso de uma confissão auferida através de tortura ou coação física ou psíquica.¹⁰

O autor esclarece com essa afirmação acima que a prova quando ilícita acaba por afetar as demais que foram providas da prova originária.

⁷ GRECO FILHO, 2010, loc. cit.

⁸ FIGUEIRAS, Isaura Meira Cartaxo. **Teoria da árvore dos frutos envenenados**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29900>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

⁹ TESSEROLI FILHO, Nourmirio B. **Teoria dos frutos da árvore envenenada**. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_8551/artigo_sobre_teorias_dos_frutos_da_%C3%81rvore_envenenada>. Acesso em: 25 nov. 2010.

¹⁰ Ibid.

Assim sendo, é importante que entenda que o ordenamento jurídico, ao vedar a produção de provas ilícitas, houve a preocupação em manter o respeito e a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, que a Constituição de 1988 assegura a toda pessoa. Logo, na interpretação da Constituição Brasileira qualquer desrespeito à questão seria uma afronta à dignidade da pessoa humana.

4.3 PROVA EMPRESTADA

O Min. Luiz Vicente Cernicchiaro enfatiza acerca da prova emprestada:

Prova emprestada... Toda investigação de prova, obrigatoriamente, passa, insista-se, pelo crivo do contraditório. Em conseqüência, a parte precisa ser cientificada da indicação, produção e autorizada a assistir a coleta. Só assim, ter-se-á o princípio realizado substancialmente. Além disso, a parte pode participar dessa atividade, sendo-lhe consentida, por exemplo, reinquirir testemunhas, acompanhar diligências, sugerir quesitos para a perícia. A prova, portanto, é regulada pelo Direito, que, no dizer de Franco Cordero, fixa as condições de admissibilidade e o modo de formação. A prova recolhida em um processo não pode, como tal, ser utilizada em outro. Um processo não transfere (empresta) a prova para outro... A prova emprestada, portanto, é apenas um fato, suscetível de ser objeto de prova. A distinção não é meramente acadêmica. Como toda prova urge passar pelo contraditório; a parte tem direito à produção secundum ius. Efeito prático: se assim não ocorrer, cumpre ser repelida, sob pena de invalidade: contrasta com o devido processo legal... O leigo, tantas vezes, não compreende as normas jurídicas. Tem-na como excessivamente formalista, dificultando a conclusão do processo. Assim o é por não perceber que atrás de um dispositivo legal (notadamente constitucional-sentido restrito) está presente um valor, penosamente conquistado no passar dos séculos. Em poucas palavras: empresta-se o fato. A prova, não. Há de ser colhida conforme o ritual jurídico para determinado processo.¹¹

De acordo com as referências estudadas, a prova emprestada é aquela em que tem origem, ou seja, é produzida num processo e acaba sendo transferida para outro na intencionalidade de fazer acontecer os efeitos jurídicos.

Entretanto, de acordo com Donzele:

O método probatório judicial constitui um conjunto de regras cuja função garantidora dos direitos das partes e da própria legitimação da jurisdição implica limitações ao objeto da prova, seus meios de obtenção, e, ainda,

¹¹ MACHADO, Agapito. Prova emprestada: interceptação telefônica. Validade? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 620, 20 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6239>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

estabelece os procedimentos adequados à colheita da prova. Com isso, existem provas vedadas e, entre elas, as provas ilícitas.¹²

Nos ensinamentos de Greco Filho “a prova emprestada só será válida para a execução civil da sentença penal condenatória com o fim de reparação do dano, na medida em que não mais se discute ou se examina a prova colhida por meio de interceptação.”¹³

Quanto à aceitação ou não destas provas ilícitas no processo entende-se que a melhor ponderação é a que aponta no sentido de que a vedação constitucional à aceitação da prova ilícita deve ceder nos casos em que a sua observância intransigente leve a uma lesão de um direito fundamental ainda mais valorado. Da mesma forma, quanto às provas ilícitas por derivação, conforme demonstrado nesta exposição devem ser avaliadas para que seja analisada a admissibilidade ou não no processo.

