

**UNIVERSIDADE ANHANGUERA-UNIDERP  
REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES – REDE LFG**

**O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**

**LUÍS CAETANO CERIANI FILHO**

**João Pessoa  
2010**

**LUÍS CAETANO CERIANI FILHO**

**O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**

**Este trabalho tem por finalidade conclusão do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais, da Universidade Anhaguera – UNIDERP – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG, apresentado ao Professor de Metodologia da Pesquisa Jurídica, Thiago Acca.**

**São Paulo  
2010**

**C415s** Ceriani, Luís Caetano Filho

O Sigilo das Comunicações e a Interceptação Telefônica / Luís Caetano Ceriani Filho -São Paulo: Universidade Anhanguera – UNIDERP – Rede de Ensino LFG, 2010.  
44 f.

(Monografia) Pós-Graduação em Ciências Penais

1. Direito à intimidade. 2. Violação de comunicação. 3. Sigilo. 4. Interceptação Telefônica. 4. Brasil. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. I. Título.

**BIBL/JFPB**

**CDU: 343.14(81)**

**LUÍS CAETANO CERIANI FILHO**

**O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**

**Este trabalho tem por finalidade conclusão do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais, da Universidade Anhaguera – UNIDERP – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG, apresentado ao Professor de Metodologia da Pesquisa Jurídica, Thiago Acca.**

Aprovado em, \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

**MEMBROS:**

---

**Prof.**

---

**Prof.**

---

**Prof.**

**Dedico este trabalho a meus pais: Luís Caetano Ceriani, Lúcia Benevides Ceriani, minha esposa Cybelle, a minha linda e carinhosa filha Ana Luísa, meus colegas que contribuíram com informações valiosas e a todos os docentes do curso**

**Agradeço a Deus, por ser meu refúgio e fonte inesgotável de amor.**

## RESUMO

Este trabalho monográfico objetiva demonstrar o grande caminho ainda a percorrer em se tratando de interpretação das leis quando do embate entre direitos fundamentais da mesma grandeza. Analisa, com base na legislação brasileira a admissibilidade de utilização de provas lícitas obtidas por meios ilícitos quando da interceptação telefônica, bem como da instrução criminal. É pois lançar a questão: a intimidade e a privacidade de alguém é absoluta a ponto de relegar a segurança e proteção da sociedade a segundo plano?.

**Palavras-chave:** Direito à intimidade. Privacidade. Sigilo. Interceptação telefônica.

## ABSTRACT

This monograph aims to demonstrate the long way still to go when it comes to interpretation of the laws when the clash between fundamental rights of the same magnitude. Basically, analyze the admissibility of the use of evidence obtained through unlawful means lawful at the time of interception phone, as well as the criminal investigation. It is therefore launching the issue: the intimacy and privacy of any person is about to be relegated to the background.

Keywords: intimacy, privacy, confidentiality, interception phone.



## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>09</b> |
| <b>2 DAS PROVAS.....</b>  | <b>11</b> |
| 2.1 Provas ilícitas.....  | 12        |
| 2.2 Provas ilegítimas.....  | 13        |
| 2.3 Provas ilícitas por derivação.....                                  | 13        |
| 2.4 Vedação constitucional à ilicitude probatória.....                  | 14        |
| 2.5 Admissibilidade das provas ilícitas.....                            | 14        |
| <b>3 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....</b>                                  | <b>17</b> |
| 3.1 Aspectos conceituais.....   | 17        |
| 3.2 Interceptação telefônica em sentido estrito.....                    | 17        |
| 3.3 Escuta telefônica.....  | 19        |
| 3.4 Interceptação ambiental.....  | 21        |
| 3.5 Gravação clandestina.....   | 23        |
| <b>4 O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS...25</b> |           |
| 4.1 Intimidade e Privacidade.....                                       | 25        |
| 4.2 O Sigilo das Comunicações.....                                      | 26        |
| 4.3 A Relatividade dos Direitos Fundamentais.....                       | 27        |
| 4.4 O Princípio da Proporcionalidade.....                               | 30        |
| 4.5 O Sigilo das Comunicações e as Interceptações Telefônicas.....      | 34        |
| <b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>                                      | <b>40</b> |
| <b>6 REFERÊNCIAS.....</b>   | <b>42</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O sigilo das comunicações e a interceptação telefônica, são temas bastante discutidos no meio jurídico, especialmente no Direito Penal e Processual Penal brasileiro. De um lado, está um instrumento eficaz de solução de controvérsia e dúvidas em relação a crimes de difícil comprovação por outros meios de prova e, de outro, apresenta-se a tutela da intimidade, assegurada constitucionalmente.

A presente monografia tem como objetivo precípuo mostrar, com fulcro no art. 5º, inciso 12, da Constituição brasileira, combinado com a Lei 9.296/96, e demais princípios constitucionais, que a intimidade e a privacidade das pessoas devem ceder em face da proteção da sociedade.

A freqüente ampliação e avanço tecnológico das organizações criminosas, torna cada vez mais difícil o seu desmantelamento, em face da dificuldade de se produzir provas, bem como a sua ocultação por trás do manto protetivo do direito fundamental da intimidade e do sigilo das comunicações.

A base legal deste estudo está enfocada no art. 5º, incisos XII, da Carta Constitucional e na Lei 9.296/96, responsável pela regulamentação da parte final do inciso XII.

A questão tem intrínseca relação com os direitos fundamentais da intimidade, privacidade, honra e imagem pessoal, do sigilo das comunicações, garantidos constitucionalmente e a possibilidade de sua relativização em face da proteção e defesa da sociedade quando da ocorrência de práticas delituosas.

Com efeito, amparado no princípio da proporcionalidade, no uso da técnica da ponderação e na relativização dos direitos fundamentais, bem como lançando mão de uma interpretação legal de cunho teleológico, analisa-se a possibilidade de utilização de provas lícitas, obtidas por meios ilícitos, de serem valoradas e validadas em investigações criminais.

Na investigação do tema em análise, utiliza-se os métodos científicos dedutivo, partindo-se do tema geral para o particular, e o hermenêutico, na tentativa de fornecer embasamento teórico sobre o assunto e, a posteriori, entender melhor suas peculiaridades, tomando-se como base pesquisas em livros jurídicos, artigos de periódicos especializados, na legislação que disciplina a temática, jurisprudências, dicionários, códigos e sites jurídicos.

A escolha do tema justifica-se por sua contemporaneidade, pretendendo-se, a partir dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais expostos, trazer ao meio acadêmico e a sociedade alguma contribuição para seu melhor entendimento.

Esta monografia compõe-se de quatro capítulos, incluindo a presente introdução que discorre sobre a temática e objetivos de realizá-la.

O segundo capítulo analisa, a atividade probatória, bem como a valoração da prova lícita, obtida por meio ilícito, cujas regras de obtenção facilita a distribuição de injustiça.

O terceiro capítulo apresenta um demonstrativo das principais formas de violação da intimidade e privacidade do indivíduo – a interceptação das comunicações.

O quarto capítulo, trata da limitação, valoração, o sopesamento e a tentativa de conciliação dos direitos e princípios constitucionais comentados e as interceptações telefônicas, que são hodiernamente as principais fontes de prova para o desmantelamento do crime organizado.

