



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

FELIPE SANTOS SOARES

**APLICABILIDADE DO DIREITO À INTIMIDADE NO
PROCESSO PENAL:
Estudo de caso sobre a interceptação telefônica do ex-
Presidente Lula.**

BRASÍLIA - DF

2016

FELIPE SANTOS SOARES

**APLICABILIDADE DO DIREITO À INTIMIDADE NO
PROCESSO PENAL:
Estudo de caso sobre a interceptação telefônica do ex-
Presidente Lula**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis
Bastos

BRASÍLIA - DF

2016

FELIPE SANTOS SOARES

**APLICABILIDADE DO DIREITO À INTIMIDADE NO
PROCESSO PENAL:
Estudo de caso sobre a interceptação telefônica do ex-
Presidente Lula**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Brasília, _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Dr. Marcus Vinícius Reis Bastos
Professor Orientador

Professor (a)
Examinador (a)

Professor (a)
Examinador (a)

Dedico aos meus pais, Francinaldo Oliveira Soares e Maria Auxiliadora dos Santos Soares, que sempre buscaram proporcionar a melhor qualidade de vida aos seus filhos, tendo como objetivo principal de vida proporcionar tudo aquilo que não obtiveram, sobretudo a formação profissional. Pelo qual, com todas as dificuldades e esforços, enfrentaram e conseguiram crescer profissionalmente e espiritualmente. Agradeço por todo carinho, amor, cuidado e dedicação de suas vidas, sendo minha formação dedicada de forma exclusiva a vocês.

Ao meu irmão, Raphael Santos que sempre esteve ao meu lado. Por sua orientações, preocupações e dedicação com sua família.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, pelo privilégio e pela possibilidade da conquista de mais uma etapa em minha jornada de vida.

Aos meus pais, que diante de todos os esforços e sacrifícios diários, abriram mão de suas realizações e conquistas profissionais como pessoais, em prol de seus filhos.

A todos meus familiares, tios, primos, avós que de algum modo estavam presentes ao meu lado nessa etapa de formação.

Por fim, ao meu Orientador, Marcos Vinícius Reis Bastos, pelo apoio, dedicação e paciência, mostrando total atenção necessária para concretização desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo compreender melhor o princípio constitucional da intimidade como direito fundamental, bem como confrontar o referido princípio com os postulados norteadores do direito penal e processual penal. A ideia subjacente consiste em verificar o alcance das garantias fundamentais e seu cotejamento frente às normas que orientam a persecução penal, para extrair o sentido harmônicos dos princípios encontrados na Constituição. Nesse entendimento, como objeto de estudo, o presente trabalho realizou levantamentos elencando na recente decisão sobre o tema, nos quais foram declaradas nulas as provas obtidas por intermédio de escuta telefônica. Para demonstrar sobre o objetivo abordado, a interceptação telefônica e as garantias constitucionais, foi escolhido o julgado da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, decisão nº. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR, cuja será analisada, em comparação aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, permitindo a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, especialmente, o direito a intimidade e à vida privada, na busca da apuração dos fatos, desde que, observados as normas reguladoras, atendendo os seus requisitos necessários para adoção da respectiva medida, sobretudo, sua competência funcional. Portanto, a interceptação telefônica do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, ora analisada, que teve seu sigilo telefônico quebrado no âmbito da operação Lava-Jato e a divulgação desses áudios causou profundo impacto político. O que se verificou no caso em questão é que a divulgação dos áudios extrapolou os limites da persecução penal, ferindo competências funcionais de seus membros estatais, e, sobretudo as garantias fundamentais do ex-presidente, causando danos à sua imagem, honra e vida privada.

Palavras-chave: Interceptação Telefônica. Autorização Judicial. Imparcialidade do Julgador. Competência Funcional. Direitos Fundamentais. Anulação de Provas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PRÍNCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS	10
1.1 Princípio da publicidade como garantia processual	13
1.2 A restrição da publicidade dos atos processuais.....	17
1.3 Publicidade e sigilo na fase investigatória	22
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO DIREITO A INTIMIDADE	26
2.1 Teoria dos direitos fundamentais	28
2.1.1 Direito à imagem	31
2.1.2 Direito à honra.....	33
2.1.3 Intimidade e vida privada	36
3 AFASTAMENTO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E PUBLICIDADE.....	41
3.1 Do direito à intimidade e a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996...	42
3.2 Aspectos fundamentais da interceptação telefônica	48
3.3 Da publicidade das interceptações telefônicas	49
3.3.1 Caso de quebra de sigilo telefônico do ex-Presidente Lula	51
3.4 Da interceptação das comunicações telefônicas entre o Ex-Presidente e seu advogado, Dr. Roberto Teixeira.....	53
3.5 Da captação dos áudios de autoridades com foro privilegiado ...	55
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

A presente Monografia foi elaborada com a perspectiva de análise de estudo de precedente, sobre a ótica da Constituição Federal e o Processo Penal. O principal ponto para a compreensão do presente estudo consiste na análise dos requisitos da publicidade dos atos praticados pelo ente estatal, o deslindador de confrontos de interesses da sociedade.

Também se torna necessário a compreensão quanto aos estudos dos direitos fundamentais, sobretudo pelos direitos à tutela da intimidade e da vida privada, ampliando também o conhecimento sobre a interpretação da Lei 9.296, de 24 de julho de 1995, que prevê as possibilidades e os requisitos para a interposição da quebra de sigilo telefônico.

Assim, o objetivo é compreender e analisar a decisão proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, que nos autos do pedido de quebra de sigilo de dados e/ou Telefônicos nº 5006205- 98.2016.4.04.7000/PR, tendo como investigado o Sr. Luiz Inácio Lula da Silva, divulgou suas conversas captadas com a Presidente da República no ano de 2015, não se restringindo de encaminhar os respectivos áudios para o Supremo Tribunal Federal, por se tratar de conversas com autoridade com prerrogativa de foro.

Para tanto, o primeiro capítulo expõe os conceitos teóricos que nortearão a construção de todo o raciocínio didático, tratando de definir o que consiste o princípio da publicidade dos atos processuais, suas hipóteses e suas restrições previstas na norma constitucional e leis federais.

No segundo capítulo, dando continuidade a premissas teóricas, busca-se compreender os conceitos sobre a tutela da intimidade e da vida privada, sobre a ótica da publicidade, abrangendo seus significados, alcances e restrições processuais para fins de preservar a própria tutela individual.

Em seguida, no terceiro capítulo, será objeto de análise, o estudo de caso concreto, quanto à natureza do precedente relato em desdobramento a operação Lava-Jato para fins de prover a quebra do sigilo telefônico do Senhor ex-Presidente da República, e suas eventuais publicações dos diálogos a mídia, abrangendo os

aspectos quanto à sua decisão, e, posterior manifestação do Supremo Tribunal Federal quantos aos atos praticados pelo juízo de origem.

O presente estudo se encerra na contextualização de todo o contexto lógico apresentado, correlacionado sobre a possibilidade da decisão proferida pelo juízo “*a quo*” constituir entendimento diverso do ordenamento jurídico/doutrinário brasileiro, e, se caso afirmativo, suas eventuais consequências quanto à perspectiva na influencia da insegurança jurídica no ordenamento brasileiro.

1 PRÍNCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

Primeiramente, as normas constitucionais procedem-se pela aplicação de um processo de interpretação constitucional pertencentes a um sistema normativo, se enquadrando em dois modelos distintos, quais sejam: os princípios e as regras¹. Assim deixa assentado Guilherme Peña de Moraes, que “as normas constitucionais, quanto à estrutura, são divididos em regras (*rule ou regel*) e princípios (*principle ou prinzip*)”.²

Nessa perspectiva, precede necessária a distinção da derivação das palavras para um maior entendimento e melhor compreensão. Desta forma, para que possamos identificar a diferença entre princípios e regras, mister se faz a distinção de suas características.