4.4 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

A realidade tem apresentado casos e fatos que tem chamado a atenção dos espectadores de jornais televisivos como a gama de notícias envolvendo a divulgação de trechos de escutas telefônicas relativas a investigações criminais.

É bem verdade que a grande polêmica que sempre rondou a sociedade brasileira está exatamente na possibilidade de utilização de dados obtidos através de interceptação telefônica por meio de prova emprestada para diversos processos.

O artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal Brasileira diz que:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.¹⁴

Visto o que se encontra na Constituição Federal Brasileira, na qual se obtêm o devido conhecimento, nota-se que, qualquer violação ao sigilo das

¹² DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. **Prova ilícita**. Disponível em:

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

¹³ GRECO FILHO, 2010, p. 24.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília, 2007.

comunicações por meio que não seja o permitido em lei, qualquer investigação por conta própria é ilegal.

Na intenção de encontrar outros meios de garantir e assegurar ações que possam contribuir nos processos, foi elaborada a lei nº 9.296 “Lei da Escuta Telefônica”, que tem por finalidade fornecer dados e tratar das situações em que é proibida ou permitida a escuta telefônica e de que maneira esta pode ser realizada.

Vale ressaltar que dentro dos ditames da lei o Superior Tribunal de Justiça apresenta posição favorável ao aceitar como lícita a prova sustentada em gravação feita por um dos interlocutores.

Vejamos na citação abaixo:

PROCESSUAL – GRAVAÇÃO DE CONVERSA AUTORIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES – CONTROVÉRSIA – 1. A jurisprudência desta Corte tem firmado o entendimento de que a gravação de conversa por um dos interlocutores não configura interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Para se verificar se houve a efetiva autorização ou não por parte do ora paciente, necessária seria a realização de dilação probatória, o que não se admite nesta via constitucional. 3. Não conheço do Habeas Corpus.¹⁵

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, também vem decidindo nessa mesma direção.

PROVA – Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.¹⁶

A dificuldade de interpretar e por em prática a lei, leva a crer que falar da interceptação telefônica acaba se tornando uma difícil tarefa no sentido de que não se pode ser injusto ao tomar conclusões.

A complexidade que envolve determinadas atitudes perante a busca de provas para elucidar casos criminais, pode comprometer e ferir a própria Lei.

Para melhor entendimento vejamos:

A título de estatística, observe-se que dados levantados pela CPI das Escutas Telefônicas demonstram que as empresas de telefonia fixa e móvel realizaram, conjuntamente, cerca de 409 mil interceptações telefônicas

¹⁵ LOPES, Fábio Motta. Poderes investigatórios do Ministério Público. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 135, fev. 2004. Disponível em: <<http://www.adepolrj.com.br/adepol/Admin/Noticias/ImagensNoticias/c8fceb.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2010.

¹⁶ Ibid.

determinadas por ordem judicial em 2007. Um procedimento a ser realizado em casos excepcionais, pois representa a quebra de um direito fundamental, torna-se uma prática costumeira em nosso País, ocasionando a debilidade de todo o ordenamento jurídico, por afrontar o seu sustentáculo, a nossa Carta Política de 1988. Contudo, em que pese as posições supra mencionadas, a problemática ora apresentada deve ser analisada com a devida cautela, de tal modo que a sua solução deve ser encontrada por meio de uma profunda análise do caso concreto, sob pena de tomarmos decisões errôneas, equivocadas, em desacordo não só com as disposições constitucionais, mas também com regras sociais e morais.¹⁷

Formada por um complexo conjunto de leis, concorda-se que o art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal restringe a interceptação das comunicações telefônicas às hipóteses de investigação criminal e instrução processual penal.¹⁸

Diante do caso analisado, entende-se que os motivos apresentados podem ser considerados admissíveis. Embora tenha sido violado licitamente a intimidade, foi desprovido qualquer sentimento de preocupação, pois neste caso não existem mais direitos a serem resguardados. Trata-se de uma conduta ilegal e que acaba gerando polêmicas com relação aos direitos contidos na Constituição Brasileira.