Nas considerações finais conclui-se que o ponto de equilíbrio, entre a devida observância legal, do que predetermina a legislação brasileira em conformidade com o texto constitucional, bem como a precisão e eficiência dos agentes e operadores do direito, constituem-se como elementos indispensáveis para que se tenha o respeito a Lei 9.296/96 para obtenção da verdade de forma positiva e clara.

## 2 DAS PROVAS

Frederico Marques<sup>1</sup> define prova como sendo o “elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio que este se serve para averiguar os fatos em que as partes fundamentam as suas alegações”<sup>1</sup>.

Claus Roxin<sup>2</sup> preleciona que: “probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existência de un hecho”.

No entendimento de Guilherme Nucci<sup>3</sup>, existem três sentidos para o termo prova:

a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Como também ensina Mirabete<sup>4</sup>, quando refere que:

provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Para Tourinho Filho<sup>5</sup>, provar é antes de tudo, “estabelecer a existência da verdade, e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”.

Sustenta Chiovenda<sup>6</sup>, que provar significa, “formar a convicção do juiz, sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo”.

---

<sup>1</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas. Millenium, 2000, p. 330.

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p. 185.

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 351.

<sup>4</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 249.

<sup>5</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. p. 370.

<sup>6</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 109.

Para Nicola Framariano Dei Malatesta<sup>7</sup>, a prova é “a relação particular e concreta entre a verdade e a convicção racional”.

## 2.1 Provas ilícitas

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça<sup>8</sup> conceitua a prova ilícita como:

Aquelas imprestáveis à sua função em virtude dos vícios que as contaminam. São aquelas obtidas com violação às normas estabelecidas legal ou moralmente, tendo como sanção o seu desentranhamento e a sua ineficácia, não produzindo os efeitos a que se destinam.

Para Nestor Távora<sup>9</sup>: “as provas ilícitas são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais: Ex: confissão obtida mediante tortura (Lei n.º 9.455/1997); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (art. 10 da Lei n.º 9.296/1996)”.

Norberto Avena<sup>10</sup> afirma que:

Seguindo a orientação clássica, sempre entendemos como ilícitas as provas obtidas mediante violação de normas que possuam conteúdo material (assecuratório de direitos), sendo necessário, ainda, que essa violação acarrete, direta ou indiretamente, a ofensa a garantia ou a princípio constitucional.

Nos ensinamentos de Fernando Capez<sup>11</sup>, prova ilícita é aquela que, “em virtude de ter sido produzida com afronta às normas de direito material será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como as que afrontem princípios constitucionais”.

---

<sup>7</sup> MALATESTA, Nicola Framariano Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 90.

<sup>8</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 33.

<sup>9</sup> TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Bahia: Podivm, 2009, p. 312.

<sup>10</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 483.

<sup>11</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 288-289.

## 2.2 Provas ilegítimas

Conforme entendimento de Denílson Feitosa<sup>12</sup>, provas ilegítimas são “as que violam normas de direito processual”. As provas ilegítimas dizem respeito à produção da prova. Por exemplo, a elaboração de laudo oficial por apenas um perito, quando a lei exigia dois peritos (art. 159, caput, do CPP, na redação revogada que era dada pela lei nº 8.862/1994).

E ainda conclui o ilustre autor<sup>13</sup>:

As provas ilegítimas já teriam seu regime jurídico resolvido pela teoria das nulidades. Havendo violação de norma processual, estariam sujeitas ao reconhecimento de sua nulidade e decretação de sua ineficácia no processo. O mesmo poderia ocorrer com as provas simultaneamente ilícitas e ilegítimas.

Nestor Távora esclarece que<sup>14</sup>: “As provas ilegítimas violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie”.

## 2.3 Provas ilícitas por derivação

Norberto Avena<sup>15</sup> define as provas ilícitas por derivação como sendo “aquelas que, embora lícitas na própria essência, decorrem exclusivamente de prova considerada ilícita ou de situação de ilegalidade manifesta ocorridas anteriormente à sua produção, restando, portanto, contaminadas”.

E conclui Fernando Capez<sup>16</sup>, “as provas ilícitas por derivação são aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito. Por exemplo: documento apreendido em domicílio, em diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial.

---

<sup>12</sup> FEITOSA, Denílson. *Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis*. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 692.

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 692

<sup>14</sup> TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Bahia: Podivm, 2009. p. 312.

<sup>15</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 488.

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 307.

Conforme entendimento dos doutrinadores acima mencionados, conclui-se que o conteúdo da prova ilícita por derivação é lícito, sendo vedado os meios de sua produção, tratando-se, portanto, da aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (fruits of the poisonous tree) do direito norte americano.

## 2.4 Vedação constitucional à ilicitude probatória

A vedação constitucional sobre a utilização de provas ilícitas no processo encontra-se prevista no art. 5º inciso LVI, da Carta Magna que versa que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup> já se posicionou neste sentido: “Recurso extraordinário. Processual penal. Prova ilícita. Nulidade. Ofensa ao art. 5º, Incs. X, XII e LVI, da Constituição da República. Reexame de Provas: Impossibilidade. Súmula 279 deste Supremo Tribunal. Recurso não provido”.

Conforme Ricardo Raboneze<sup>18</sup>, “a vedação estudada, na verdade, é consectária do princípio do devido processo legal (art. 5º, LVI), mais precisamente de seu sentido processual, chamado pela doutrina norte-americana de procedural due process of law”.

Apesar da vedação acima mencionada, existe uma discussão doutrinária acerca do tema, que consiste em saber se devem ser admitidas no processo provas produzidas por meios ilícitos, mas que o ordenamento processual nada proíbe quanto à sua admissibilidade.

## 2.5 Admissibilidade das provas ilícitas

Antonio Scarance Fernandes<sup>19</sup> afirma que existem quatro correntes que tratam da respectiva questão. Leciona o ilustre autor que “o grande problema consiste em saber se devem ser admitidas, no processo, as provas ilícitas quando, no ordenamento processual, inexistente norma que declare a sua inadmissibilidade”.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 480195 / RS – Rio Grande do Sul. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Data Julgamento: 18/03/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 09 set. 2010.

<sup>18</sup> RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 28.

<sup>19</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Justiça Penal: Críticas e Sugestões, Provas Ilícitas e Reforma Pontual**. PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 50.

Segundo o autor, formaram-se com pequenas variantes, quatro correntes fundamentais:

- a) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produza a prova por crime eventualmente cometido (Cordero; Tornaghi; Mendonça Lima);
- b) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (Nuvolone; Frederico Marques; Fragoso; Pestana de Aguiar);
- c) é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (Cappelletti, Vigoritti, Comoglio);
- d) admite-se a produção de prova obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetiva-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita de prova e também constitucionalmente protegidos (Baur; Barbosa Moreira; Renato Maciel; Hermano Duval; Camargo Aranha; Moniz Aragão).

Avólio<sup>20</sup> explica:

[...] embora partindo de pressupostos diversos, as teorias englobadas sob a rubrica da admissibilidade das provas ilícitas postulam a sua utilizabilidade no processo, reservando ao infrator as sanções cabíveis. Inutilizáveis, no processo, seriam somente as provas que a própria lei processual proscribe.