De acordo com o vernáculo jurídico brasileiro, a etimologia da palavra princípio, aduz que:

“Princípio é um pressuposto lógico imprescindível da norma legislativa e constitui o espírito da legislação, mesmo quando não expresso em seu corpo. Sua existência é de suma importância para o preenchimento das lacunas da lei”.³

Em contrapartida, a palavra regra, em sentido literal, apresenta a seguinte elucidação: normas, preceitos estabelecidos por uma sociedade, democracia ou instituição que devem ser seguidos pelos integrantes das mesmas.⁴

Ambas, caracterizam-se pela aplicabilidade de uma norma, na medida em que estabelecem obrigações e preceitos no nosso ordenamento interno brasileiro.⁵

Na linha doutrinária de Guilherme Peña, as regras constitucionais contêm determinações fáticas e juridicamente possíveis, assim respalda seu entendimento que as regras apresentam pequeno valor de abstração quando retirados de suas premissas normativas, senão vejamos:

¹ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

² *Ibidem*, p. 93.

³ DIREITONET. **Dicionário Jurídico**. Princípio. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1007/Principio>>.

⁴ DICIONÁRIO INFORMAL. **Regras**. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/regras>>. Acesso em 01 set. 2016.

⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Op.cit.*, p. 95.

“as regras constitucionais são extraídas de enunciados normativos, com reduzido grau de abstração e generalidade, que descrevem situações fáticas e prescrevem condutas intersubjetivas, com a fenomenologia de incidência dirigida pelos princípios”.⁶

Todavia, quanto aos princípios constitucionais, o respectivo autor traça a ideia de que a publicidade deve ser compreendida em sentido amplo e genérico, declarando que:

“Os princípios constitucionais são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que preveem os valores que influenciam a ordem jurídica, com a finalidade de informar as atividades produtiva interpretativa e aplicativa das regras”.⁷

Verifica-se que os dois modelos apresentam semelhanças comuns aos atos normativos, caracterizado pela identificação de preceitos determinativos, facultativos e proibitivos na descrição de alguma norma. Paulo Gustavo Gonet Branco ensina que a distinção entre as regras e os princípios não é necessariamente em relação ao seu grau de determinabilidade, aduzindo que:

“Os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto do que as regras. Próximo a esse critério, por vezes se fala também que a distinção se assentaria no grau de determinabilidade dos casos de aplicação da norma. Os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do Juiz ou da Administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata”.⁸

Nesse entendimento, os princípios consistem em uma interpretação de função argumentativa, visto sua maior abrangência quanto às regras. Utiliza-se como instrumento apropriado para descobrir a razão de ser de uma regra, até mesmo de um princípio de dimensão menor.⁹

Ademais, a colisão entre os princípios e as regras, ocasião de conflitos entre as normas estabelecidas pelo caso concreto, apresentam-se distinções quanto ao seu método resolutivo. Visto que, enquanto um conflito entre regras resolve-se pela declaração de invalidade ou pela aplicabilidade de uma cláusula de exceção sobre a

⁶ MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96.

⁷ Ibidem, p. 97.

⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

⁹ MORAES, Guilherme Penã de. Op.cit., p. 96.

outra “de modo que eventual conflito é resolvido na dimensão da validade, à luz dos critérios cronológico, hierárquico ou especialidade, com a exclusão de todas as regras incompatíveis com o Sistema de Direito Constitucional”.¹⁰

Dessa forma, no tocante aos princípios, há de se verificar aquele que melhor se enquadra ao caso concreto, o que se denomina visualização de seu “peso” sobre os demais, “de sorte eventual colisão é removida na dimensão do peso, a teor do critério da ponderação, com a prevalência de algum princípio concorrente”.¹¹

No mesmo entendimento, ensina Ronald Dworkin:

“Os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. Os princípios podem interferir uns nos outros e, nesse caso, “deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”. Isso, admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio – ou qual o seu peso – numa dada situação. Não se resolvem os conflitos entre princípios tomando um como exceção do outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam”.¹²

A Constituição Federal é composta tanto de regras como de princípios. Estes também regem o direito processual penal, em que muitas vezes as respostas de determinadas controvérsias nos casos concretos diferenciam-se pelas próprias resoluções nos princípios que os integram.¹³

Dessa forma, a publicidade dos atos processuais constitui-se de um dos princípios de garantia de ordem constitucional, representando uma das maiores ressalvas da garantia do direito de defesa, permitindo a todos, o acesso das decisões judiciais e a fiscalização dos atos processuais.¹⁴

O presente estudo a seguir tem como objetivo compatibilizar o princípio da publicidade dos atos processuais, tendo como base sua previsão de ordem

¹⁰ MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96.

¹¹ *Ibidem*, p. 97.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73.

¹³ MORAES, Guilherme Penã de. *Op.cit.*

¹⁴ TOALDO, Adriane Medianeira; RODRIGUES, Osmar. A publicidade dos atos processuais: uma questão principiológica. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11888>. Acesso em 01 set. 2016.

Constitucional inserido nos art. 5º, inciso LX, art. 37 e 93, inciso IX, todos da Magna Carta. Nada mais sendo que a ampla divulgação oficial dos atos praticados pela Administração Pública, com intuito de adquirir validade aos seus atos, perante as partes, inclusive perante terceiros.¹⁵

1.1 Princípio da publicidade como garantia processual

Em primeiro plano, cabe ressaltar que a sociedade apresenta conflitos inerentes ao seu próprio convívio social. Assim, denomina-se “lide”, a qual é caracterizada por um conflito de interesses, qualificados por uma ação de pretender algo, chamado de pretensão resistida. Através da lide temos o chamado litígio, necessitando de atuação do poder estatal para a resolução dos conflitos inerentes da sociedade.¹⁶

Nessa perspectiva, o Estado tem o poder de exercer sua autoridade, bem como o dever de agir, através da formulação de uma norma jurídica concreta, disciplinando determinada situação jurídica ao caso concreto e promovendo a resolução do conflito e a paz social, o que é chamado de jurisdição.¹⁷

Portanto, a jurisdição pode ser vista como manifestação de soberania do Estado, sendo una e indivisível¹⁸, apresentando como função do Poder Estatal de atuar conforme a vontade concreta da lei, na busca de obtenção justa na resolução de conflitos.

Segundo Heráclito Antônio Mossim:

“o processo legal, como instrumento da solução de litígios, dos conflitos intersubjetivos de interesses, deve ser composto por preceitos que garantam a plenitude de sua aplicabilidade no atendimento da conveniência, de regra pública, que lhe serve de conteúdo (*res in iudicium deducta*)”.¹⁹

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁶ EBAH. Teoria geral do processo. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAATBYAB/teoria-geral-processo>>.

¹⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁸ Ibidem, p. 121.

¹⁹ MOSSIM, Heráclito Antônio. **Garantia fundamental na área criminal**. São Paulo: Manole, 2014. p. 145.

Assim, a Lei Maior como instrumento de fundação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, “irradia sua força normativa para todos os setores do direito”²⁰, inclusive na seara penal. Portanto, a Constituição Federal, como fonte primária da lei penal, abrange diversas normas de Direito Público, entre elas as garantias e os direitos individuais para fins de assegurar os preceitos normativos de seus cidadãos no instrumento de solução dos conflitos.

Tais normas consubstanciam, de forma explícita ou implícita, os chamados princípios constitucionais do direito penal. Dentre eles, merece especial destaque o princípio da publicidade dos atos processuais²¹. O sistema processual penal caracteriza-se pela existência de três tipos de modelos sistemáticos: inquisitório, acusatório e misto.²²

O sistema inquisitivo caracterizado pela não ocorrência da presença da ampla defesa e contraditório, onde o Juiz tem a concentração de acusar, defender e julgar. Tal sistema predomina-se pela afastabilidade de certas garantias individuais, decorrentes de suas fragilidades, em que o procedimento se caracterizava pelo sigilo das instruções.²³

Em contrapartida, o sistema acusatório, oposto ao modelo inquisitório, onde ocorre a separação entre os poderes de acusar, defender e julgar, abrangendo um maior apreço à liberdade individual. Nesse sistema, rege a presença dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, diferenciando do modelo inquisitório²⁴. Por fim, o sistema misto concretiza-se pela essência da união dos elementos típicos dos dois sistemas, inquisitório e acusatório.