Outro caso a ser analisado:

O Supremo Tribunal Federal, analisando a questão de ordem suscitada pelo Ministro Cezar Peluso no inquérito da Operação Hurricane (Operação da Polícia Federal investigando o envolvimento de Juízes e Desembargadores na venda de Sentenças e Acórdãos autorizando a prática de jogos ilícitos), caso em que o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho Nacional de Justiça solicitavam cópia de dados obtidos em interceptação telefônica, para efeito de juízo sobre a instauração, ou não, de processo administrativo disciplinar, entendeu ser admissível o uso de interceptação telefônica como prova emprestada em processo administrativo disciplinar contra os mesmos servidores envolvidos na investigação criminal. Vejamos a ementa da decisão:

INQ 2.424 -25/04/2007 – TRIBUNAL PLENO

QUEST. ORD. EM INQUÉRITO 2.424-4 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação Telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento

¹⁷ LIMA, Hellem Damásio Ferreira; LIMA, Felipe José V. da Cunha. **Ag. reg. no agravo de instrumento n. 503.617-7**. Paraná. Disponível em:

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=797>. Acesso em: 23 set. 2010.

¹⁸ Ibid.

administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.¹⁹

Diante do caso apresentado, é notável a complexidade e importância que representa as questões relacionadas às interceptações telefônicas como provas e a devida cautela para a sua exata compreensão.

STF: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282- STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF.

I. A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.

II. Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário.

III. A questão relativa às provas ilícitas por derivação 'the fruits of the poisonous tree' não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF.

IV. A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF.

V. Agravo não provido.²⁰

Dentro dos aspectos legais pode-se dizer que se uma gravação for realizada, captando-se a conversa entre duas pessoas, e que venha acontecer em lugar público, a escuta pode ser acatada e aceita como prova lícita.²¹ Contudo, a mesma lei garante e assegura que de modo algum dentro da residência não pode um terceiro interceptar a conversa.²²

Vejamos o seguinte julgado:

STJ - HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. PERDA DO OBJETO. PROVA. ESCUTA TELEFÔNICA. ILICITUDE. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.

1. Constatada a revogação da prisão preventiva do ora Paciente, resta esvaído parte do objeto do presente writ, que visava ao reconhecimento de constrangimento ilegal pela manutenção da prisão cautelar.

2. É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação.

3. A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar nº 75/93. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública,

¹⁹ LIMA H.; LIMA, F., loc. cit.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Brasília, 1996.

²² Ibid.

proceder a coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria.

4. Writ prejudicado em parte e, na parte conhecida, denegado.²³

Através dos julgados apresentados para serem analisados, foi possível concluir que a interceptação das comunicações telefônicas somente pode ser autorizada, por juiz competente (criminal), para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Os grandes envolvidos em processos e atores de um desfecho com êxito, ou seja, o Juiz, o Ministério Público, a Autoridade Policial e seus agentes, são responsáveis por fazer valer a lei e suas regras no intuito de zelar pelo sigilo das comunicações telefônicas.

A responsabilidade desses atores envolvidos nos desfechos de processos atenta para delicada situação em obter provas mediante escutas telefônicas, sem que venham invadir ou revelar a intimidade dos envolvidos em supostas ações criminais no sentido de não prejudicá-los, portanto, não ferir os princípios constitucionais dos direitos fundamentais do homem.

Galvêz, apresenta o próximo julgado a ser analisado:

Os advogados Luciano Tossi Soussumi e Dora Rocha Awad, da Comissão de Direito Criminal da OAB-SP, defendem nova investigação e abertura de processo em casos de descoberta de crime diverso por meio de escuta telefônica. O objetivo da medida é apurar a veracidade das informações colhidas pelo grampo. 'A prova emprestada serve de base para que se apurem os elementos fáticos que conduzirão a um melhor entendimento da questão em debate no novo processo', afirmam.

