

# O uso da interceptação telefônica na esfera extrapenal e a efetivação da justiça

*Yasa Rochelle Santos de Araujo<sup>1</sup>*

*Renato Bregoli Dondoni<sup>2</sup>*

RESUMO: A interceptação telefônica é meio de prova de uso constitucionalmente autorizado e cuja utilização restringe-se às hipóteses de investigação criminal ou processual penal, eis que envolve violação à intimidade, princípio este considerado de inquestionável importância na promoção e defesa da dignidade humana. No entanto, recentemente, em decisão inovadora, o Superior Tribunal de Justiça permitiu a possibilidade de utilização deste meio de prova no âmbito do processo civil, ampliando seu âmbito de atuação, com o escopo de proteger bens jurídicos reputados como essenciais. A decisão que, em tese afronta texto constitucional expresso inspira uma discussão a respeito dos princípios fundamentais, do real papel do processo e da defesa dos princípios fundamentais quando em veemente conflito.

PALAVRAS-CHAVE: prova; processo; efetividade; justiça.

---

1 Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil e Prática Processual Civil da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel – UNIVEL. Cascavel, Paraná, Brasil.

2 Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel – UNIVEL.

## Introdução

Em uma sociedade que se apresenta cada vez mais complexa e cujos conflitos interpessoais apresentam-se tão numerosos, parece redundante falar da importância do Estado – juiz como o responsável pela aplicação da lei e de suas respectivas sanções quando diante da ruptura da harmonização social.

O papel do processo nesse sentido é de importância ímpar e representa nada mais do que a concretização do acesso à justiça, princípio esse que, sem dúvida serve de base ao Estado de Direito e figura-se como expressão máxima da defesa da dignidade da pessoa humana.

A prova, nesse diapasão, é a forma como as partes envolvidas em um litígio conseguem explicar a violação do seu direito, demonstrando por meio de diversos mecanismos a verdade que norteará o juiz na aplicação do direito.

Para o direito processual moderno, os mecanismos de prova têm sofrido grande influência do desenvolvimento tecnológico, trazendo possibilidades infinitas de conhecimento e aprofundamento dos elementos que compõem os fatos levados à elucidação do magistrado.

O que se nota é que a verdade real, como princípio basilar do processo, nunca encontrou tantos meios de realização, sendo praticamente inaceitável a condenação do réu, quer na esfera penal, quer na cível ou em qualquer outra, sem que se tenha absoluta certeza acerca de sua responsabilidade.

Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover:

A ideia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais. Nas palavras lapidares de Kásuo Watanabe, não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim deviabilizar o acesso à ordem jurídica justa. E, segundo o mesmo autor, são dados elementares desse direito: o direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócia econômica do país; o direito de acesso à uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; o direito a pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção

dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características (GRINOVER, 1998, p. 115).

A interceptação telefônica é meio de prova cuja utilização tem se mostrado extremamente útil no combate à criminalidade, uma vez que é a partir das conversas particulares entre os infratores da lei que detalhes a respeito da prática criminosa se tornam acessíveis às autoridades responsáveis pela sua repressão.

Consiste, em linhas gerais, na visão de Streck:

na captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Considera-se lícita a interpretação, desde que realizada dentro dos parâmetros do ordenamento jurídico. O seu resultado, que é uma operação técnica, é fonte de prova. Através do meio de prova, (a gravação e sua transcrição) será introduzida no processo. (STRECK, 1997, p. 43).

No entanto, a restrição de seu uso às esferas penal e processual penal enunciada pela Lei nº 9.296/96 vem sendo questionada pelos estudiosos a respeito do tema, sobretudo após a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que admitiu seu uso na esfera extrapenal, no Habeas Corpus nº 203.405 – MS, em casos de extrema excepcionalidade.

A decisão do STJ, que num primeiro momento afronta cabalmente dispositivo expresso da mencionada Lei n.º 9.296/96 e da Constituição Federal de 1988, teve por escopo permitir que em processo diverso do âmbito criminal, fosse possível proteger bem jurídico relevante, mediante o uso da interceptação telefônica.