Superadas tais distinções, o princípio da publicidade dos atos processuais apresenta amparo de ordem constitucional, pois “a lei só poderá restringir a

²⁰ PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 69.

²¹ *Ibidem*, p. 70.

²² MOSSIM, Heráclito Antônio. **Garantia fundamental na área criminal**. São Paulo: Manole, 2014. p. 122.

²³ *Ibidem*, p. 145.

²⁴ *Ibidem*, p. 146.

publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, (art. 5ª, LX, CF)”.²⁵

Por sua vez, o inciso IX, do artigo 93 da Constituição Federal, estabelece que:

“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.²⁶

Não obstante, o Código de Processo Penal Brasileiro, quanto ao princípio em comento alinha-se no mesmo entendimento, *litteris*:

“Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados”.

No mesmo entendimento, a evidenciação do caráter público do processo penal é prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, objeto de consagração em seu art. 8º, item 5: “o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”.²⁷

Verifica-se que o princípio da publicidade se caracteriza pela aplicação da transparência, que a todos é assegurado o direito à obtenção de informações e certidões, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal²⁸. Com efeito, a consequente validade dos atos processuais encontra-se na garantia ao interessado da sua realização, bem como a segurança de um procedimento sem vícios, de forma a assegurar a opinião pública dos atos judiciais praticados.²⁹

Na visão de Rogério Lauria Tucci, a publicidade consiste:

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/constituicao%C3%A7ao.html>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

²⁶ Ibidem.

²⁷ BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102437>>. Acesso 01 set. 2016.

²⁸ MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 105.

²⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.182.

“Como requisito formal da realização da grande maioria de atos processuais, num procedimento demarcado em lei, a fim de que sejam prévia e amplamente conhecidos, propiciando a participação dos interessados; atende, por outro lado, ao reclamo de transparência da Justiça (particularmente da Criminal), serviente aos anseios dos integrantes do processo e aos desígnios do bem comum, em que avulta a imprescindibilidade de paz social, mais efetivamente de segurança pública”.³⁰

Para Guilherme de Souza Nucci:

“A publicidade é fator determinante de transparência e da moralidade, significando a atuação estatal aberta, voltada ao seu real destinatário, que é a sociedade. A realização de justiça pertence a todos e passa a ser de conhecimento notório, conferindo legitimidade às posturas estatais de mando e imposições de regras”.³¹

Portanto, concebe-se que o princípio da publicidade dos atos processuais caracteriza-se pela vista dos autos do processo por qualquer cidadão, com intuito de garantir um maior controle judicial dos atos praticados durante uma instrução processual, desde que estes não estejam protegidos por normas sigilosas. As normas de sigilo, via de regra, apresentam restrições em situações de interesse público ou nos casos em que decorre da necessidade de preservação da intimidade das partes, ou apenas uma delas.³²

Assim, ao privilegiar a publicidade dos atos processuais e o sigilo como exceção, a Constituição Federal optou por uma relação direta entre a sociedade e a Justiça, permitindo o controle externo dos atos judiciais, resguardando a excepcionalidade e as limitações quando em confronto com os direitos fundamentais da intimidade ou do interesse social.

Portanto,

“A regra é a publicidade plena, somente restringível quando a limitação se fizer necessária para a defesa da intimidade, por interesse social (art. 5º, LX, da CF) e para evitar escândalo,

³⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.182.

³¹ MOSSIM, Heráclito Antônio. **Garantia fundamental na área criminal**. São Paulo: Manole, 2014. p. 148.

³² FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: RT, 2012.

inconveniente grave ou quando existir perigo de perturbação da ordem (art. 792, §1º, do CPP)”.³³

A seguir será abordada a excepcionalidade da regra geral, quanto às possibilidades de restrições das publicidades dos atos processuais.

1.2 A restrição da publicidade dos atos processuais

Os mesmos institutos jurídicos estudados nos tópicos anteriores, que dispõem sobre a tipificação da publicidade dos atos processuais, autorizam as restrições quanto a excepcionalidade da publicidade de tais atos, sendo esses previamente valorados na norma constitucional. Tais restrições justificam-se nas hipóteses da defesa da intimidade³⁴ e o interesse social.³⁵

Como elemento normativo principal, tem-se que os processos judiciais, bem como os administrativos, devem pautar-se pelo princípio da publicidade dos atos praticados pelos representantes estatais, revestindo-se acesso a todo e qualquer interessado na persecução penal quanto aos seus procedimentos e conteúdos.³⁶

Assim, aplica-se o sigilo processual como uma exceção do procedimento judicial, adotando-o nos casos oriundos de comprovação da existência dos elementos de relevante interesse social ou de preservação da intimidade do(s) sujeito(s) envolvidos no litígio. Dessa forma, a publicidade processual consiste na busca da mais absoluta transparência dos atos e conteúdos praticados pela atuação do Estado.³⁷

Sem embargo, a Constituição da República, em seu dispositivo supracitado no artigo 5º, inciso LX, enseja que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”³⁸, e no artigo 93, inciso IX, estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade,

³³ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 68.

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/constituicao%C3%A7ao.html>>. Acesso em: 26 ago. 2016. Artigo 5º, LX e 93, IX.

³⁵ Ibidem, Artigo 5º, LX.

³⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. Op.cit.

³⁷ Ibidem, p. 70.

³⁸ BRASIL. Constituição (1988). Op.cit.

podendo a lei, se o interesse público o exigir limitar a presença, em determinados atos”.³⁹

Com isso, a Carta Magna, nestes dispositivos, assim como no artigo 37, *caput*, adentrou a publicidade no rol das garantias fundamentais⁴⁰. Portanto, a publicidade dos atos processuais assegura a realização de outras garantias fundamentais, como o contraditório, ampla defesa, o julgamento parcial, dentre outras.⁴¹

Todavia, a Constituição Federal admite que em determinadas situações, já apresentadas, a restrição a publicidade dos atos processuais é pressuposto que se impõe para a preservação das informações presentes nos autos de um processo ou inquérito. Assim, fica limitado o acesso a toda sociedade, restringindo-se às próprias partes e a seus advogados.⁴²

Nessa hipótese, quanto à restrição da publicidade dos atos processuais, Heráclito Antônio Mossim⁴³, dispõe que:

“Na maioria das vezes, porém, seria nitidamente nefasto ao interesse social, a reclamar a apuração de fato delituoso e a punição do infrator, proscreever a produção de um elemento de prova, por ser susceptível de melindrar a moralidade pública ou por pôr em perigo as condições de ordem e de normalidade. O que, então, se faz necessário é assegurar a efetuação do ato, com precaução apta a evitar o registro de tais inconvenientes”.⁴⁴

Para Júlio Fabbrini Mirabete⁴⁵, “a publicidade das audiências e sessões é assegurada por lei e pela Constituição”. Dispõe a Carta Magna que “a lei só poderá

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/constituicao%C3%A7ao.html>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

⁴⁰ Ibidem. “Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”.

⁴¹ FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2002. p. 492.

⁴² BRASIL. Constituição (1988). Op.cit. “Artigo 5º: “LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

⁴³ MOSSIM, Heráclito Antônio. **Garantia fundamental na área criminal**. São Paulo: Manole. 2014. p. 151.

⁴⁴ ESPÍNOLA, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado, v.8. p. 66.

⁴⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. São Paulo: Atlas; 2001. p 1552.

restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX).