Os advogados elaboraram pareceres baseados no entendimento do desembargador Messod Azulay Neto, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Para o magistrado, se o juiz autoriza a interceptação telefônica em um processo e, durante as investigações e análise da gravação, descobre-se que o investigado cometeu outros delitos, as provas colhidas são legítimas para embasar novos processos.

O entendimento de Messod Azulay foi publicado pela revista Consultor Jurídico, em 12 de maio de 2008, na reportagem intitulada Escuta feita em uma ação pode gerar outras ações. Na ocasião, o desembargador defendeu a tese de que uma investigação pode dar origem a um processo 'mãe'. E ainda a 'filhotes' – processos que surgem em decorrência de outras investigações. Segundo ele, a interceptação dá margem para se investigar mais delitos. A reportagem serviu como referência para o estudo de caso da OAB.²⁴

²³ BRASIL. HC nº 33.553 - CE (2004/0015200-6). Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\('HC'.clap.+ou+'HC'.clas.\)+e+@num='33553'\)+ou+\('HC'+adj+'33553'.suce\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=(('HC'.clap.+ou+'HC'.clas.)+e+@num='33553')+ou+('HC'+adj+'33553'.suce)>. Acesso em: 23 set. 2010.

²⁴ GALVÊZ, Gabriela. **Parecer da OAB-SP defende uso de prova emprestada**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-18/parecer-oab-sp-defende-prova-emprestada-partir-interceptacao>>. Acesso em: 5 out. 2010.

O próximo caso a ser analisado encontra-se no anexo A:

Recentemente, toda a Imprensa do Estado do Ceará, noticiou, com estardalhaço, a prática por parte de integrantes da valorosa Polícia Militar do Ceará, de escuta telefônica clandestina, visando ajudar investigações policiais²⁵ (Anexo 1).

O avanço e as mudanças ocorridas no campo jurídico tem mostrado que as conversas telefônicas, interceptadas e consideradas lícitas, ou seja, aquelas com autorização judicial, não só podem servir como provas para a investigação criminal, como também podem servir para o processo administrativo ou qualquer outro processo, é o que se chama de prova emprestada.

Diante das evidências, a legislação brasileira pode usar de seus dispositivos legais para utilizar, desde que com prévia autorização judicial para fins de elaboração de prova em suas investigações de ordem criminal ou processual penal, provas obtidas via interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais.

Conclui-se, portanto, que com base na Constituição Brasileira, provas obtidas via escuta telefônica, pode ser utilizada sim como prova para gerar outras ações desde que sejam restritamente amparadas e asseguradas legalmente. Caso contrário, não haverá validade. A prova emprestada é sim aceita para fins processuais desde que se mostrem absolutamente legítimas todas às atividades probatórias que resultaram no embasamento aos novos processos.

O texto constitucional que prevê a inviolabilidade do sigilo das correspondências (Art. 5º, XII), buscou um meio de fazer com que não fosse dificultado de maneira consistente o uso de meios que adentrem na violação da correspondência, o que acaba por levantar hipóteses de que o interesse social prevalece ao particular.

Sobre a vedação da prova ilícita, Rangel afirma que:

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição, já dissemos, são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na Constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados,

²⁵ LINHARES NETO, Benon. Doutrina. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=192>>. Acesso em: 5 out. 2010.

consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados).²⁶

Entretanto, os conteúdos das provas obtidas por meio de escutas telefônicas não podem trazer humilhação ao outro interlocutor porque podem ser consideradas ilícitas. Ainda é preciso assegurar que a utilização de tais provas obtidas mediante gravação telefônica por si só, não viola a intimidade.

Com a relação à licitude da prova obtida mediante a gravação telefônica, pode-se perceber que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dominantes, é pela sua admissibilidade, pois entendem e consideram que referida prova não viola a intimidade e, portanto, é lícita.