Inovadora e polêmica, a posição do órgão traz reflexões importantes e atuais a respeito do papel da prova e do processo como instrumentos essenciais à construção do acesso à justiça.

Por sua vez, levanta a discussão a respeito de como e quando a invasão da intimidade, inevitável quando da utilização da interceptação telefônica, pode ser minimizada para atender a interesses outros, condizentes com a busca pela verdade real e a justiça nos processos de qualquer natureza.

## A interceptação telefônica e sua previsibilidade legal

A interceptação telefônica é meio de prova admitido no Brasil e previsto inclusive pela Constituição da República de 1988, a qual, em seu artigo 5º XII prevê a inviolabilidade do sigilo das correspondências, de dados, das comunicações telegráficas e telefônicas fazendo-se ressalva apenas para os casos em que esta for autorizada pelo juiz para investigação criminal.

Por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, a interceptação precisava de norma regulamentadora capaz de viabilizar sua aplicabilidade, razão que motivou a criação da Lei n.º 9.296/96, que se ocupou de delimitar os contornos precisos de tal mecanismo de prova, eis que ele já se apresentava, segundo o próprio texto constitucional, como uma exceção à proibição expressa ao princípio da intimidade, protegido a título constitucional por ser entendido como um dos princípios mais importantes da nossa ordem jurídica.

Segundo a legislação mencionada, portanto, a aplicação da interceptação telefônica somente poderá ser permitida para a apuração de crimes os quais não possam ser investigados por outros meios de prova e ainda, quando o fato investigado não se tratar de delito punível com pena de detenção, no máximo. A não observância desses requisitos pode transformar a utilização da interceptação em prova obtida por meio ilícito, o que inviabilizaria sua utilização no processo (LENZA, 2010).

Assim aduz Aranha:

“O primeiro requisito exigível para o cabimento da medida excepcional é a existência de “indícios razoáveis de autoria ou de participação na infração penal”. Note-se que o legislador exigiu a existência de “indícios razoáveis”, que não se confundem com “indícios suficientes” ou com a “razoável suspeita”. No entender dos léxicos, “razão” significa “ponderação, bom senso, raciocínio lógico, prudência” temos que não se exigem para a concessão “indícios suficientes”, da mesma forma que não são suficientes” meras suspeitas”; deve a autoridade concedente avaliar e ponderar com prudência as alegações apresentadas pela autoridade requerente para o deferimento do pedido. (ARANHA, 2006, p. 287).

Ainda de acordo com as lições de Vicente Greco Filho (2005, p. 45) a interceptação “é de natureza cautelar, sendo sua finalidade a produção de prova processual penal, e os requisitos para sua autorização constituem os seus pressupostos específicos, que se enquadram nos conceitos genéricos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*”.

A utilização restrita da interceptação telefônica como meio de prova encontra, em nosso sistema legislativo algumas justificativas plausíveis se contemplarmos o Estado de Direito como aquele em que os cidadãos detêm mecanismos eficientes de se defenderem contra todo e qualquer tipo de violação à sua dignidade.

Isso porque a interceptação pressupõe ferimento expresso do princípio constitucional da intimidade, defendido como direito fundamental pelo artigo 5º X.

Ademais, observa-se que um dos princípios que rege o processo penal brasileiro é o da presunção de inocência, princípio esse presente, inclusive, na Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, a qual, em seu artigo XI assevera que “todo ser humano acusado de ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”.

Ora, a admissão em caráter excepcional da interceptação telefônica é plausível porque a sua utilização importará em inevitável violação da intimidade de pessoa que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, será vista como inocente perante a sociedade.

Imperioso destacar que a intimidade das telecomunicações e correspondências só pode ser rompida em nosso sistema constitucional nos chamados estados de exceção previstos pelos artigos art. 136 §1º, I, “c” e 139, III todos da Carta Magna, situações estas consideradas extremas.