O autor ressalta que:

“Trata-se de garantia para obstar arbitrariedades e violências contra o acusado e benéfica para a própria Justiça, que, em público, estará mais livre de eventuais pressões, realizando seus fins com mais transparência. Esse princípio da publicidade inclui os direitos de assistência, pelo público em geral, dos atos processuais, a narração dos atos processuais e a reprodução dos seus termos pelos meios de comunicação e a consulta dos autos e obtenção de cópias, extratos e certidões de quaisquer deles”.⁴⁶

Dispõe, ainda, a Carta Constitucional que⁴⁷: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, [...] podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

“Havendo interesse maior para que se evitem escândalos, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, que caracterizariam a violação da intimidade inadmissível ou prejudicando o interesse social, o Juiz, Tribunal, Câmara, Turma, podendo, de ofício ou a requerimento da parte, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes”.⁴⁸

Refere-se a lei a certos atos sigilosos, como a votação do Tribunal do Júri, como os autos de crimes referidos na lei de Tóxicos, de processos na Justiça Militar de primeira instância ou de segunda, etc. Entretanto, diante do novo dispositivo constitucional, não podem ser aplicados os dispositivos que determinam o sigilo de modo geral, inclusive no que se refere ao julgamento das pessoas com foro por prerrogativa de função.⁴⁹

Percebe-se que a Constituição Federal admite que a lei ordinária prevê limitações a garantia fundamental da publicidade quando decorrente das hipóteses

⁴⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. São Paulo: Atlas; 2001. p 1552.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/constituicao%C3%A7ao.html>>. Acesso em: 26 ago. 2016. Art. 5º, LX.

⁴⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op.cit., p. 1552.

⁴⁹ Ibidem, p. 1553.

previstas em lei, tais como o interesse social ou pela necessidade de defesa da intimidade.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal manifestou a inconstitucionalidade dos artigos 144 e 150 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em que previa como regra, a forma secreta de sessão para julgamento das ações criminais, de competência originária do TJDF, movidas contra autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função no âmbito do Distrito Federal.⁵⁰

A Corte alegou o entendimento de que a publicidade consiste em pressuposto de validade do ato de julgamento realizado pelo Tribunal, bem como instrumento de validação da decisão que é tomada por aquele órgão jurisdicional. No entendimento da relatora, Ministra Ellen Gracie, tal restrição prevista para as hipóteses legais quanto ao sigilo processual não pode ser estabelecidas como instituídos gerais, mas excepcionais no âmbito do processo penal originário.⁵¹

Nesse entendimento, a Suprema Corte manifestou que os dispositivos contidos no regimento geral adotado por aquele órgão estavam eivados de inconstitucionalidade por violação ao disposto previsto no artigo 5º, LX, da Constituição⁵²; *litteris*:

“Ante a regra fundamental insculpida no art. 5º, LX, da Carta Magna, a publicidade se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento do Tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional (grifo nosso). Presente, portanto, vício formal consubstanciado na invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual. Precedente: HC 74761, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.09.97. 5. Ação direta parcialmente conhecida para declarar a inconstitucionalidade formal dos arts. 144, par. único e 150, caput do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios”.⁵³

Como se constata, a Constituição tratou de resguardar o princípio da publicidade como pressuposto de garantia fundamental dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Por consequência, o sigilo processual nas

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2970 DF**, Relator: Ellen Gracie, Data de Julgamento: 20/04/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-05-2006.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

hipóteses prevista em lei, em certos casos, também será concebido como uma garantia processual.⁵⁴

Dessa forma, diante da colisão de garantias fundamentais existentes na norma constitucional, em nome da intimidade ou do interesse social, o julgador deverá proceder de forma criteriosa a ponderação entre as garantias⁵⁵, com objetivo de verificar se há motivos condizentes para um julgamento secreto.

Nesse sentido, Wilson Antônio Steinmetz, prescreve que as normas de direitos fundamentais quando decorrentes de enfrentamentos, deve-se utilizar pela ponderação ao caso concreto:

“os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano de interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando da sua realização ou concretização da vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões *in concreto*”.⁵⁶

Ademais, a jurisprudência no seu entendimento amplo manifesta pela ponderação de valores constitucionais obedecendo ao princípio da proporcionalidade na explicitação de questões sobre colisões de direito, como descreve Oswaldo Rodrigues de Melo:

“Nas hipóteses de colisão de **direitos fundamentais**, deve-se proceder à **ponderação** das circunstâncias do caso concreto, na tentativa de realizá-los na maior intensidade possível, considerando os elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese”.⁵⁷

Assim, o artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, prevê que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, permitindo o controle dos atos processuais, e a validação das decisões, assegurando a todos o direito de verificação dos atos praticados pelo ente julgador. Ocorre que a norma

⁵⁴ LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. 01 set. 2016.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. APL: 00098684320108120001 MS 0009868-43.2010.8.12.0001, Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Data de Julgamento: 27/08/2013, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 15/05/2014.

constitucional descrita apresenta restrições, delimitando acesso a terceiros de todos os atos praticados, devendo considerar seus juízos de garantias fundamentais.

Em síntese, a regra prevê o sigilo processual como provimento de exceção, nunca como regra, somente se aplicado quando presentes os requisitos capazes de ensejar o interesse público ou a intimidade das partes, podendo haver, em situações concretas, o questionamento se a hipóteses não preveem os termos legais.⁵⁸

1.3 Publicidade e sigilo na fase investigatória

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao estatuir o princípio da publicidade quanto aos atos processuais, sobressai sua restrição nas hipóteses de interesse social e/ou defesa da intimidade (art. 5º, inciso LX). No tocante às decisões de julgamentos proferidos pelos órgãos judiciários suscitam-se pela publicidade, salvo nos casos em que a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação, é o que assevera o artigo 93, inciso IX, do dispositivo Constitucional.

O caráter da publicidade da administração pública também se encontra instituído no artigo 37, *caput*, da Constituição, destacando-se a publicidade e demais princípios norteadores que devem ser observados pelos agentes públicos. Igualmente, o artigo 5º, inciso XXXIII, assegura aos cidadãos o direito à informação em que:

“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado**”. (grifo nosso).

Nesse entendimento, como todos os procedimentos administrativos, o inquérito policial, também se respalda pelo princípio da publicidade dos seus atos praticados durante a investigação criminal, inclusive quanto suas hipóteses de exceções. Portanto, para o emprego do sigilo no procedimento inquisitorial, o legislador conferiu possibilidade de restrições na apuração inicial de um possível

⁵⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 125.

crime. Assim, a adoção de tal prerrogativa está relacionada ao interesse social, à segurança da sociedade e do Estado.⁵⁹

Nesse sentido, o entendimento compreendido no artigo 20, do Código de processo penal, não se pausa de controvérsias, aduzindo que: “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

O inquérito policial constitui um procedimento introdutório à preparação da Ação Penal, sendo um conjunto de atos para averiguação da materialidade e indícios de autoria de um crime. Todavia, durante o inquérito, apesar de, via de regra, não ser admitido o contraditório, o acusado é detentor de direitos e garantias fundamentais, assim dispõe Paulo Rangel:

“A investigação criminal é feita, exatamente, para que se possam assegurar todos os direitos constitucionais do investigado. Ninguém, no Estado Democrático de Direito, quer ser acusado sem que haja, previamente, uma investigação séria sobre os fatos nos quais é apontado como suspeito. Trata-se de um mecanismo de proteção do indivíduo que para sua efetivação mister se faz uma mudança de mentalidade das autoridades policiais [...]”.⁶⁰

Outrossim, tal entendimento já foi objeto de análise jurisprudencial, pelo Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

“O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é - enquanto dominus litis - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desprezar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial [...]”.⁶¹

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/constituicao%C3%A7ao.html>>. Acesso em: 26 ago. 2016. Art. 5º, inciso XXXIII.

⁶⁰ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 99.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 73271 SP**, Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento: 19/03/1996. Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 04-10-1996.

Como resultado, a regra principal consiste na publicidade do ato inquisitório, contudo, o sigilo adotado durante a fase inquisitória pode exigir quando necessário ao esclarecimento dos fatos, ou quando exigido pelo interesse social.⁶²

Muitas vezes, a divulgação ou a possibilidade de visualização das diligências que serão realizadas durante a construção da investigação, impede o objetivo principal dessa fase procedimental, que consiste na descoberta da autoria e comprovação da materialidade do crime praticado. Inclusive, o sigilo imposto no curso de uma investigação policial atinge inclusive o advogado, a princípio, contrariando ao disposto no artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, assim dispondo que:

“examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”.