Jurisprudência e doutrina se inclinam pela tese de que a conversa telefônica gravada por um dos protagonistas sem o conhecimento do outro é válida (como prova), pois não foi obtida ilicitamente. Não se trata de “interceptação”, como é óbvio. É que o caso da gravação por aquele que recebe a mensagem não é diferente do uso de carta ou telegrama, meios de comunicação cujo sigilo igualmente se tutela pela garantia constitucional e que, no entanto, são utilizáveis como prova lícita, pelo CPC (arts. 374 e 376). O que, enfim, se proíbe é a interceptação clandestina, que só se opera quando ocorre a gravação não consentida da conversa telefônica alheia, nunca a da conversa própria, ainda que sem assentimento do interlocutor.²⁷

É importante constatar que dentro do campo jurídico houve a preocupação, com relação as provas ilícitas, na inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana, uma vez, que a própria Constituição já garante a proteção à dignidade humana.

Com isso, pode-se continuar crente que o conjunto de ordenamento jurídico está cada vez mais voltado para os aspectos legais e busca de soluções para casos criminais, sem ferir a condição de vida e dignidade da pessoa humana.

²⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Lúmen Júris, 2004. p. 405.

²⁷ LAWAND, Jorge José. **Validade jurídica das provas geradas por interceptações telefônicas**. Disponível em: <http://www.escritorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=5055&>. Acesso em: 25 nov. 2010.

5 CONCLUSÃO

O trabalho proporcionou uma gama de conhecimentos sobre os aspectos legais das provas obtidas através da interceptação das comunicações telefônicas.

Como regra geral os direitos fundamentais podem ser objeto de restrição mesmo quando expressamente não previsto no texto constitucional. O ser humano em sua totalidade tem sido tratado como alguém que tem sua vida resguardada nos ditames da lei.

Os direitos fundamentais do homem tornam-no um cidadão portador de deveres e direitos que lhe assegura viver com dignidade sem ter sua moral estraçalhada perante a sociedade.

Portanto, desde sua concepção até seus últimos dias, o homem tem seu direito de viver e manter-se fora do alcance de instrumentos que violem sua intimidade e privacidade.

Como se pode observar no transcorrer do estudo existe um princípio constitucional que garante o direito à intimidade, que, indiscutivelmente, deve ser mantido, porém, sem o caráter absoluto.

A aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser entendida no caso de haver confronto do direito à intimidade com o direito à liberdade de quem necessita de uma prova que a viole. É, portanto, dentro dos tramites legais, a aplicação desse princípio que resolve a questão, quando o direito de um viola o direito de outro.

Desta forma, foi possível entender que embora haja a proteção constitucional para a intimidade, existe, portanto, o direito não menos valioso de defesa no processo. O princípio da proporcionalidade é que, no caso concreto, deverá ser aplicado pelo juiz para se verificar a admissibilidade da prova ilícita.

Portanto, é importante ressaltar que no entendimento majoritário da doutrina a prova ilícita, por sua vez, não se confunde com a prova obtida mediante gravação telefônica, pois, esta é tida como lícita, por não violar a intimidade.

No campo jurídico, chegou-se num entendimento onde a jurisprudência brasileira também considera dentro dos aspectos legais a que está submetida, a prova obtida mediante gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores

(gravação telefônica) como não sendo violadora do direito material à intimidade garantido na atual Constituição, portanto, sendo lícita.

Com isso fica entendido que nem é necessário aplicar o princípio da proporcionalidade, pois, a gravação telefônica, sendo lícita, não se contrapõe a qualquer direito material.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JR, José Paulo. **Revista da Universidade Federal de Rio Grande do Sul**. Disponível em:
<http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev03/05_jose_paulo_baltazar_jr.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2010.

BATISTA, Silas Soares. **Doutrina**. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5829>>. Acesso em: 14 set. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 2007.