Portanto, se antes do trânsito em julgado da sentença criminal não há que se falar em culpa, não existe, dentro da óptica processual e constitucional brasileira como se sustentar uma investigação criminal que a qualquer título viola a intimidade de pessoa que, num primeiro momento, é cidadão comum e precisa ter seus direitos fundamentais resguardados.

A ideia de uma utilização mais restrita da interceptação telefônica visa, portanto, proteger a presunção de inocência e a dignidade humana como princípios informadores do processo e como direitos constitucionais fundamentais e basilares para o Estado de Direito brasileiro.

Mais do que isso, visa resguardar a intimidade do cidadão como um dos corolários à manutenção do Estado de Direito, eis que qualquer violação atentatória a esse direito acaba por gerar abusos e prejuízos difíceis de mensurar, razão pela qual sua relativização precisa estar adstrita a situação de real e imperiosa necessidade.

### **A importância da interceptação telefônica como meio de prova**

Ao recorrer ao Estado Juiz diante de um conflito de interesses ou supressão de direito o cidadão busca que ele, mediante a aplicação das leis e dos preceitos de justiça, encontre uma solução capaz de reestabelecer a harmonia social ali obstruída. Para fazê-lo e ter chance de ver satisfeita a sua pretensão, todavia, é imprescindível que se utilize dos meios eficazes de comprovação do seu direito e das suas alegações.

A esses elementos que servirão de base para a demonstração do direito de cada uma das partes envolvidas em um processo é que a doutrina atribui o nome de prova.

Segundo Candido Rangel Dinamarco (2003, p. 43), a prova é “um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”.

Nesse mesmo sentido são as lições de Plácido e Silva (1998, p. 296), que a prova seria “no sentido jurídico, a denominação, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se concluiu por sua existência do fato ou do ato demonstrado”.

O objetivo da prova é, portanto, trazer aos autos a verdade real, tão

quanto possível, de modo que o magistrado tenha condições de aplicar as leis do modo mais justo e condizente possível com a defesa dos direitos fundamentais das partes.

Esse é igualmente o entendimento de Nicola Framarino Dei Malatesta (1995, p. 21), para quem a prova pode ser tomada como “a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza”.

A interceptação telefônica, nesse sentido, responde perfeitamente àquilo que se espera de um meio de prova, pois se utiliza da tecnologia para trazer ao processo evidências que auxiliarão o juiz na averiguação dos fatos e na aplicação do direito.

Em determinados momentos, é o único mecanismo de prova hábil a revelar denúncias de atividades criminosas e que põe em risco toda a coletividade. Assim revele-se o julgado abaixo, senão vejamos:

HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. (HC 72588, Relator (a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1996)<sup>3</sup>.

Nesse mesmo sentido, outra decisão judicial:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ÚNICO MEIO DE PROVA VIÁVEL. PRÉVIA INVESTIGAÇÃO. DESNECESSIDADE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO NO CRIME SURTIDOS DURANTE O PERÍODO DE MONITORAMENTO. PRESCINDIBILIDADE DE DEGRAVAÇÃO DE TODAS AS CONVERSAS. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

---

3 <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 25 de março de 2012

1. Na espécie, a interceptação telefônica era o único meio viável à investigação dos crimes levados ao conhecimento da Polícia Federal, mormente se se levar em conta que as negociações das vantagens indevidas solicitadas pelo investigado se davam eminentemente por telefone.
2. É lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso. Precedentes.
3. O monitoramento do terminal telefônico da paciente se deu no contexto de gravações telefônicas autorizadas judicialmente, em que houve menção de pagamento de determinada porcentagem a ela, o que consiste em indício de sua participação na empreitada criminosa.
4. O Estado não deve quedar-se inerte ao ter conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada.
5. É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois basta que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal. Precedentes.
6. Writ denegado<sup>4</sup>.

Diante do que foi demonstrado não há que se questionar o valor que a interceptação telefônica guarda como mecanismo de repressão de crimes e aferição da verdade real dentro do processo.