Tal entendimento prevê que o advogado tenha direito ao previsto no dispositivo acima citado, porém somente quando a investigação está sendo conduzida sobre sigilo, conforme prevê a jurisprudência:

“CRIMINAL. RMS. SONEGAÇÃO FISCAL. PROCEDIMENTO CAUTELAR DISTRIBUÍDOS POR DEPENDÊNCIA EM AUTOS DE INQUÉRITO POLICIAL CONDUZIDOS SOBRE SIGILO DECRETADO JUDICIALMENTE. ACESSO IRRESTRIDO DE ADVOGADO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. RECURSO DESPROVIDO. Não é direito líquido e certo do advogado o acesso irrestrito a autos de inquérito policial que esteja sendo conduzido sob sigilo, se o segredo das informações é imprescindível para as investigações. O princípio da ampla defesa não se aplica ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial. Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado. Recurso desprovido”.⁶³

Ademais, o Supremo Tribunal Federal reiterou o respectivo entendimento por meio da edição da Súmula Vinculante nº 14, trazendo a seguinte redação, *in verbis*:

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 73271 SP**, Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento: 19/03/1996. Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 04-10-1996.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **TJ - RMS: 17691 SC 2003/0238100-0**, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 22/02/2005. Quinta Turma.

“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Percebe-se, que, conforme a jurisprudência, e a respectiva súmula evidenciam-se a convicção de que os elementos de provas a que o defensor/advogado tem como prerrogativas de acesso, no curso do procedimento inquisitório, são aqueles já devidamente documentados nos autos, ou seja, aquelas diligências realizadas, se trazidas nos autos do procedimento. Todavia, aquelas aos quais ainda não foram realizadas e que necessitam do sigilo, este não terá acesso às respectivas diligências.⁶⁴

Assim, Paulo Rangel entende que o sigilo se apresenta como instrumento eficaz na descoberta da autoria e comprovação da materialidade do fato, sendo instrumento necessário à persecução penal. Assim, a publicidade dos atos praticados durante o período inquisitório, se padece pela publicidade dos seus atos, mas inclui a possibilidade de decretação do sigilo para investigações que envolvam a necessidade da respectiva medida para atender de forma eficaz o interesse social, a segurança da sociedade e a do Estado, a fim de garantir uma melhor prestação jurisdicional, contudo, não deixando de preservar os direitos e as garantias fundamentais do acusado.⁶⁵

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**.

⁶⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 145.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO DIREITO A INTIMIDADE

José Joaquim Gomes Canotilho respalda que os direitos fundamentais se submetem à função do direito de defesa, sendo relacionados com os chamados direitos fundamentais dos cidadãos sob uma dupla perspectiva, no seu dizer:

“(1) constituem, num plano jurídico-objetivos, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.⁶⁶

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu os direitos e garantias fundamentais, sendo essas divididas em cinco espécies quanto ao seu gênero: os direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.⁶⁷

Assim, a doutrina classifica os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, assim ensina Celso de Mello,

“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.⁶⁸

Desta forma, a liberdade ou o direito de defesa estão elencados com os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, sendo estes os classificados como direitos individuais e políticos clássicos.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, previstos em seu art. 5º, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos,

⁶⁶ MORAES, de Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 30.

não constituem como instrumento ilimitado, visto que abrangem seus próprios limites em outros preceitos consagrados na Carta Magna.

Por consequência, os direitos à intimidade e à própria imagem consagram a proteção constitucional à vida privada, abrangendo às relações de trato íntimo das pessoas e seus familiares. Em contrapartida, a concepção da vida privada envolve os demais relacionamentos sociais.

Assim, Moraes ressalta que,

“No restrito âmbito familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, levando-se em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver um maior cuidado em qualquer intromissão externa.

Desta forma concluímos como Antonio Magalhães, no sentido de que “as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vigência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões”⁶⁹.

Nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no seguinte sentido:

“Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria

⁶⁹ MORAES, de Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 54.

Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais⁷⁰”.

Portanto, nessa perspectiva será estudada a previsão constitucional dos direitos fundamentais, quanto sua análise conceitual aos direitos à imagem, à honra, à vida privada e à intimidade.

2.1 Teoria dos direitos fundamentais

Segundo Sarlet⁷¹, a natureza jurídica das normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais apresenta eficácia de direitos constitucionais, uma vez que tais normas que consubstanciam os direitos fundamentais, bem como os direitos individuais são de eficácia e aplicabilidade instantânea, exemplificando que:

“São direitos constitucionais na medida em que se inserem ao texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais”.

Assim, os direitos fundamentais consagrados na Magna Carta, dentre eles as garantias individuais e coletivas, consagrados no art. 5º da CF, devem ser contemplados de forma ilimitada, visto que seus limites se debatem com os demais preceitos previstos na Constituição. Portanto, quando houver conflitos entre essas garantias, deve-se o julgador utilizar de ponderação de valores, a fim de evitar o sacrifício de uma das partes em relação a outra, na tentativa de harmonia com o texto constitucional.

Para Guilherme Moraes, os direitos fundamentais são conceituados como “direitos subjetivos, assentados no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicabilidade nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade”.⁷²

⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 201.819-8/RJ. Relatora originária Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Publicado no Diário da Justiça em 27/10/2006

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2001. In: MORAES, de Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

⁷² MORAES, de Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 537.

Nessa perspectiva, Afonso da Silva também prescreve que “a expressão direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”⁷³. Assim, poderíamos definir os direitos fundamentais em uma perspectiva de categoria especial, sendo dividida em dois elementos, na perspectiva subjetiva e objetiva.⁷⁴

Na perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais conferem uma faculdade de comportamento ao titular da exigência de ação ou omissão do estado, ou de terceiro, diante de uma perspectiva de presunção de elementos positivados ou negativados, visando à preservação da situação particular.⁷⁵

Assim, os requisitos subjetivos, consistem naqueles essenciais, não sendo apenas uma forma decorrente de determinação legal. Todavia, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, se caracterizam como elementos do próprio ordenamento jurídico, “sendo certo que a afirmação e salvaguarda dos direitos fundamentais é condição de legitimação do Estado de Direito”.⁷⁶

De certo que os direitos assegurados no artigo 5º da Constituição Federal, arrolam o que denominamos de direitos coletivos e individuais, englobando situações de direitos formais. Contudo, não deixam de apresentar caráter em sentido especial, sobretudo por não apresentar uma visão taxativa, visto que não se excluem outros direitos expressos ou implícitos, compreendendo na consideração dos direitos fundamentais do homem.

Quando se discutem os direitos constitucionais parte-se do pressuposto que o direito consiste em uma forma de comando, enunciado do Poder Estatal, sendo, portanto, um conjunto de símbolos que comandam as condutas humanas. Tal comportamento se difere dos preceitos da Roma antiga em que o direito se destinava a regular não apenas as condutas humanas, mas também a condutas dos animais e das coisas.

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 181.

⁷⁴ MORAES, de Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 538.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 539.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 539.

Dessa premissa, conclui-se que mesmo que existam direitos fundamentais fora do rol previsto na constituição, eles somente são considerados direitos fundamentais se reconhecidos pela própria constituição. Assim, tais preceitos podem ser implícitos, contudo, o filtro e parâmetros de seu reconhecimento são aqueles estabelecidos pela Magna Carta, para fins de regulamento das condutas do ser humano.

Tal concepção abrange os direitos fundamentais do homem, que não se diferenciam de outras coisas, sendo normas enunciadas do estado, em linguagem prescritiva e comandam condutas humanas, aqueles conhecidos pela garantia da autonomia aos seus indivíduos de forma particular.⁷⁷

Assim, a Constituição Federal ao enunciar a classificação dos direitos do indivíduo, assegura quando a inviolabilidade ao direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança, e à propriedade⁷⁸. Contudo, ao pleitear tais direitos o julgador tem que dar condutas humanas para o seu pleito, a fim de estabelecer a prevalência dos direitos fundamentais.