_____. **HC nº 33.553 - CE (2004/0015200-6)**. Disponível em:
<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\('HC'.clap.+ou+'HC'.clas.\)+e+@num='33553'\)+ou+\('HC'+adj+'33553'.suce\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=(('HC'.clap.+ou+'HC'.clas.)+e+@num='33553')+ou+('HC'+adj+'33553'.suce))>. Acesso em: 23 set. 2010.

_____. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**: das interceptações telefônicas para fins de instrução criminal. Comentários à lei n. 9.296, de 27 jul. 1996. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: institui o código civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2010.

BRYCH, Fabio. **A supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a garantia absoluta da administração pública**. Disponível em:
<<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/administrative-law/1774447-supremacia-interesse-p%C3%BAblico-sobre-interesse>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. São Paulo: Editora Livraria Almedina, 2002.

DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. **Prova ilícita**. Disponível em:
<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

FIGUEIRAS, Isaura Meira Cartaxo. **Teoria da árvore dos frutos envenenados**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29900>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

GALVÊZ, Gabriela. **Parecer da OAB-SP defende uso de prova emprestada**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-18/parecer-oab-sp-defende-prova-emprestada-partir-interceptacao>>. Acesso em: 5 out. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Gravação telefônica ou ambiental: validade como prova**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Disponível em: <<http://cdsat.damasio.com.br/templates/csat/pdf/doc005.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

_____. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: RT, 1982. p. 251. 15 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/769.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

_____. **Violação da intimidade por intermédio de interceptação telefônica, escuta telefonia e gravação clandestina: prova – sua validade na persecução criminal**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=769>. Acesso em: 12 ago. 2010.

GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>>. Acesso em: 3 set. 2010.

LAWAND, Jorge José. **Validade jurídica das provas geradas por interceptações telefônicas**. Disponível em: <http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=5055&>. Acesso em: 25 nov. 2010.

LIMA, Antônia K. N. **Doutrina**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=852>>. Acesso em: 4 set. 2010.

LIMA, Hellem Damásio Ferreira; LIMA, Felipe José V. da Cunha. **Ag. reg. no agravo de instrumento n. 503.617-7**. Paraná. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=797>. Acesso em: 23 set. 2010.

LINHARES NETO, Benon. Doutrina. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=192>>. Acesso em: 5 out. 2010.

LOPES, Fábio Motta. Poderes investigatórios do Ministério Público. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 135, fev. 2004. Disponível em: <<http://www.adepolrj.com.br/adepol/Admin/Noticias/ImagensNoticias/c8fceb.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2010.

MACHADO, Agapito. Prova emprestada: interceptação telefônica. Validade? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 620, 20 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6239>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

MENDES, Flávio F. P. Artigos. **Direitonet**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2432/>>. Acesso em: 6 out. 2010.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 278. Disponível em: <<http://cdsat.damasio.com.br/templates/csat/pdf/doc005.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21. (Coleção temas jurídicos).

PACHECO, Eliana D. **Direitos fundamentais e o constitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/9152/1/Direitos-Fundamentais-E-O-Constitucionalismo/pagina1.html>>. Acesso em: 1º nov. 2010.

PETRY, Vinícius Daniel. **A prova ilícita**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4534/a-prova-ilicita/3>>. Acesso em: 3 out. 2010.

PINHEIRO, Miguel Dias. **Doutrinas**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=193>>. Acesso em: 14 set. 2010.

PINHO, Roberto Monteiro. **Empregador e a chance zero na ação trabalhista**. Disponível em: <http://justicadotrabalho.blogspot.com/2010_06_01_archive.html>. Acesso em: 15 set. 2010.

ANEXO

ANEXO A – Caso analisado

Recentemente, toda a Imprensa do Estado do Ceará, noticiou, com estardalhaço, a prática por parte de integrantes da valorosa Polícia Militar do Ceará, de escuta telefônica clandestina, visando ajudar investigações policiais.