A nova discussão que motivou o presente trabalho é a utilização do referido mecanismo de prova na esfera extrapenal, a qual foi excepcionalmente admitida pelo Superior Tribunal de Justiça e que vem suscitando discussões a respeito do seu uso estar adstrito à esfera penal, quando poderia também ser admitido em outros ramos do processo, quando útil ao deslinde dos fatos e à promoção da justiça.

---

4 Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 25 de março de 2012.



## A utilização da interceptação telefônica na seara extrapenal

### Análise da decisão do Habeas Corpus nº 203.405 – MS

Toda a discussão que motivou o presente artigo teve origem a partir do Habeas Corpus nº 203.405 – MS, proferido pela Terceira Turma do STJ, e publicado no Diário de Justiça do Estado em 07 de novembro de 2011, sob a relatoria do Ministro Sidnei Beneti.

Todo o imbróglgio que envolve a permissividade da utilização da interceptação telefônica na seara extrapenal surgiu quando uma empresa telefônica recusou-se em cumprir com determinação judicial de quebra de sigilo, requisitada pela autoridade judicial da 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, a qual visava, na ocasião, descobrir o paradeiro de uma criança que se encontrava desaparecida.

No caso aqui relatado, a opção pela interceptação telefônica foi trazida pelo juiz, quando não havia outro meio de prova que se mostrasse hábil a demonstrar o destino da criança, a qual se suspeitava ser vítima de rapto pelo próprio genitor, eis que por diversas vezes foram enviadas cartas precatórias para que se realizassem a busca e apreensão do menor, sem que, contudo, houvesse êxito.

Pautado no ímpeto de resguardar os direitos do menor é que o juiz optou pela referida diligência, e, corroborando com seu pensamento, assim assinalou o Desembargador Romero Osme Dias Lopes:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA. VARA DE FAMÍLIA. TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO DE GENITOR QUE RAPTOU O PRÓPRIO FILHO. RECUSA NO CUMPRIMENTO DE ORDEM EMANADA DE VARA CÍVEL. ALEGAÇÃO DE QUE A MEDIDA É VEDADA NA SEARA EXTRAPENAL. AFASTADA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. COMETIMENTO DE DELITO A SER AVERIGUADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E VINCULADA. PRAZO PARA AS ESCUTAS. READEQUAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI 9.296/96. ORDEM DENEGADA. LIMINAR CASSADA. 1. Conforme cediço e exposto na Lei nº 9.296/96, a realização da interceptação telefônica é vedada na seara extrapenal. Entretanto, tal princípio não é absoluto.

No âmbito cível e em situação extremamente excepcional, é admitido este artifício quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, mormente quando há possibilidade de se averiguar o possível cometimento do delito disposto no art. 237 do ECA.<sup>5</sup>

Na situação aqui em comento, o Superior Tribunal de Justiça adotou uma posição que, num primeiro momento mostrou-se polêmica, eis que para os doutrinadores mais positivistas, houve violação não apenas de lei expressa, mas do próprio texto constitucional, já que a aplicabilidade em esfera cível, deste tipo de prova, não encontra qualquer respaldo.

Entretanto, a justificativa utilizada pelos Ministros Relatores do Habeas Corpus nº 203.405 – MS foi, no sentido de que a defesa de bens jurídicos relevantes e dos direitos fundamentais requer, vez ou outra, relativização de certos princípios, e, mais do que isso, interpretação diferenciada do texto legal.

Sabe-se que a defesa da intimidade pelo ordenamento jurídico pátrio toma por base a própria origem do Estado de Direito, e evita que o Estado, abusando dos poderes que lhe são inerentes, invada setores da vida do cidadão, os quais dizem respeito a aspectos pessoais e que não podem ser objeto de qualquer investigação sob pena de se colocar em questão a sua dignidade.