Nesse entendimento, a Magna Carta quantos aos requisitos dotados da vida individual, assegura o controle a garantia da inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra, e à imagem das pessoas.⁷⁹

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando quanto ao direito de acesso à informação, diante da intimidade de dados de seus servidores, aplicando diretamente os direitos fundamentais na resolução dos respectivos litígios, *in verbis*:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. DISTINÇÃO ENTRE A DIVULGAÇÃO DE DADOS REFERENTES A CARGOS PÚBLICOS E INFORMAÇÕES DE NATUREZA PESSOAL. OS DADOS PÚBLICOS SE SUBMETEM, EM REGRA, AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. DISCIPLINA DA FORMA DE

⁷⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p 196.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 196.

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/constituicao%C3%A7ao.html>>. Acesso em: 26 ago. 2016. Art. 5º, X.

DIVULGAÇÃO, NOS TERMOS DA LEI. PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O interesse público deve prevalecer na aplicação dos Princípios da Publicidade e Transparência, ressalvadas as hipóteses legais. II – A divulgação de dados referentes aos cargos públicos não viola a intimidade e a privacidade, que devem ser observadas na proteção de dados de natureza pessoal. III – Não extrapola o poder regulamentar da Administração a edição de portaria ou resolução que apenas discipline a forma de divulgação de informação que interessa à coletividade, com base em princípios constitucionais e na legislação de regência. Agravo regimental a que se nega provimento”.⁸⁰

2.1.1 Direito à imagem

A Constituição Federal da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso x, dispõe que “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 de sua violação”. No mesmo entendimento, o Código Civil de 2012, consagra a titularidade do direito a imagem, sendo um direito individual que tem a pessoa de impedir a publicidade de sua imagem, sem autorização, em que a captação e a posterior utilização econômica dependem de sua anuência, disposição claramente prevista no ordenamento jurídico civil, senão vejamos:

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”.

Para José Afonso da Silva⁸¹, o direito à imagem está entrelaçado à personalidade moral do indivíduo. Regina Sahm conceitua o direito à imagem, atribuindo-lhe elemento agregado tanto na esfera da personalidade individual, como social de um indivíduo, *in verbis*:

“Conjugando os vários elementos componentes da imagem, inclusive o da imagem-qualificação, podemos enunciar o direito à imagem como: conjunto de faculdades ou prerrogativas jurídicas cujo objeto é toda expressão e sensível da personalidade que individualiza a pessoa quer em sua expressão estática (figura), quer dinâmica

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 766390 DF, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 24/06/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014.

⁸¹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 211.

(reprodução); assim como por meio da qualificação ou perspectiva, de acordo com a sua verdade pessoal, (existencial), a imagem que faz de si (subjetivamente) e seu reflexo na sociedade (objetivamente), garantida a utilização exclusiva pelo titular, compreendendo a prevenção dos atentados sem prejuízo da indenização por danos causados”.⁸²

Nesse sentido, anote-se que a Terceira Turma do STJ também já teve a oportunidade de apreciar questão semelhante, valendo citar as considerações do eminente Paulo De Tarso Sanseverino, por ocasião do julgamento do REsp 1.432.324 SP:

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFENSA AO DIREITO DE IMAGEM. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL ‘IN RE IPSA’. PRECEDENTES. ENUNCIADO 278 DA IV JORNADA DE DIREITO CIVIL. 1. Ação de indenização por danos morais movida por conhecido piloto automobilístico em face da veiculação de publicidade utilizando o apelido do autor, amplamente conhecido pelo público em geral, em um contexto que claramente o identificava (criança, em um carro de brinquedo, com um macacão na mesma cor que o piloto demandante usava em sua equipe de Fórmula 1). 2. Jurisprudência firme desta Corte no sentido de que os danos extrapatrimoniais por violação ao direito de imagem decorrem diretamente do seu próprio uso indevido, sendo prescindível a comprovação da existência de outros prejuízos por se tratar de modalidade de dano “in re ipsa”. 3. Aplicável ao caso o Enunciado nº 278, da IV Jornada de Direito Civil que, analisando o disposto no art. 18 do Código Civil, concluiu: “A publicidade que divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade”. 4. Retorno dos autos ao tribunal de origem para arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais postulada na petição inicial. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO”.⁸³

Em contrapartida, Manuel Jorge e Silva Neto, afirma o entendimento que a personalidade moral pode até constituir algum outro direito de ofensa da personalidade, porém nem todas às vezes a violação desse direito, viola necessariamente a sua honra moral. E aponta que:

“não pode persistir, assim, qualquer tentativa de identificar a imagem-atributo e o direito a honra, porque há um sem-número de situações

⁸² SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002. p.34.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1432324 SP 2012/0275340-2**, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 18/12/2014, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 04/02/2015.

nas quais um desses direitos individuais pode vir a ser isolado sem que, nem de longe, se cogite a transgressão do outro”.⁸⁴

Assim, evidencia-se o caráter eminentemente protetivo do ordenamento jurídico brasileiro, quanto a proteção da integridade da imagem, levando a seus titulares o pleito jurisdicional quando violados o seu uso indevido e desautorizado, pleiteando cunho indenizatório, incluindo-se o dano moral, em razão do descumprimento da norma por terceiros.

2.1.2 Direito à honra

O direito à honra também foi objeto explícito consagrado pela Constituição Federal, no seu Art. 5º, inciso X. Como anteriormente respaldado, o direito à honra, em numerosas vezes, está relacionado à violação do direito à imagem. Tal entendimento é consagrado quando se verifica que a violação de um desses direitos fundamentais, apresenta coligação com o outro, uma vez que nem sempre a transgressão de um, necessariamente, decorre da transgressão do outro.

Talvez, essa distinção da verificação da ocorrência de violação de apenas um dos elementos, ou ambos, decorre de grande dificuldade, haja vista as relações parecidas em que ambos os direitos apresentam. Dessa forma, certos requisitos devem ser percebidos e verificados para o julgador no momento da análise do caso concreto, a fim de sentenciar de forma justa, eficiente e rápida.

Da mesma forma, o pacto de São José da Costa Rica, também reconhece a proteção à honra em seu artigo 11, alegando que “toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”, bem como: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

Para Manoel Jorge e Silva Neto, o direito à honra se distingue em duas espécies, sendo elas a honra subjetiva e objetiva. Para o autor, a honra subjetiva consiste no conceito que o próprio sujeito tem de si; já a honra objetiva estaria

⁸⁴ SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo. Saraiva. 2013. p. 745.

interligada a imagem que esse sujeito apresenta no seu cunho social, em virtude do meio como se comporta.

Por sua vez, para José Afonso da Silva, a honra é o “conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades”.⁸⁵

Nesse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido que críticas à atividade desenvolvida pelo homem público são decorrência natural da atividade por ele desenvolvida e não ensejam indenização por danos morais quando baseadas em fatos reais, aferíveis concretamente.

Entretanto, isso não significa que pessoas que desempenham cargos públicos não são passíveis da configuração do dano moral. Cite-se o trecho do Julgado de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, perante o Superior Tribunal de Justiça, ao qual o Governador do Estado do Maranhão, alegou que grande revista de circulação teria publicado em matéria de capa sua foto sem autorização, fotos de sua intimidade, bem como fatos relativos a processos judiciais que corriam em segredo de justiça, atingindo a sua honra.

Nesse sentido o respectivo tribunal se manifestou da seguinte forma, negando seu provimento:

“12.- Com relação à ilicitude da conduta imputada à Recorrente, a simples leitura da matéria publicada, já é suficiente para se chegar a um veredicto. Embora se abstenha de aqui transcrever o conteúdo da matéria, tendo em vista a existência de informações colhidas em processos que correm sob segredo de justiça, é fora de qualquer dúvida que trata ela de questões afetas à vida pessoal do Recorrido, mais precisamente da relação com o filho, as quais nada, absolutamente, revelam de interesse público.