Ao tomar conhecimento dos fatos, Excelentíssimo Senhor Doutor Procurador-Geral de Justiça, de imediato, determinou a realização de diligências em torno do assunto, findando por lograr arrecadar farto material que, supostamente, teria sido utilizado na noticiada escuta telefônica ilegal.

Seguidamente, o Chefe do Ministério Público Estadual determinou que todo material arrecadado fosse examinado por peritos para tanto habilitados, que, primordialmente, deveriam esclarecer se o material colhido era idôneo e capaz de propiciar a escuta ilegal.

Irrepreensível, sob todos os aspectos a conduta do Chefe do Parquet Cearense, pois, só assim, com a comprovação da materialidade do delito se poderia fundamentar uma possível futura denúncia, pois, como se sabe, sem a prova da materialidade do delito e indícios de sua autoria, impossível o oferecimento da peça inaugural da ação penal.

Entretanto, visa o presente artigo, apenas formular um breve comentário acerca da problemática da escuta telefônica clandestina, somente agora definida como crime.

Com efeito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, ficou estabelecido o seguinte, in verbis:

“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 ESTABELECEER PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL.” (Art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal).

Entretanto, referido princípio constitucional que, expressamente considerou inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, não tinha nenhuma repercussão no campo do Direito Penal, já que, para os que violassem mencionado dispositivo da Lex Fundamental, inexistiria qualquer sanção penal, pois o Código Penal Brasileiro, datado de 07 de dezembro de 1940, não previu o crime de interceptação das comunicações telefônicas.

Efetivamente, a lei substantiva penal pune, tão-somente, quem divulgasse indevidamente, transmitisse a outrem ou utilizasse abusivamente a conversação telefônica entre outras pessoas, senão vejamos, verbis:

“QUEM INDEVIDAMENTE DIVULGA, TRANSMITE A OUTREM OU UTILIZA ABUSIVAMENTE COMUNICAÇÃO TELEGRÁFICA OU RADIOELÉTRICA DIRIGIDA A TERCEIRO, OU CONVERSAÇÃO TELEFÔNICA ENTRE OUTRAS PESSOAS”. “PENA: DETENÇÃO DE UM A SEIS MESES, OU MULTA.” (Art. 151, § 1º, inciso II, do Código Penal).

Vale ressaltar ainda, que pelo nosso C. Penal em vigor, em casos que tais, a ação penal será pública, entretanto dependendo de representação do ofendido, podendo ainda a pena ser aumentada para detenção de um a três anos, se cometido com abuso de função em serviço telefônico.

Para confirmar a tese ora exposta, transcreve-se a seguinte ementa, in verbis:

“O crime de violação de comunicação telefônica não se aperfeiçoa se a conversa não for devidamente divulgada, transmitida ou utilizada.” (TACRIM-SP - AC - Rel. José Pacheco - JUTACRIM 96/120).

Por outro lado, pacífico e tranqüilo que a Lei nº. 6.538, de 20 de junho de 1978, que dispôs sobre os serviços postais, revogou apenas o caput do Art. 151, do Código Penal, tratando, como é evidente, de assunto diverso.

Quanto ao Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei nº. 4.117, de 27 de agosto de 1962, evidente que citado diploma legal não tem mais aplicação, desde que foi promulgada a Carta Magna de 1988.

E, visando embasar esta afirmação, nada melhor do que transcrevermos os ensinamentos do respeitado e ilustrado Professor PAULO NAPOLEÃO GONÇALVES QUEZADO, que em uma brilhante e substancial monografia sobre o tema ora tratado, leciona in verbis:

“PREDOMINANTE DOUTRINA E AVASSALADORA JURISPRUDÊNCIA HOUE POR BEM TESTIFICAR, PORÉM, QUE TERIA O CÓDIGO DE TELECOMUNICAÇÕES SOFRIDO O FENÔMENO DA NÃO-RECEPÇÃO, PELO QUAL A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL APRESENTA-SE COMO REVOGADA, ANTE A SUA COLIDÊNCIA IMEDIATA OU DISCREPÂNCIA MEDIATA COM O TEXTO DA LEI MAIOR.”