Em relação à proteção do direito da intimidade, até mesmo a influência dos tratados internacionais de direitos humanos são utilizados como mecanismos de combate a sua violação. Importante citar, inclusive, o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, e o qual eleva o valor da vida privada e familiar, do domicílio e das correspondências, disciplinando sua proteção, em seu artigo 11, do qual se extrai que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência,

---

5 Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 20 de março de 2012.

nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

Não se está a questionar na decisão do Superior Tribunal de Justiça em comento o valor da intimidade em nosso sistema jurídico. A Constituição brasileira mantém intacta e inviolável a proteção a esse direito e não vem, a partir desse julgado, permitir a relativização desse princípio a qualquer preço, mas demonstrar que uma aplicação do direito que vise à promoção da justiça precisa privilegiar a convivência harmônica dos princípios e direitos fundamentais existentes.

Nos dizeres de Konrad Hesse:

O objetivo da interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente correto através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão. (Hesse, 2009, p. 103).

Privilegiar demasiadamente a intimidade pode resultar em sacrifícios de direitos tão ou mais importantes que esse razão pela qual a ponderação de direitos e princípios torna-se imperativa na atualidade.

Logo, ao que parece, para que se possa aplicar os preceitos constitucionais de forma razoável é imperioso que, vez ou outra, a aplicabilidade de dado princípio precise reduzir a área de atuação de outro.

Nos dizeres de Alexy (2008, p. 280 e 281): “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental, partindo-se do pressuposto de que tais direitos assim o são, possuem certa margem excedente sobre a qual poderá recair a referida limitação”.

Nesse mesmo sentido, as palavras de Romero Osme Dias Lopes, no voto por ele proferido no HC nº 203-405-MS:

Se, de um lado prevalece o direito à intimidade daqueles que terão seus sigilos quebrados, de outro há a necessidade de se resguardar, com extrema urgência, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade,

ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária do menor.<sup>6</sup>

A permissão da utilização da interceptação telefônica, nesse sentido, responderá a um imperativo lógico, do novo sistema processual, o qual se desapegando do formalismo exagerado e do positivismo arraigado, busca a justiça como sua meta máxima na aplicação dos preceitos constitucionais.

### **A utilidade do processo e da prova na pacificação com justiça**

A decisão do Superior Tribunal de Justiça em comento no presente trabalho fomenta a reflexão a respeito não apenas da possibilidade de utilização da interceptação telefônica fora do âmbito exclusivamente penal, mas põe em questão a importância da prova para o deslinde dos fatos que levam a decisões justas em um processo.

Ora, se o acesso à justiça é princípio constitucional expresso na Carta Magna de 1988, e se servem de sustentáculo ao Estado de Direito brasileiro, princípios outros como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, não há que se admitir que, num processo judicial, a ausência de uma coerente elucidação dos fatos venha a pôr em questão o papel do juiz no deslinde dos crimes e na aplicação da lei de forma justa.

Nos dizeres de Ovídio Batista:

A verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o “pronunciamento” da sentença que compõe o litígio que não passa de uma atividade - meio, apenas instrumental, senão que corresponde à realização do direito material que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto - realização. O que ocorre, no entanto, é que o Estado, para poder realizar o direito material, terá necessariamente de averiguar, antes, a existência do direito cuja titularidade seja porventura afirmada

---

6 Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 20 de março de 2012.

por aquele que o procura para exigir a tutela jurisdicional. Desta contingência decorre a circunstância inevitável de ter-se de conceder “ação”, no plano do direito processual, igualmente ao que não tenha direito, não tenha pretensão nem ação. (BATISTA, 2001, p. 86).

Conforme já mencionamos nos capítulos anteriores, toda a polêmica que envolve a utilização da interceptação telefônica no Brasil, diz respeito à possibilidade de violação de direitos fundamentais, eis que o método de colheita de informações que ela propicia poderá colocar em risco alguns direitos fundamentais presentes na Constituição Brasileira.

Assim, restringe-se seu uso quando autorizado às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, visando-se resguardar, sobretudo, a intimidade, princípio constitucional igualmente protegido pela nossa ordem jurídica.