O cargo público que o Recorrido ocupava à época não diminuiu o seu direito constitucional à intimidade a tal ponto de se justificar invasão de privacidade. Transparece a divulgação de informações não integrantes do orbe do direito à informação pública, muitas delas, aliás, protegidas pelo segredo de justiça decretado em autos judiciais. Acrescente-se que o Recorrente assim procedeu não apenas divulgando informações sob segredo de justiça, mas ainda agregando a essas informações juízo de valor negativo, de modo a transmitir ao leitor a depreciação da pessoa do Recorrido. Nesses

⁸⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 211.

termos, mostra-se incontestemente a prática de ato ilícito, consistente em violação da honra e da intimidade.

13.- Vale registrar que, em casos como o presente, descabe a abertura de dilação probatória, a pedido do réu, para investigar a veracidade dos fatos reportados na matéria impugnada. Com efeito, ainda que tal apuração resultasse em conclusão positiva, não teria deixado de haver ato ilícito, ao passo que, se apurado que os fatos descritos não eram verdadeiros, ainda mais grave teria sido o ato ilícito.

14.- Com relação à prova do dano moral, cumpre registrar que segundo a Jurisprudência desta Corte, "o dano moral não depende de prova; acha-se *in re ipsa*" (REsp 296.634-RN, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 26.8.2002). Assim, "não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam" (REsp 86.271/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 9.12.97). No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: REsp 23575/DF, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJU 1º.9.97; REsp. 233.076/RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJU 28.2.00; REsp. 471.159/RO, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 31.3.03, entre muitos outros.

Assumindo-se que o dano moral não carece de prova, sendo necessário prova apenas do ato que lhe rende ensejo e, de outra parte, admitindo-se que, no caso dos autos, a publicação da matéria jornalística ofensiva à honra e à intimidade é incontestemente, resta apenas saber se esse fato em si próprio, isto é, *in re ipsa*, é capaz de gerar dano moral".

Assim, a publicação da veracidade dos fatos é conduta de liberdade constitucional que apresenta raízes no direito à informação e liberdade de expressão, sendo que a prova da verdade pode excluir como fator excludente de responsabilidade, uma vez que a informação falsa que não seria objeto de proteção pela Constituição Federal:

"Isso não impede que a liberdade seja reconhecida quando a informação é desmentida, mas houve objetivo propósito de narrar a verdade – o que se dá quando o órgão informativo comete erro não intencional. O requisito da verdade deve ser compreendido como exigência de que a narrativa do que se apresenta como verdade fatural seja a conclusão de um atento processo de busca de reconstrução da realidade. Traduz-se, pois, num dever de cautela imposto ao comunicador. O jornalista não merecerá censura se buscou noticiar, diligentemente, os fatos por ele diretamente percebidos ou a ele narrados, com a aparência de verdadeiro, dadas as circunstâncias. É claro que não se admite a ingenuidade do jornalista, em face da grave tarefa que lhe incumbe desempenhar".⁸⁶

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Todavia, deve-se atentar para as circunstâncias do fato da liberdade de expressão não prevalecer sobre o direito à honra. Todavia, caso isso ocorra, em casos de colisões entre ambos os direitos, deve-se:

considerar se o ato informado tem relevância pública para a formação da opinião daquela respectiva sociedade ou se a pessoa afetada pela informação publicada era realmente pessoa que estaria sujeita à transparência e publicidade de seus atos e conseqüentemente, ao escrutínio público. Somente diante de tal análise poderemos ofertar maior ou menor amplitude do direito à honra sobre o direito à liberdade de expressão ou, ao contrário, sobrepujar a livre expressão, tornando tênue o direito à honra”.⁸⁷

Assim, percebe-se que a honra é objeto de proteção em todas as esferas do ordenamento jurídico brasileiro, sendo consagrado em vários dispositivos. Tal proteção consiste em importante valor, uma vez que o amparo à honra da pessoa física se encontra entrelaçado ao que o indivíduo tem de maior valor, a sua imagem tanto de forma pessoal, quanto a sua imagem que transparece ao grupo social em que está inserido.

Conclui-se que as esferas de proteção da intimidade e da honra deve-se apresentar como instrumentos de tutelas autônomas, não havendo que se considerar a honra objeto absorvido pela intimidade de um indivíduo, em que ambos direitos apresentam natureza autônoma, contudo, não deixando de ocorrer à possibilidade de conjunção de ambos os direitos em um mesmo determinado caso concreto.

2.1.3 Intimidade e vida privada

Em conclusão, será abordada uma síntese do plano constitucional vigente, quanto a proteção da intimidade e à vida privada do indivíduo, como garantias fundamentais consagradas pela Carta Magna.

A Constituição Federal da República de 1988 assegurou uma inovação aos seus conjuntos de valores, objetivando garantir e promover, em um primeiro

⁸⁷ MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à honra**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios publicado em 05/04/2010. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-honra-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em 28 jul. 2016.

patamar, a dignidade da pessoa humana, como direito à personalidade, abrangendo os dois institutos como mecanismos de seus desdobramentos.⁸⁸

Apesar de ambas as postulações, a jurisprudência não tem feito distinções entre os referidos institutos. Todavia, há alguns doutrinadores que os distinguem na afirmação de que a intimidade faria parte da vida privada. Assim, afirma José Afonso da Silva:

“a intimidade foi considerada um direito diverso dos direito à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestações daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Por isso preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”.⁸⁹

Assim, o direito à privacidade teria como objeto o comportamento inerente à própria atividade humana social, seus relacionamentos e acontecimentos em gerais, ao qual não deseja que tais circunstâncias cheguem a conhecimento do público. Enquanto o direito a intimidade teria como objeto a preservação de questões ainda mais íntimas de um indivíduo, como conversas, informações pessoais.⁹⁰

Tais princípios constitucionais também são assegurados no âmbito dos direitos dos homens, consagrados pelo Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁹¹. A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 11, 2, dispõe que:

“Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

[...] 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.⁹²

⁸⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁸⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 208.

⁹⁰ QUEIROZ, Iranilda Ulisses Parente. Proteção à intimidade e à vida privada a luz da Constituição Federal de 1988. **DireitoNet**. 05/jun/2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2662/Protecao-a-intimidade-e-a-vida-privada-a-luz-da-Constituicao-Federal-de-1988>>. Acesso em 01 set. 2016.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603616** - Recurso Extraordinário - Data de Publicação DJE 10/05/2016 - Ata Nº 66/2016. DJE nº 93, divulgado em 09/05/2016.

⁹² Ibidem.

No mesmo entendimento, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 8º, aduz que:

“Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.⁹³

Todavia, a vida em comunidade apresenta como fator primordial as interações entre pessoas. Dessa forma, o direito à privacidade, como qualquer outro direito fundamental, também apresenta restrições e limitações, diante de sua própria existência humana na convivência de caráter social. Nessa perspectiva, terceiros desautorizados não podem violar condições de direitos individuais, assegurados como valores humanos, com objetivo de proteger danos irreparáveis de reservas pessoais.⁹⁴

Soma-se a esse entendimento, o posicionamento de George Marmelstein, quanto aos direitos de personalidade, atingindo o âmbito da vida privada:

“O constituinte brasileiro positivou uma série de direitos com o objetivo de criar uma espécie de redoma protetora em torno da pessoa dentro do qual não cabe, em regra, a intervenção de terceiros, permitindo com isso o livre desenvolvimento da individualidade física e espiritual do ser humano. São os direitos de personalidade”.⁹⁵

O Desembargador Federal Carlos Muta perpetua que o direito à intimidade, como todos os outros, sofre limitações, não apresentando caráter absoluto:

“A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas é garantia individual que, por evidente, não possui contornos absolutos porque situado num plano de convivência constitucional com outros princípios e valores, conduzindo, em caso de aparente conflito, à concretização de técnicas de interpretação, específicas do direito constitucional. A intimidade e a vida privada

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603616** - Recurso Extraordinário - Data de Publicação DJE 10/05/2016 - Ata Nº 66/2016. DJE nº 93, divulgado em 09/05/2016.