Nessa mesma linha, Nestor Távora<sup>21</sup> levanta a teoria da exclusão da ilicitude da prova, quando afirma: “que a prova, aparentemente ilícita, deve ser reputada como válida, quando a conduta do agente na sua captação está amparada pelo direito (excludentes de ilicitude)”.

E continua o mesmo autor<sup>22</sup>: “Percebe-se que a ilicitude é apenas aparente, ficta, pois a legítima defesa, o estado de necessidade etc. (causas justificantes), autorizariam a medida”.

---

<sup>20</sup> AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo: RT, 1995. p. 46.

<sup>21</sup> TÁVORA, Nestor ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Bahia: Podivm, 2009, p. 323.

<sup>22</sup> Ob. Cit., p. 323.



Cita, ainda, o seguinte exemplo:

Imaginemos que o réu tenha que praticar uma conduta típica, como a violação de domicílio, prevista legalmente como crime (art. 150, CP), para produzir prova fundamental em favor de sua inocência. Estaria suprimindo um bem jurídico alheio (tutela domiciliar), para salvaguardar outro bem jurídico (liberdade), em face de um perigo atual (a existência de persecução penal), ao qual não deu causa, e cujo sacrifício não era razoável exigir. Está em verdadeiro estado de necessidade, que vai excluir a ilicitude da conduta<sup>23</sup>.

Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho<sup>24</sup> esclarece que: “o ato anterior da captação de prova, embora ilícito, não tem o condão de nulificar ou contaminar os atos posteriores, principalmente, de produção da prova, que é lícito em si”.

E conclui o ilustre autor<sup>25</sup>:

A prova ilícita só não deve ser admitida se violar norma constitucional ou um princípio geral da Constituição. Dentro dessa corrente, surgiu uma variação que vai ganhar força cada vez mais, e que consiste em admitir a prova, mesmo ilícita, se for a única forma de proteger outro valor fundamental. Trata-se de sopesar os interesses protegidos constitucionalmente e admitir a prova ilícita se sua produção for indispensável para salvaguardar de outro interesse tutelado e mais valioso. É o chamado critério da proporcionalidade (Alemanha) ou da razoabilidade (Estados Unidos).

Verifica-se, portanto, que o critério, ou critérios de valoração e aceitação das provas lícitas, mas obtidas por meios ilícitos devem mudar, pois da forma que é feita nos dias de hoje pela maioria dos magistrados que preferem se ater fielmente à letra da lei e a entendimentos arcaicos, acomodados neste conformismo jurídico, são verdadeiras fontes de distribuição de injustiça e indignação.

---

<sup>23</sup> TÁVORA, Nestor ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Bahia: Podivm, 2009. p. 323.

<sup>24</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em Face da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 49.

<sup>25</sup> Ob. Cit., pp. 48-49.

### 3 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

#### 3.1 Aspectos conceituais

Ada Pellegrini Grinover<sup>26</sup> ressalta:

Embora etimologicamente, interceptar (de 'inter' e 'capiro') tenha o sentido de deter na passagem e, conseqüentemente, de impedir que alguma coisa chegue a seu destino, entende a doutrina, por interceptação telefônica, a escuta direta e secreta das mensagens, captando-se a conversa no momento mesmo em que se desenvolve, sem o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores.

Raimundo Amorim de Castro<sup>27</sup> define a interceptação telefônica como sendo: “operação técnica, através da qual se permite a apreensão, não de documento epistolar, mas sim, de elementos fonéticos que formam a conversação, o diálogo”<sup>26</sup>.

E conclui a renomada autora Ada Pellegrini Grinover<sup>28</sup>, em relação à interceptação telefônica, que:

O problema das interceptações telefônicas no processo penal situa-se, em substância, como um problema de equilíbrio entre a garantia constitucional de liberdade e do sigilo da correspondência e das comunicações e o interesse público à repressão da atividade criminosa. Define em sentido lato a interceptação telefônica como qualquer ato de interferência nas comunicações alheias, quer com finalidade de impedi-las, quer com finalidade de tomar conhecimento, e em sentido estrito, as interceptações telefônicas indicam sempre a intervenção externa em comunicação entre outras pessoas, com a finalidade de tomar conhecimento de circunstâncias que, de outra forma, permaneceriam desconhecidas.

Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho<sup>29</sup>, define que a “Interceptação telefônica em sentido estrito é a captação da conversa realizada por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, e a escuta telefônica é a

---

<sup>26</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 63.

<sup>27</sup> CASTRO, Raimundo Amorim. **Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 138.

<sup>28</sup> Ob. Cit., pp. 248-250.

<sup>29</sup> CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 76.

captação da conversa, feita por um terceiro, com o consentimento de apenas um dos interlocutores”. Essas formas de obtenção de prova são possíveis desde que obedecem os preceitos da lei 9296/96.

Portanto, a interceptação telefônica significa interferência, cujo objetivo é a captação de informações de outrem.

### 3.2 Interceptação telefônica em sentido estrito

Segundo Luiz Francisco Torquato Avólio<sup>30</sup>

A interceptação telefônica *stricto sensu*, é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Seria aquela atividade que se efetivaria por meio do grampeamento, ou seja, pelo ato de interferir numa central telefônica, nas ligações da linha do telefone de se quer controlar, a fim de ouvir e/ou gravar conversações.

Fernando Capez<sup>31</sup> define interceptação telefônica em sentido estrito como sendo “a captação da conversa telefônica, por um terceiro, sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores”<sup>29</sup>.

Entretanto, Ada Pellegrini Grinover<sup>32</sup> entende que:

As interceptações indicam sempre a intervenção externa em comunicação entre outras pessoas, com a finalidade de tomar conhecimento de circunstâncias que, de outra forma, permaneceriam desconhecidas, ou seja, seria a captação de comunicação telefônica entre duas pessoas, diversas do interceptador, sendo que pelo menos uma delas desconhece a existência da intromissão.

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça<sup>33</sup> discorrendo sobre o assunto afirma: “concluiu-se que, em havendo ciência de um dos interlocutores quanto à interceptação, a natureza da captação do elemento fonético seria a escuta telefônica”. Como se verá adiante.

<sup>30</sup> AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo: RT, 1995, p. 94.

<sup>31</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 293.

<sup>32</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e Gomes Filho, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 250.

<sup>33</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: limites à licitude Probatória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 101.

Essa forma de interceptação está regulamentada pelo art. 5º, inciso XII, da Constituição da República de 1988, submetendo-se, para servir como prova a três requisitos, a saber: ordem judicial, finalidade para a investigação criminal ou instrução processual penal, e realização nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (exemplos: somente quando o fato investigado constituir infração penal punida com reclusão; quando houver indícios razoáveis da autoria ou participação; quando a prova não puder ser feita por outros meios).

George Marmelstein<sup>34</sup> cita um julgamento do STF ampliando os requisitos acima mencionados, para abarcar também os processos administrativos disciplinares, quando informa:

[...] dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova (Inq-QO/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 25/04/2007).

### 3.3 Escuta Telefônica

Fernando Capez<sup>35</sup> define a escuta telefônica como sendo “a captação da conversa com o consentimento de apenas um dos interlocutores”.