Na realidade, se o objetivo da prova é elucidar fatos e se esse esclarecimento por ela proporcionado é um dos caminhos que leva à pacificação social e, por conseguinte, possibilita o acesso à justiça, restringir a utilização de determinados tipos de prova, parece, num primeiro momento, ser pernicioso ao nosso sistema processual, e mais do que isso prejudicial a uma ordem constitucional que tem como escopo último a defesa da dignidade da pessoa humana.

Segundo Sarlet (2004, p. 54), os direitos fundamentais de uma maneira geral têm cunho negativo uma vez que se dirigem a uma abstenção, que os proteja de violações por parte do Estado. No que tange à intimidade, deseja-se resguardar de qualquer ameaça a intimidade dos cidadãos perante o ente estatal.

A restrição da utilização da interceptação telefônica à esfera processual penal, nesse diapasão, acaba sendo justificada pelo fato de que, apenas em casos de proteção extrema de bens jurídicos que são de incontestável importância para a sociedade, esse princípio poderá ser relativizado.

A grande questão é descobrir se fora do âmbito penal existe algum direito ou bem jurídico de importância tão ínfima que mereça

ser desconsiderado como tal, a ponto de prescindir da utilização de determinados meios de prova, hábeis a demonstrar a verdade real dos fatos.

É notório que estamos vivenciando um momento de constitucionalização do direito processual. Ora, se analisarmos a prova como um dos mecanismos de acesso à justiça, eis que só por meio dela conseguimos ter uma percepção clara de quem afinal violou direito de outrem ou rompeu com a harmonia social (e merece, por conseguinte, sofrer as consequências previstas em lei para tanto), a justificativa para restringir sua aplicação ao processo penal já parecerá desmesurada.

Numa visão mais atual do processo e da prova, todo e qualquer formalismo ou rigor técnico que inviabilize o bom andamento da justiça, já fere, não àqueles que buscam do Estado – juiz uma solução aos seus problemas, mas a toda uma ordem jurídica que propõe o acesso à justiça como princípio fundamental.

Nos dizeres de Marques (1998, p. 504-505):

A observância das formas constitui, portanto, fator de regularidade procedimental, garantindo às partes um perfeito conhecimento do curso do processo e dos atos que nele se pratica. Todavia, sacrificar o processo em sua marcha ou eficácia, em virtude apenas de inobservância de forma, sem que prejuízo tenha daí advindo às partes, é orientação hoje abandonada, pois as leis processuais, antes que presas à regra da relevância absoluta da forma seguem o princípio da instrumentalidade das formas, em que o aspecto formal do ato cede passo a sentido teleológico, e o *modus faciendi* à causa *finalis*. (MARQUES, 1998, 504-505).

É nesse sentido que defendemos a adoção da interceptação telefônica também fora do âmbito criminal. Se esse meio de prova se apresenta como uma forma eficaz de promoção da concretização da justiça, dentro da visão humanista que a nossa ordem constitucional prega, parece justo que não outros ramos do direito possam dela usufruir.

Não há mais que falar em aplicação exclusiva do princípio da verdade real apenas em âmbito formal. Todo e qualquer processo visa à verdade dos fatos, pois a nossa ordem constitucional não poderia prever o acesso à

justiça e nem a proteção do devido processo legal privilegiando a mentira como embasamento fático das sentenças prolatadas pelo Estado.

Essa visão que nos parece absolutamente distante da nova ordem constitucional, poderia ser utilizada para justificar a violação do direito à intimidade na utilização da interceptação telefônica em âmbito criminal, mas não incluir essa permissividade para outros ramos do direito e do processo.