Portanto, como se depreende, outra alternativa não restava ao Promotor de Justiça e ao Juiz, senão ignorarem a interceptação telefônica pura e simples, à míngua de previsão legal, pois, como é primário em direito criminal, inexistente crime sem lei anterior que o defina.

Isso, apesar de saber-se da existência da escuta telefônica clandestina por parte dos chamados investigadores particulares, mais popularmente conhecidos por “arapongas”, que em sua esmagadora maioria, utilizam em seus serviços a malsinada interceptação telefônica, entretanto só a divulgando para seus clientes, que, em face do disposto no Art. 29 do C. Penal, se tornam partícipes do ilícito penal, o que acarretava a impunidade de ambos, já que só se poderia apenar tal conduta delituosa, acaso comprovada a utilização, a transmissão ou a divulgação da conversa telefônica.

A mesma situação de impunidade se verificava ainda, segundo se comenta, com alguns organismos policiais, que, sem qualquer autorização judicial, utilizavam-se em suas investigações, desse reprovável expediente.

Hoje, porém, com o advento da Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou o inciso XII, parte final, do Art. 5º., da Constituição Federal, tal estado de coisas deverá sofrer radical modificação, com a efetiva punição dos criminosos da escuta telefônica clandestina.

É que, no bojo da Lei nº. 9.296, está inserido o Art. 10, que assim dispõe:

“CONSTITUI CRIME REALIZAR INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, DE INFORMÁTICA OU DE TELEMÁTICA, OU QUEBRAR SÉGREDO DE JUSTIÇA, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU COM OBJETIVOS NÃO AUTORIZADOS EM LEI. PENA: RECLUSÃO DE DOIS A QUATRO ANOS E MULTA.”

Em sendo assim, claro está que, agora, com a novel Lei, a escuta telefônica clandestina ou interceptação telefônica pura e simples, é crime, punida com até quatro anos de reclusão, valendo lembrar também, que ante o silêncio da lei, a ação penal será pública, independentemente de representação do ofendido.

Com o fim da lacuna constitucional até então existente, os legisladores findaram por capacitar Delegados de Polícia, Promotores Públicos e Magistrados para, cada um, em sua área de atuação, atacarem e dar um basta na ação deletéria dos chamados “arapongas” e organismos policiais refratários no cumprimento do diploma legal invocado, fazendo-nos acreditar no fim da impunidade que hoje se verifica nos mencionados delitos.

Por fim, resta esclarecer, que somente se permitirá a interceptação das comunicações telefônicas, através de decisão judicial fundamentada, de ofício ou por requerimento da autoridade policial ou Ministério Público, visando fazer prova em investigação criminal ou instrução em ação penal, desde que existam indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e o fato investigado não constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Além disso, exige a lei que se demonstre a imperiosa necessidade da realização da interceptação ou escuta telefônica como necessária e imprescindível à apuração da infração penal.

Cumpra ainda aduzir que é indispensável a efetiva participação e acompanhamento do Órgão Ministerial em todas as fases e etapas do incidente de interceptação telefônica.

Necessário também que o incidente de interceptação telefônica, tramite em autos apartados e apenso à ação penal ou inquérito policial respectivos, em segredo de justiça, e o que não interessar à prova será inutilizado, também por decisão judicial, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Concluindo, acredito, por convicção, voltando ao caso ocorrido nas dependências da Polícia Militar do Estado do Ceará, que, desde que existam provas suficientes da autoria e materialidade do crime de interceptação de comunicação telefônica, Sua Excelência, o Procurador-Geral de Justiça, conforme for o caso, denunciará todos os envolvidos, ou o encaminhará ao Promotor de Justiça competente para fazê-lo.¹

¹ LINHARES NETO, Benon. Doutrina. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=192>>. Acesso em: 5 out. 2010.