O ilustre autor<sup>36</sup>, cita ainda um exemplo quando diz: “a polícia costuma fazer escuta em casos de seqüestro, em que a família da vítima geralmente consente nessa prática, obviamente sem o conhecimento do seqüestrador do outro lado da linha”.

Nesse diapasão, destaca Ada Pellegrine Grinover<sup>37</sup>:

A doutrina configura a hipótese como uma espécie de direito do indivíduo ao controle de seu próprio telefone: assim, por exemplo, os familiares da pessoa seqüestrada, ou a vítima de estelionato, ou

---

<sup>34</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 129.

<sup>35</sup> Ob. Cit., p. 293.

<sup>36</sup> Ob. Cit., p. 293.

<sup>37</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 251.

ainda aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através de telefone, em sua vida privada”.

Destaque-se que, tanto a interceptação em sentido estrito quanto a escuta telefônica, desde que autorizadas judicialmente, tem valor probante lícito, estando previstas no art. 5º, XII da Carta Constitucional e disciplinadas pela Lei 9.296/96.

George Marmelstein<sup>38</sup> denomina as escutas telefônicas de gravações telefônicas clandestinas e as define como sendo:

Aquelas em que a captação da conversa telefônica se dá no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, ou por terceira pessoa com seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais dos demais interlocutores. Dessa forma, não se confunde interceptação telefônica com gravação clandestina de conversa telefônica, pois enquanto a primeira nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão de privacidade, na segunda pelo menos um deles tem pleno conhecimento de que a gravação se realiza.

O mesmo autor<sup>39</sup> entende que:

No caso da gravação telefônica clandestina, não se aplicam os requisitos do art. 5º, inc. XII, e assim o conteúdo da conversa pode, em princípio, ser utilizado validamente como prova, mesmo sem ordem judicial e até mesmo para fins não criminais, já que não constitui crime a gravação dos próprios diálogos telefônicos”.

E conclui o ilustre autor<sup>40</sup>:

Um consumidor pode perfeitamente gravar, mesmo sem ordem judicial, a sua própria conversa telefônica, realizada com o departamento de telemarketing de determinada empresa, e utilizar o conteúdo dessa gravação para instruir uma ação de reparação de danos morais, por exemplo. O inverso também é verdadeiro.

---

<sup>38</sup> Ob. Cit., p. 129.

<sup>39</sup> Ob. Cit., p. 129

<sup>40</sup> Ob. Cit., p. 129.

Nessa esteira de pensamento o Supremo Tribunal Federal<sup>41</sup> em decisão sobre o tema manifesta-se que:

IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. V. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores, cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito, mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. VI. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado.

A Suprema Corte<sup>42</sup>, em julgamento, ainda decidiu:

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”

Assim, observadas as exigências legais, a escuta telefônica é um meio processual probatório lícito. Repita-se que a gravação pode ser levada a efeito por um dos interlocutores ou por terceiro estranho a conversa.

### **3.4 Intercepção Ambiental**

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça<sup>43</sup> define intercepção ambiental, bem como a escuta ambiental ao afirmar:

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 80.949 / RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Data Julgamento: 14/12/2001. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 20 set. 2010.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 75.338 / RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Nelson Jobim. Data Julgamento: 11/03/1998. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 20 nov. 2010.

<sup>43</sup> Ob. Cit., p. 102

No que tange a interceptação ambiental e a escuta ambiental, ambas têm em comum a presença de um terceiro e a utilização de um gravador colocado no local da comunicação, tendo como diferença a ciência ou não de um dos interlocutores sobre a realização da captação de sons.

Verifica-se, portanto, que o meio utilizado para a captação dos sons é a diferença entre os conceitos apresentados acima (telefone) e este (gravador).

Para Fernando Capez<sup>44</sup>:

Interceptação ambiental é a captação da conversa entre dois ou mais interlocutores, por um terceiro que esteja no mesmo local ou ambiente em que se desenvolve o colóquio. Escuta ambiental é a mesma captação feita com o consentimento de um ou alguns interlocutores.

O mesmo autor<sup>45</sup> ainda afirma que:

Se a conversa não era reservada, nem proibida, a captação por meio de gravador, por exemplo, nenhum problema haverá para aquela prova. Em contrapartida, se a conversação ou palestra era reservada, sua gravação, interceptação ou escuta constituirá prova ilícita, por ofensa ao direito à intimidade (CF, art. 5º, X), devendo ser aceita ou não de acordo com a proporcionalidade dos valores que se colocarem em questão.

Nesse sentido, destaca Damásio de Jesus<sup>46</sup>

Poderão ser aplicadas a espécie as mesmas soluções jurídicas previstas para a correspondência epistolar, posto que as conversações telefônicas nada mais são que expressão moderna e oral do mesmo fenômeno da comunicação.

---

<sup>44</sup> Ob. Cit., p. 294.

<sup>45</sup> Ob. Cit., p. 294.

<sup>46</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – Parte Geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 89.

### 3.5 Gravação Clandestina

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça<sup>47</sup> afirma que,

No que concerne à gravação clandestina, o traço básico seria a gravação de uma conversa por meio de um dos interlocutores, pela via telefônica, sem o conhecimento do destinatário. Não haveria, portanto, a presença de um terceiro, estranho à relação comunicativa.

Para Ada Pellegrini Grinover<sup>48</sup>:

Aquele que grava as suas próprias conversas não é terceiro, com relação às mesmas, nem toma conhecimento de notícias que de outra forma desconheceria: limita-se a documentar fatos já conhecidos. A gravação de telefonemas próprios permanece, portanto, fora da disciplina das interceptações, embora possa configurar outra modalidade de violação da intimidade.

Na mesma linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça<sup>49</sup> assim decidiu:

Processual Penal. Denúncia. Embasamento em gravação telefônica feita por um dos interlocutores. Habeas corpus. Acerto de sua denegação, na origem, posto que não há tachar-se de ilícita a prova resultante de gravação telefônica feita por um dos interlocutores, se à mesma se juntam outros elementos de prova.

Entretanto, Alexandre de Moraes<sup>50</sup> define gravação clandestina como:

Aquela que se dá clandestinamente, isto é, quando a voz, a imagem ou a imagem e a voz, simultaneamente, são fixadas por aparelhos sem o conhecimento da pessoa que fala e cuja imagem aparece. São captações clandestinas geralmente realizadas por aparelhos ocultos ou disfarçados. A maioria dos autores denomina de gravações ilícitas aquelas que são realizadas às ocultas sem o conhecimento por parte daquele cuja voz ou imagem estejam sendo gravadas. Qualquer desses meios de se captar a voz ou a imagem, clandestinamente, bem como qualquer tipo de distorção de uma gravação, constitui-se em gravação ilícita, nesta última, mesmo que a gravação original tenha sido realizada com o conhecimento e

---

<sup>47</sup> Ob. Cit., p. 103

<sup>48</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1990, p. 250.

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 4.654. Relator(a): Min. José Dantas. Data Julgamento: 24/06/1996. Órgão Julgador: 5ª Turma. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 21 nov. 2010.

<sup>50</sup> MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas. p. 74.



expressa autorização da pessoa cuja ou imagem tenham sido captadas, qualquer espécie de corte ou outro tipo de distorção ou alteração caracterizam sua ilicitude.