Todavia, para o novo direito processual, pautado no devido processo legal, na ampla defesa e no contraditório como direitos fundamentais, mais uma vez a proibição se apresenta como perniciosa e infundada. Vejamos o que aduz Rui Portanova a respeito do tema:

A adoção plena no processo civil do princípio da verdade real é uma consequência natural da modernidade publicística do processo. Assim, a par de não se admitir o princípio dispositivo rígido... Cada vez mais aumenta a liberdade na investigação da prova, em face da socialização do Direito e da publicização do processo, razão que levou Lessona a afirmar que em matéria de prova todo progresso está justamente em substituir a verdade ficta pela verdade real. (...) Pela prova há a revelação processual da verdade e este, pelo menos, deve ser o interesse das partes e da sociedade. (PORTANOVA, 1997, p. 199).

Sendo a prova, portanto, um importantíssimo mecanismo de defesa da dignidade da pessoa, diante de uma situação de litígio, é preciso que ela possa ser utilizada da forma mais ampla possível com vistas a proporcionar ao magistrado o acesso real aos fatos que necessita saber para aplicar corretamente o direito ao caso em concreto.

### **A interceptação telefônica e a interpretação constitucional**

As restrições à utilização da interceptação telefônica estão, conforme já fora aqui aduzido, presentes de forma expressa na Constituição da República brasileira. Logo, interpretando-se o dispositivo constitucional de forma literal, não há que se falar na possibilidade de se aplicar tal meio de prova em outra seara que não seja a processual penal.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, entretanto, foi inevitavelmente pautada na aplicação não da letra fria da lei, mas em uma interpretação sistemática de todo o texto constitucional.

Isso porque, na busca pela efetivação da justiça, não é admissível que o Estado-juiz apegue-se apenas ao que determina o legislador, sem atentar-se para as peculiaridades do caso.

Nos dizeres de Plauto Faraco de Azevedo:

Faz-se necessário mudar o ângulo de visualização dos problemas jurídicos, notadamente daqueles relativos à aplicação do Direito, reconhecendo que sua solução demanda, além do conhecimento e domínio analítico-descritivo do sistema jurídico, capacidade de valorizar os interesses pessoais e sociais em questão, uma forma, em suma, de sensibilidade crítica que a formação jurídica positivista tolhe, na medida em que limita o conhecimento do jurista à lei, ao código, ao sistema jurídico, separando-os da vida. (AZEVEDO, 1989, p. 58).

Não há como se engessar a aplicação da lei, petrificar o seu alcance ou restringir a aplicação das normas constitucionais, sobretudo, quando essa interpretação mais literal colocar em prejuízo a investigação da verdade e a aplicação da justiça.

Observa-se que, no HC nº 203.405-MS, a interceptação telefônica foi utilizada para que se pudesse salvaguardar o bem-estar e a integridade física de uma criança. A proteção dos menores apresenta-se tão relevante para a visão constitucional quanto o resguardo da intimidade, minimizada quando da utilização da interceptação telefônica.

Logo, para que possa ser aplicada em termos práticos, é necessário que se faça uma interpretação da Constituição mais voltada à ponderação dos valores ali defendidos, já que não há, em termos práticos, como se apontar um princípio ali defendido que seja mais importante que outro.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Carlos Maximiliano (1961, p. 193), quando aduz que “O Direito é uma ciência principalmente normativa ou finalística; por isso sua interpretação há de ser, na essência, teleológica”.

Não há que se olvidar que a hierarquia das leis que impõem o



cumprimento dos preceitos constitucionais como a base do sistema jurídico brasileiro não pode ser afastada a qualquer preço. Mas, a obediência à Constituição não pode impedir a concretização da justiça.

Relativizar ou minimizar um princípio constitucional parece razoável quando há outro princípio que, em dado momento, apresenta-se mais relevante e carece de proteção. A proporcionalidade e a razoabilidade parecem servir de parâmetro para que se possa garantir que a aplicação da Constituição de forma mais restrita ou mais ampla não ensejará violações a dignidade da pessoa humana, valor máximo defendido por nosso ordenamento jurídico.

Nos dizeres de Magalhães:

não resta alternativa ao profissional do direito senão recorrer, antes de tudo, ao fenômeno da mutação constitucional. (...) não se pode interpretar a Constituição de maneira reducionista ou contra seus princípios, antes ponderando-se que a interpretação conforme a Constituição da Lei nº 9.296/96, que trata da interceptação de comunicações telefônicas, deve considerar inconstitucional o termo “para prova em investigação criminal e instrução processual penal”, uma vez que não possui a mesma complexidade que encerra a Carta Fundamental. (MAGALHÃES, 2012, p. 58).

Logo, a adoção da interceptação telefônica na seara extrapenal não parece violar norma constitucional expressa, mas contribuir para que os princípios constitucionais do processo sejam viabilizados e a proteção do ser humano consiga ser promovida de forma compatível com aquilo que a própria Constituição propõe.

### **Considerações Finais**

A decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no HC nº 203.405-MS demonstra claramente a necessidade de enxergarmos o direito além das amarras dos textos escritos.

Nos dizeres de Paulo Bonavides (1994, p. 424), “a moderna

interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal que tanto prosperou na época do Estado liberal.”

De fato, se o apego à letra da lei, em outras épocas conferia segurança às partes em face dos abusos do Estado, na atualidade, o que assistimos é uma verdadeira “superação do paradigma normativista – (neo) liberal individualista” (STRECK, 1997).

A nova interpretação da lei deve buscar envolvê-la nas recentes aspirações sociais e, para fazê-lo, terá que prestar-se à releitura de princípios, e à inevitável ponderação de valores, minimizando e relativizando certos direitos para que consiga defender outros reputados em dado momento mais relevantes.

Permitir a aplicação da interceptação das comunicações telefônicas na esfera extrapenal parece ser atitude que se compatibiliza com essa nova visão do direito. Ultrapassando os limites impostos pela legislação constitucional e infraconstitucional, a utilização desse meio de prova, em qualquer das esferas do direito apresenta-se como útil e capaz de proporcionar a elucidação dos fatos que embasarão decisões judiciais mais comprometidas com a verdade dos fatos.

Ainda que o resguardo à intimidade seja algo que se coaduna perfeitamente com as bases do Estado de Direito, não é admissível que a sua proteção e defesa possam colocar em risco outros direitos de similar importância.

Nesse sentido, são as palavras de Ada Pellegrini Grinover:

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. (GRINOVER, 1985, p. 194).

Por fim, não é demasiado lembrar que a jurisprudência e parte da doutrina já se manifestaram favoráveis à utilização da prova emprestada de

processos criminais na esfera extrapenal.

Logo, não parece que a admissão da interceptação telefônica na esfera extrapenal seja, em verdade, capaz de ensejar violação tão mais gravosa que a utilização da prova emprestada, sobretudo, quando o caso em concreto indicar que a sua utilização restará proveitosa.

O que se pode compreender a partir da análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça é que a necessidade de se interpretar os dispositivos constitucionais de forma cada vez mais comprometida com os ditames da justiça tem convidado os operadores do direito a saírem da zona de conforto da aplicação da letra da lei e, mesmo diante de norma constitucional, a repensarem o papel da prova e sua utilização no processo, como mecanismos de utilidade ímpar na promoção do acesso à justiça.

### **Bibliografia**

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO DE CASTRO, Carla Rodrigues. *Crimes de Informática e seus aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. “A ‘plenitude de defesa’ no processo civil”, in *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL, Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Brasília: Senado Federal, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo,

Malheiros, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Luís Alberto Carlucci. *Aspectos da Lei de Interceptações Telefônicas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/196>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acessado em: 5 mar. 2012.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica: Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo Constitucional em Marcha*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1985.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Waleska Gbiotto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995. v.1.

- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª Ed., São Paulo: Atlas S.A, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 1.ed., 2ª tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4º ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 296.
- SILVA JÚNIOR, Délio Lins e Silva. *Dez anos da lei de interceptações telefônicas, ainda há salvação para o cunho garantista de sua redação?*. **Boletim IBCRIM**, São Paulo, n.162, ano14, p.2, maio/2006.
- STRECK, Lênio. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.