Quanto à gravação clandestina, o Supremo Tribunal Federal<sup>51</sup> proferiu a seguinte decisão:

EMENTA, prova obtida por meios ilícitos: invocação do art. 5º. Inc. LVI, da Constituição: improcedência: precedentes inaplicáveis. 1. À espécie – gravação de conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, que os primeiros desconheciam – não se poderia opor o princípio do sigilo das comunicações telefônicas – base dos precedentes recordados, mas em tese, o direito ao silêncio (CF, art. 5º, inc. LVIII), corolário do princípio “nemo tenetur se detegere”, o qual entretanto, não aproveita a terceiros, objeto de delação da co-réus, acresce que, no caso, a luz da prova, a sentença concluiu que os indiciados estavam cientes da gravação e afastou a hipótese de coação psicológica. 2. prisão para apelar de réu condenado por tráfico de entorpecentes: lei 6.368/76, art. 35, e lei 8.072/90, art. 2º, par. 2º, interpretação conforme a Constituição: exigência de necessidade cautelar satisfeita na espécie. A prisão para apelar só se legitima quando se evidencia a sua necessidade cautelar, não cabendo inferi-la exclusivamente da gravidade em abstrato do delito imputado; e possível, contudo, extrair do contexto do fato concreto – que revela a existência de complexa organização criminosa de dimensões internacionais – base empírica para a afirmação do risco de fuga dos condenados, fundamento idôneo para a cautela da prisão provisória imposta.

Fica evidenciado, portanto, que existem basicamente quatro tipos de intromissão no sigilo das comunicações, ou seja, a interceptação telefônica em sentido estrito, a escuta telefônica, a interceptação ambiental e a gravação clandestina, sendo a primeira a captação da conversa por terceiro sem o conhecimento dos interlocutores, a segunda a captação da conversa por terceiro com o consentimento de um dos interlocutores, a terceira a captação da conversa por um terceiro que está no mesmo ambiente. Caso haja o consentimento de um dos interlocutores seria uma escuta ambiental e a última é a gravação da própria conversa pelo telefone ou usando um gravador por exemplo.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 69.818/SP – São Paulo. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Data Julgamento: 03/11/1992. Órgão Julgador: 1ª Turma. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 20 nov. 2010.

## 4. O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

### 4.1 Intimidade e Privacidade

O direito à intimidade e à privacidade encontram-se positivados na Constituição da República no art. 5º, inciso X, que diz: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”.

George Marmelstein<sup>52</sup>, afirma que:

A idéia básica que orienta a positivação desses valores é a de que nem o Estado nem a sociedade de modo geral devem se intrometer, indevidamente, na vida pessoal dos indivíduos. Inserem-se, nesse contexto, inúmeras prerrogativas de caráter individual-subjetivo, como o direito de buscar a paz de espírito e a tranqüilidade, o direito de ser deixado só (direito ao isolamento), o direito de não ser bisbilhotado, de não ter a vida íntima e familiar devassada, de não ter detalhes pessoais divulgados, nem de ter a imagem e o nome expostos contra a vontade da pessoa.

Segundo Alexandre de Moraes<sup>53</sup> os direitos à intimidade, à privacidade e à imagem, salvaguardam um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, servindo não só para pessoas físicas como também as jurídicas.

O ilustre constitucionalista<sup>54</sup> ainda diferencia a intimidade e a vida privada, afirmando que a primeira tem menor amplitude e se encontra no âmbito de incidência da segunda.

E conclui que:

Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo das pessoas, suas relações familiares e de amizade, enquanto a vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relacionamentos comerciais, de trabalho, de estudo, etc.

---

<sup>52</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 115.

<sup>53</sup> MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 48.

<sup>54</sup> Ob. Cit., p. 48

## 4.2 O Sigilo das Comunicações

O art. 5º, inciso XII, da CF/88, determina o seguinte<sup>55</sup>:

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

Do dispositivo em comento, observa-se que existem dois sigilos: o sigilo de dados e sigilo das comunicações, não se confundindo entre si, por possuírem âmbitos de proteção diferentes.

George Marmelstein<sup>56</sup> entende que: os dados são informações estáticas, unipessoais e protegidos não pelo inciso XII, mas sim pelo inciso X, que trata do direito à intimidade e privacidade, já as comunicações são informações dinâmicas, pluripessoais, e protegidas pelo inciso XII, do já citado art. 5º, da CF”.

O STF<sup>57</sup> já decidiu a esse respeito, quando afirmou que: “não há violação do inciso XII, art. 5º da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve quebra do sigilo da comunicação de dados (interceptação de dados), mas sim apreensão de base física, na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial. A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação de dados e não dos dados em si mesmos, ainda quando armazenados em computador”.

Ainda explica George Marmelstein<sup>58</sup> que essa distinção possui implicações práticas de extrema relevância, pois os dados por estarem sob o manto protetivo do inciso X, não gozam da mesma proteção dada pelo inciso XII, que prevê requisitos bem mais rigorosos para sua limitação. O sigilo das comunicações telefônicas só pode ser quebrado se for para fins de instrução processual penal ou investigação penal, enquanto o sigilo dos dados pode ser quebrado para fins não criminais. É o caso, por exemplo, de um juiz de uma vara de execução fiscal determinar a quebra do

---

<sup>55</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 15.

<sup>56</sup> Ob. Cit., p. 121.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 418416/SC – Santa Catarina. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Data Julgamento: 10/05/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 19 nov. 2010.

<sup>58</sup> Ob. Cit., p. 121/122.

sigilo fiscal ou bancário de um devedor, com o intuito de descobrir se ele tem bens passíveis de penhora para a satisfação de um crédito. Entretanto, esse mesmo juiz não pode autorizar uma interceptação telefônica, por ser incompetente para tal ato, que compete apenas a um juiz criminal.

Nessa mesma linha de pensamento o Supremo Tribunal Federal<sup>59</sup> assim decidiu:

EMENTA: Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal, ao Banco do Brasil S/A, sobre a concessão de empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano do governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto do art. 38 da Lei 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco de Brasil não é autoridade, para efeito do art. 8º da LC 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende a atividades ilícitas... 7. Mandado de segurança indeferido.

Corroborando com o entendimento dos autores acima, bem como do STF, as comunicações gozam de uma proteção bem mais forte que os dados, sendo mais difícil a quebra do seu sigilo.

### 4.3 A Relatividade dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição da República, conforme entendimento de Raimundo Amorim de Castro<sup>60</sup> :

Não são absolutos nem ilimitados, não o são na sua dimensão subjetiva, uma vez que as regras constitucionais não remetem para o arbítrio do detentor determinação do âmbito nem os aspectos satisfatórios do respectivo interesse. Isto pode afirmar que nem

---

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 21729/DF – Distrito Federal. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Data Julgamento: 05/10/1995. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 21 nov. 2010.

<sup>60</sup> Ob. Cit., p. 127.

mesmo no auge do individualismo liberalista, os direitos fundamentais eram absolutos, tendo em vista que os direitos de cada um tinham como limite a reciprocidade de assegurar os mesmo direitos aos demais.

Neste teor, Manuel da Costa Andrade<sup>61</sup> afirma que:

[...] assim, além dos limites “internos”, que resultam do conflito entre os valores que representam as diversas facetas da dignidade humana, os direitos fundamentais têm, também, limites “externos”, pois têm de conciliar as suas naturais exigências com as exigências próprias da vida em sociedade: a ordem pública, a ética ou moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional, etc.

Alexandre de Morais<sup>62</sup> afirma que os direitos fundamentais não podem ser utilizados como escudo de proteção à prática de atividades ilícitas, nem muito menos para afastar alguma responsabilidade civil ou penal. Portanto não sendo ilimitados, encontram em outros direitos também consagrados na Magna Carta seus limites. Caso esses direitos fossem ilimitados, seriam um total desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Esclarece ainda o ilustre autor<sup>63</sup> que:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

A esse respeito, sobre a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, o STF<sup>64</sup> já decidiu assim: “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de

---

<sup>61</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 213-214.

<sup>62</sup> <sup>58</sup> Ob. Cit., p.28

<sup>63</sup> Ob. Cit., p. 28

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23452/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Celso de Mello. Data Julgamento: 16/09/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 21 nov. 2010.

relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio da conveniência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

A Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu art. 29 afirma:

Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

E esclarece ainda o art. 30 que:

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

Lenio Luiz Streck<sup>65</sup> entende que:

[...] a teoria absoluta preconiza que o conteúdo essencial deve ser delimitado abstratamente, não podendo ser ultrapassados em

---

<sup>65</sup> STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 116.

hipótese alguma, nem mesmo quando a invasão possa ser justificada pela proteção de outros direitos fundamentais que têm a mesma hierarquia (Canotilho e Vieira de Andrade), a teoria denominada relativa, sustenta que o núcleo fundamental somente pode ser delineado de acordo com o exame do caso sob análise, através da ponderação dos direitos em jogo, que deve ser feita à luz do princípio da proporcionalidade.

Raimundo Amorim de Castro<sup>66</sup> afirma que:

Diante da crescente violência imposta pela exclusão social, corrupção estatal e pelas organizações criminosas do narcotráfico, em nosso país, concordamos com o posicionamento de relativismo dos direitos fundamentais, não só no campo doutrinário, mas também jurisprudencial de nossos órgãos jurisdicionais superiores.

E conclui o ilustre autor<sup>67</sup>:

Concordamos que a tese que mais se aproxima dos pressupostos da nova hermenêutica é, pois, a que relativiza o núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois, se a Constituição quiser preservar a força normativa de seus princípios, necessariamente, utilizar-se-á da ponderação.

#### 4.4 O Princípio da Proporcionalidade

É certo que os direitos fundamentais gozam de status constitucional. Entretanto, já se entende que tal patamar hierárquico pode sofrer limitação por lei infraconstitucional.

Com efeito, há direitos fundamentais cuja essência já prevê limitação em seu conteúdo. É o que George Marmelstein<sup>68</sup> explica como direito fundamental com reserva legal, no qual a limitação é expressamente autorizada pela Constituição. Exemplo disso é mostrado no art. 5º, XIII da Carta Magna, in verbis:

“Art. 5º (...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”;  
(grifei).

---

<sup>66</sup> Ob. Cit., p. 131.

<sup>67</sup> Ob. Cit., p. 132.

<sup>68</sup> Ob. Cit., p. 373.

Ainda explica ilustre autor<sup>69</sup> que: “nesse caso, a própria Constituição previu expressamente a possibilidade de a lei restringir o direito de liberdade profissional. Assim, é perfeitamente válida, por exemplo, uma lei que determine que apenas as pessoas que freqüentaram a faculdade de medicina possam exercer a profissão de médico.

E conclui<sup>70</sup> que:

A diferença básica entre um direito fundamental com reserva legal (ou seja, cuja limitação é expressamente autorizada pela Constituição) e um direito fundamental sem reserva legal (ou seja, que não há previsão para uma regulamentação legal) é que a lei que limita um direito fundamental com reserva legal, para ser válida, não precisa passar por um teste tão rigoroso. Já os direitos fundamentais sem reserva legal precisam de justificativa muito mais forte para serem restringidos.

Marcelo Alexandrino<sup>71</sup> esclarece que:

Ao se analisar uma lei restritiva de direitos, deve-se ter em vista o fim a que ela se destina, os meios adequados e necessários para atingi-lo e o grau de promoção e limitação que ela acarretará aos princípios constitucionais que estejam envolvidos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Se os meios por ventura não forem adequados ao fim colimado, ou o necessário, ou ainda se as desvantagens da adoção da medida (restrição a princípios constitucionais) suplementarem as vantagens (realização ou promoção de outros princípios constitucionais), deve a lei ser inválida por ofensa à Constituição, especificamente, por violação ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

Virgílio Afonso da Silva<sup>72</sup> leciona que:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, em uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida

---

<sup>69</sup> Ob. Cit., p. 373.

<sup>70</sup> Ob. Cit., p. 374.

<sup>71</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 163.

<sup>72</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.



pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade.

Luiz Francisco Torquato Avólio<sup>73</sup> apresenta a primeira decisão da Corte Constitucional alemã, proferida em 16/03/1971, a qual afirmava que:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal<sup>74</sup> já se posicionou a respeito decidindo da seguinte forma:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI DISTRITAL QUE DISPÕES SOBRE A EMISSÃO DE CERTIFICADOS DE CONCLUSÃO DE CURSO E QUE AUTORIZA O FORNECIMENTO DE HISTÓRICO ESCOLAR PARA ALUNOS DA 3ª SÉRIE DO ENCINO MÉDIO QUE COMPROVAREM APROVAÇÃO EM VESTIBULAR PARA INGRESSO EM CURSO DE NÍVEL SUPERIOR – LEI DISTRITAL QUE USURPA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA OUTORGADA À UNIÃO FEDERAL PELA

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DAS

LACUNAS PREENCHÍVEIS – NORMA DESTITUIDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – ATIVIDADE LEGISLATIVA EXERCIDA COM DESVIO DE PODER – PLAUSIVIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR COM EFICÁCIA “EX TUNC”. As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade, que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do poder público, devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due of process Law”. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões

---

<sup>73</sup> Ob. Cit., p. 61.

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.667/DF – Distrito Federal. Relator(a): Min. Celso de Mello. Data Julgamento: 17/10/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 21 nov. 2010.

mínimos de razoabilidade. A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação de excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

Em outra decisão o Supremo Tribunal Federal<sup>75</sup> assim sentenciou:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENÇA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A liberdade de reunião de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas. 2. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung). 3. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucional do Decreto distrital 20.098/99.

Em relação à ponderação de valores, Suzana Toledo Barros<sup>76</sup> leciona que:

Um juízo de constitucionalidade sobre uma medida restritiva de direito, requerida ante um conflito estabelecido, seria variável conforme o peso atribuído a cada valor em jogo. O juiz manipularia a ponderação segundo sua livre convicção. Estaria aberto o campo para o subjetivismo e decisionismo judiciais. A partir dessa crítica, muitos concluíram que só seria legítima uma ponderação de valores quando levada a efeito pelo legislador, porque, afinal, ele é poder democrático que sintetiza o pluralismo político, tendo a Constituição lhe atribuído a responsabilidade de concretização dos conteúdos de liberdade a uma lei, ou restringir-lhe o sentido por via de uma interpretação conforme a Constituição, se a ponderação expressa nessa lei confrontasse com a vontade do constituinte, no caso em que ele deixou claro um maior peso a determinado bem. Esse raciocínio não interessa a uma teoria sobre direitos fundamentais que se preocupa justamente em lhes atribuir efeito vinculante geral, evitando a sua manipulação por qualquer poder político... Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles.

---

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.969/DF – Distrito Federal. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Data Julgamento: 28/06/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 22 nov. 2010.

<sup>76</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, DF, 1996, pp. 168-169

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça<sup>77</sup> conclui da seguinte forma:

Portanto, o princípio da proporcionalidade, especialmente no que toca à necessidade, à adequação e à ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito, deve ser adotado no ordenamento jurídico brasileiro como forma de atenuar a aplicação absoluta da inadmissibilidade das provas ilícitas, e, principalmente, no que se refere às interceptações telefônicas lato sensu, onde tal princípio encontra a sua maior expressão, amenizando, desta forma, as injustiças realizadas no caso concreto, diante da aplicação cega e literal da lei.

Portanto, percebe-se pelo exposto acima que quando há um conflito entre direitos fundamentais, faz-se necessário tentar, a priori, uma conciliação dos interesses em jogo naquele determinado caso concreto. Não havendo uma resolução do caso, faz-se uso do princípio da proporcionalidade por meio de um sopesamento dos valores para uma completa solução do caso.

#### **4.5 O Sigilo das Comunicações e as Interceptações Telefônicas**

Antes da Constituição de 1988 o sigilo das comunicações era assegurado sem qualquer restrição. Entretanto vigorava, nessa época, o Código Brasileiro das Telecomunicações, Lei 4.117/62 e seu artigo 57 dispunha o seguinte:

Art 57. Não constitui violação de telecomunicação:

I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - O conhecimento dado:

a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;

b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;

c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;

d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários;

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública.

---

<sup>77</sup> Ob. Cit., pp. 147-148.

Vicente Greco Filho<sup>78</sup> afirma que:

Este texto era questionado em face da Constituição então vigente, eis que esta garantia o sigilo das telecomunicações sem qualquer ressalva, de modo que a possibilidade de requisição judicial não teria guarida constitucional. Não era esse, contudo, o entendimento de algumas decisões judiciais e posições doutrinárias que sustentavam a compatibilidade do art. 57 do Código Brasileiro das Telecomunicações com a garantia constitucional, considerando-se que nenhuma norma constitucional institui direito absoluto devendo ser compatibilizada com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Carta Magna não significava a absoluta proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves.

Com a promulgação em 05 de outubro de 1988 da nossa atual Constituição<sup>79</sup>, o legislador positivou o sigilo das comunicações no inciso XII do art. 5º, que diz:

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.

Logo surgiu uma polêmica, se o art. 57 do Código Brasileiro das Telecomunicações havia sido recepcionado pela atual Constituição, em face de uma lei regulamentadora.

O Supremo Tribunal Federal<sup>80</sup> decidiu a questão da seguinte forma:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE

---

<sup>78</sup> GRECO, Vicente Filho. **Interceptação Telefônica, Considerações sobre a Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

<sup>79</sup> Ob. Cit., p. 15

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.351/SP – São Paulo. Relator(a): Min. Ilmar Galvão. Data Julgamento: 09/05/1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 23 nov. 2010.

LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII da Constituição, não pode o juiz autorizar a interceptação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta<sup>75</sup>.

Portanto, prevaleceu o entendimento de que a Constituição de 1988 não recepcionou o art. 57 do Código Brasileiro das Telecomunicações

O ponto mais polêmico encontra-se no inciso XII, art. 5º da Constituição a respeito da interpretação a ser dada à expressão intercalada “no último caso”, em relação a sua extensão.

Para Vicente Greco Filho<sup>81</sup>, só existem duas interpretações possíveis: a de que a expressão acima mencionada se aplica apenas às comunicações telefônicas e outra mais abrangente incluindo além das comunicações telefônicas, e também as comunicações de dados e telegráficas.

Leciona o ilustre autor:

A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que o texto constitucional prevê somente duas situações de sigilo: o da correspondência, de um lado, e o dos demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia), de outro. Assim, a possibilidade de quebra do sigilo referir-se-ia à segunda situação, de modo que “último caso” corresponderia aos três últimos instrumentos de transmissão de informações. A segunda hipótese interpretativa parte da idéia de que o sigilo abrange quatro situações: a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas, e, assim, a expressão “último caso” admitiria a interceptação apenas para as comunicações telefônicas.

E continua o autor<sup>82</sup>:

Consigne-se que, em qualquer das interpretações, fica sempre excluída a interceptação de correspondência, considerando-se que, quanto a esta, tendo em vista a absoluta impossibilidade de se compreender o sigilo da correspondência como “último caso”, a garantia é plena e incondicionada.

---

<sup>81</sup> Ob. Cit., pp. 14-15.

<sup>82</sup> Ob. Cit., pp. 15-16.

A situação fica ainda mais polêmica quando o STF<sup>83</sup> entende não haver, no ordenamento jurídico pátrio, direitos fundamentais absolutos, decidindo da seguinte forma:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio da conveniência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

Em relação à impossibilidade de quebra do sigilo da correspondência, já decidiu o Pretório Excelso que, mesmo sem ordem judicial, pode o diretor de um presídio violar o sigilo da correspondência do preso, para impedir a prática de crimes, conforme a Lei de Execuções Penais, que autoriza a devassa na correspondência do preso.

Confira o art. 41 da Lei 7.210/84:

Art. 41 - Constituem direitos do preso: [...] XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Seguindo a mesma lógica o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que não configurava ser uma prova obtida por meio ilícito nem violação ao sigilo epistolar, a abertura de correspondência contendo produtos de uso ou entrega proibidos, ou seja, aqueles relacionados na lista C5 da Resolução nº. 228 da ANVISA, que se sujeita ao controle da Receita Federal, pois essas encomendas podem ser abertas de ofício pela fiscalização aduaneira (art. 52, I, do Dec. 16789/96). É o caso, por exemplo, da metadienona.

No entendimento de George Marmelstein<sup>84</sup>:

---

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.542/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Celso de Mello. Data Julgamento: 16/09/99. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 22 nov. 2010.

<sup>84</sup> Ob. Cit., p. 389.

Há basicamente, quatro interpretações: (a) uma restritiva, que defende que a expressão *no último caso* somente se refere às comunicações telefônicas, sendo absoluta a proteção constitucional nas demais hipóteses; (b) uma intermediária, que sustenta que a expressão *no último caso* se refere tanto às comunicações telefônicas quanto às comunicações de dados, não sendo possível a quebra do sigilo das demais modalidades de comunicação; (c) uma mais abrangente, que defende que a expressão *no último caso* significa “em situações excepcionais”, autorizando, portanto, a limitação de qualquer tipo de comunicação, desde que em hipóteses extremamente necessárias e sempre com ordem judicial para fins exclusivamente penais; (d) uma teleológica, para entender que o constituinte pretendeu, na verdade, dar proteção maior às comunicações mais íntimas, como as realizadas via telefone, as ambientais/presenciais e as que utilizam a transmissão digital da imagem e/ou voz, por exemplo, estabelecendo critérios bem mais rígidos pra a sua quebra do que nas demais hipóteses.

E conclui o ilustre autor que o melhor entendimento é a interpretação teleológica, apesar de se chocar, aparentemente, com a literalidade do dispositivo constitucional, a comunicação interpessoal de viva voz é a mais importante por que envolve um grau maior de intimidade entre as pessoas. Ora falar ao telefone é um ato muito mais íntimo do que mandar um telegrama, por exemplo. Portanto não se justifica proibir uma comunicação via telégrafo e permitir uma interceptação telefônica. Logo a melhor interpretação do art. 5º, inc. XII, da CF/88 parecer ser a de que a regra geral é a inviolabilidade das comunicações. A exceção, em situações especiais, é a limitação da garantia das comunicações escritas, ou seja, as cartas, telégrafos, e-mails, telegramas, entre outros, inclusive sem ordem judicial, mas tudo respeitando o princípio da proporcionalidade e a exceção da exceção seria as comunicações de viva voz, como a telefônica, pela internet, que o sigilo é mais forte, sendo rompido apenas com ordem judicial e para fins criminais.

Para Paulo Rangel<sup>85</sup>: “o dispositivo constitucional está dividido em dois grupos. O primeiro deles referente ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e o segundo referente aos dados e às comunicações telefônicas. Sendo assim, a expressão “último caso” englobaria dados e comunicações telefônicas”.

---

<sup>85</sup> RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei nº. 9.296/96** – Interceptações telefônicas, Revista Forense, v. 344, out/dez 1998, p. 217-218.

Na mesma linha de pensamento aduz Carlos Mário da Silva Velloso<sup>86</sup>,: “as comunicações telefônicas não significam, apenas, as conversas havidas por telefone, mas tudo o que com elas, comunicações telefônicas, se relacionem”.

Em sentido contrário, Roberto Delmanto<sup>87</sup> entende que “a exceção constitucional que restringe direitos fundamentais deve ser interpretada restritivamente, abrangendo somente o sigilo das comunicações telefônicas”.

De qualquer modo, diante da indefinição doutrinária a respeito do art. 5º, inc. XII, conclui-se que: somente é possível a interceptação telefônica se for autorizada judicialmente em decisão fundamentada, e sempre para fins criminais, bem como preenchendo os seguintes requisitos, conforme o art. 2º, incisos I, II e III, da Lei nº. 9.296/96, que reza:

**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.

---

<sup>86</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 24, out-dez de 1998, ed. Revista dos Tribunais, p. 133/134.

<sup>87</sup> DELMANTO, Roberto. **A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº. 47, out. 1996, p. 07-08.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho realizado tece considerações acerca da possibilidade de limitação dos direitos da personalidade, mais especificamente o direito à intimidade e à privacidade, em face da defesa da sociedade contra a criminalidade.

O ponto crítico da questão é o entendimento a ser dado ao art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, mais especificamente a expressão intercalada “no último caso”, que parece mais complicar o inciso a dar-lhe melhor explicação.

Apesar de não haver consenso na doutrina e jurisprudência acerca do entendimento a ser dado ao mencionado inciso, os doutrinadores, bem como os Tribunais entendem e interpretam o assunto de uma forma meramente gramatical, o que não demonstra ser o entendimento mais razoável da questão, já que com um entendimento teleológico se poderia abstrair interpretações mais adequadas à realidade social.

O fato dos direitos fundamentais serem limitadores do poder estatal contra os abusos dos governantes, torna-os essenciais para a vida em harmonia num estado democrático de direito. Entretanto, da mesma forma que os cidadãos devem ser protegidos contra os abusos estatais, deve-se, também, resguardá-los dos abusos de direito dos próprios cidadãos; daqueles que se escondem atrás dos direitos da intimidade e privacidade para encobrirem práticas delituosas que os condenariam, de fato, mas o absolveriam de direito, por falta de provas lícitas. É o caso, por exemplo, do ex-presidente Fernando Collor, que poderia ser condenado por diversos crimes, além dos que foi, mas terminou absolvido por alegar que as provas foram obtidas por meios ilícitos.

Nos dias atuais, possivelmente o ex-presidente seria condenado, pelo fato de haver uma nova, mas pequena, corrente doutrinária que dá valoração e aceitabilidade às provas lícitas em sua essência, mas ilícitas em seu modo de obtenção. É o caso, pois, de um indivíduo, que para provar a sua inocência da acusação de um crime de homicídio, tem que invadir um domicílio e, lá estando, subtrair uma prova documental que demonstre a sua inocência. Dessa forma, entende-se que, neste caso, o melhor seria inocentá-lo da acusação de homicídio, mas puni-lo pelo crime de invasão de domicílio.

Mostra esse caso, claramente, que há um conflito de direitos fundamentais de igual valor, pois de um lado está a intimidade e privacidade, do outro a proteção da liberdade de um indivíduo, o direito à ampla defesa e proteção da sociedade contra a criminalidade. Para solucionar esse conflito somente uma análise profunda do caso concreto, bem como utilização do princípio da proporcionalidade, da técnica da ponderação e da relatividade dos direitos fundamentais, que se chegaria a uma solução.

Por fim, analisando a interpretação dada pela maioria da doutrina e jurisprudência a expressão intercalada “no último caso”, do art. 5º, inciso XII, da Carta Magna, acredita-se que não retrata a realidade atual. Conforme dito acima, como se entende ter garantia absoluta, as formas de comunicação escritas, as quais contêm um grau de intimidade muito menor que as comunicações telefônicas de viva-voz, as quais não gozam desse status. Logo, o entendimento mais razoável seria retirar da esfera de atuação do inciso XII, que tem um grau de proteção maior, as comunicações escritas, como cartas, telegramas, e-mails, para colocá-las no âmbito de proteção do inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal. Deixando no inciso XII, do art. 5º, da Constituição, apenas as comunicações de viva-voz, como as telefônicas, conversas ambientais, conversas pela internet, que pelo grau de intimidade mais elevado, deveriam gozar dessa maior proteção, bem como sua utilização ser apenas para fins penais, processuais penais e investigativos, não havendo essa necessidade para os demais tipos de comunicação.

## 6 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 1999.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo: RT, 1995.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, DF, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Processo Penal em Face da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CASTRO, Raimundo Amorim. **Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução: Paolo Capitânio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DELMANTO, Roberto. **A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 47, out. 1996.

FEITOSA, Denílson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Justiça Penal: Críticas e Sugestões, Provas Ilícitas e Reforma Pontual**. PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Vicente Filho. **Interceptação Telefônica, Considerações sobre a Lei nº. 8.296, de 24 de julho de 1996**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1976.

\_\_\_\_\_. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. FERNANDES, Antônio Scarance e Gomes Filho, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – Parte Geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MALATESTA, Nicola Framariano Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução: Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas. Millenium, 2000.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei nº. 9.296/96 – Interceptações telefônicas**, Revista Forense, v. 344, out/dez 1998.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Bahia: Podivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.