⁹⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 138.

não podem ser visualizadas apenas pelo ângulo da defesa do patrimônio individual, embora este seja essencial, justamente porque, se é verdade que o público torna necessário o privado, como reserva de consciência, de expressão e de desenvolvimento da própria individualidade, tampouco pode ser olvidado que o social conduz à necessidade de conversão, em grau a ser aferido pelo critério da razoabilidade, do segredo absoluto em relativo como consequência e na extensão do rigorosamente necessário à interação do indivíduo com a sociedade a que pertence”.⁹⁶

Ademais, o Código Penal Brasileiro, referente ao sigilo profissional, considerado como uma das formas de proteção à esfera íntima, também prevê o crime de violação de segredo profissional como instrumento normativo da intimidade, senão vejamos:

“Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”.⁹⁷

Como assinalado, a ideia de restrição dos direitos fundamentais é prevista na Carta Maior, enunciado em seu artigo 5º, incisos XII (sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas), XIII (liberdade do exercício profissional), e XV (liberdade de locomoção).⁹⁸

Quanto ao sigilo das comunicações, registra-se o entendimento prolatado em seu voto pelo Ministro Celso de Mello:

“O art. 5º, XII, da Lei Fundamental da República, permite, agora, a interceptação das conversas telefônicas. Essa providência excepcional sujeita-se, no entanto, para efeito de sua validade efetivação, a determinados requisitos que, fixados pelo próprio ordenamento constitucional, condicionam a eficácia jurídica desse meio de prova.

A derrogação desse princípio tutelar do sigilo telefônico somente legitimar-se-á, desde que a interceptação, sempre precedida de ordem judicial, venha a realizar-se no campo exclusivo da persecução penal e nas hipóteses a serem ainda definidas em *numerus clausus* pelo legislador, a quem incumbe prescrever, de outro lado, o modo e a forma de sua execução.

[...]

⁹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/543915>>. Acesso em 30 ago. 2016.

⁹⁷ BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01 set. 2016.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

O preceito inscrito no art. 5º, XII, da Lei Fundamental qualifica-se, no que se refere à escuta telefônica, como estrutura jurídica dotada de insuficiente densidade normativa, a tornar imprescindível, para que possa operar, a necessária mediação legislativa concretizadora do comande nele positivado, na realidade, a norma constitucional em questão – por reclamar a interpositivo legislatoris – não opera, em plenitude, no plano jurídico, e no que concerne à possibilidade das interceptações telefônicas, todas as suas consequências e virtualidades eficaciais”.⁹⁹

Sendo assim, no que diz respeito às gravações telefônicas, estas não são abarcadas pela determinação constitucional acima exposta, então, seu sigilo é violável, somente por determinação judicial que estabeleça o contrário, ela sempre será desenvolvida assim.¹⁰⁰

Portanto, o sigilo das comunicações telefônicas consiste em um dos instrumentos de restrição dos direitos fundamentais autorizados pela própria Constituição Federal, quando objeto necessário para a convicção probatória do julgador na busca de garantir a verdade real dos fatos a cada caso concreto.¹⁰¹

Diante do exposto, o próximo capítulo tem por objetivo analisar a possibilidade em certas situações de correlação entre o direito à intimidade e à vida privada, frente à quebra da comunicação, da interceptação, das comunicações e a publicidade de seus teores.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 69.912**. Relator Min. Celso de Mello, DJ de 26.11.1993.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 69.912**. Relator Min. Celso de Mello, DJ de 26.11.1993.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

3 AFASTAMENTO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E PUBLICIDADE

Neste capítulo, serão evidenciadas noções e correlações essenciais ao entendimento evidenciados acerca das interceptações telefônicas e suas conexões com outros direcionamentos referentes ao sigilo das respectivas medidas e sua publicidade, abrangendo uma análise profunda e pontual das disposições referendadas ao texto legislativo disposto em meio à Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996.

Posteriormente, será realizado um estudo de caso referente à questão do sigilo *versus* a publicidade das interceptações telefônicas em situação onde a comunicação realizada pode ser efetivada na qualidade de prova, desde que eticamente comprometida com a legalidade de seus atos e com a imparcialidade de seus membros.

Por tudo isso, o presente capítulo pretende contribuir tanto no sentido de ampliar os horizontes teóricos sobre a questão, bem como proporcionar uma correlação quanto aos problemas de ordem processual, quando tais mecanismos são utilizados como instrumentos de provas maculadas de ilegalidade, ou quando não adotado as devidas cautelas previstas no ordenamento normativo, assumindo, com isso, o risco de afetar o resultado válido da apuração.

A investigação dessas questões é de grande relevância social. Primeiro, pela importância de garantir uma segurança jurídica no ordenamento brasileiro; segundo, devido ao fato de que tais mecanismos quando empregados como meios violadores de direitos colidem com os próprios direitos fundamentais da pessoa humana.¹⁰²

Por essas razões, é oportuno procurar demonstrar e exemplificar sobre o tema abordado, através de decisão proferida pela Justiça Federal do Paraná, em manifestação na decisão nº 5006205- 98.2016.4.04.7000/PR, abrangendo as alegações proferidas pelo Juízo “*a quo*” para deferimento da medida de quebra de sigilo dos áudios telefônicos a pedido formulado pelo Ministério Público Federal em

¹⁰² CANCI JUNIOR, Wilson. Sigilo das comunicações e interceptação telefônica. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php? n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11037>. Acesso em 01 set. 2016.

relação a pessoas associadas ao ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, inclusive este, e seus eventuais desdobramentos, perante o Supremo Tribunal Federal.

Assim, o presente capítulo pretende contribuir com o debate da questão, chamando a atenção para a necessidade da imparcialidade do julgador na busca da verdade real, respeitando os preceitos constitucionais, visto que a Justiça é uma das bases do Estado Democrático de Direito.¹⁰³

3.1 Do direito à intimidade e a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996

Tendo em vista a modelagem constitucional, cabe ressaltar que a interceptação das comunicações telefônicas foi autorizada pela Constituição Federal, como exceção à inviolabilidade do sigilo das comunicações, para fins de investigação ou de instrução no âmbito do processo penal.¹⁰⁴

Nesse sentido, a referida exceção constitucional ganhou o seu referido diploma normativo, em 1996, por meio da Lei 9.296. Trata-se de uma forma investigativa que, ao longo dos anos, foi bastante utilizada, mas, nem sempre com a devida observância do devido processo legal¹⁰⁵, como se verá neste capítulo.

Partindo como objeto de análise deste estudo, acerca da Lei nº 9.296 de 1996 a ser observada nesta seção, Cabral evidencia que com a promulgação do presente marco normativo, o pressuposto da interceptação telefônica passou a possuir regulamentação e, além disso, passou-se a prever de forma expressa a necessidade da autorização judicial para a sua realização, constituindo crime quando da operacionalização de tal ação ocorre sem o referido aval.¹⁰⁶

¹⁰³ CANCI JUNIOR, Wilson. Sigilo das comunicações e interceptação telefônica. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php? n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11037>. Acesso em 01 set. 2016.

¹⁰⁴ STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁰⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰⁶ CABRAL, Camilla Cavalcanti Rodrigues. **Interceptação telefônica: Análise da Lei nº 9.296/96 segundo o entendimento dos Tribunais Superiores. Conteúdo Jurídico**, Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55665&seo=1>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

E, numa acepção geral, este direcionamento específico está vastamente ilustrado na lei em questão, como pode ser analisado em meio aos artigos 1º e 10º da mesma, como se lê:

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

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

[...]

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigilo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa”.¹⁰⁷

Tal como também se pode observar em meio ao artigo 2º do mesmo dispositivo legislativo em questão, que dispõe acerca das situações onde não serão aceitas, de forma alguma, realizações de gravações/interceptações de conversa.¹⁰⁸

Para compreender melhor a questão relativa às interceptações telefônicas, é preciso situar sua esfera de possibilidades no âmbito do devido processo legal. Trata-se de uma das cláusulas fundamentais do Estado Democrático de Direito¹⁰⁹ e consiste na ideia de que ninguém deve ser tratado, pelo Estado, de forma diversa da prescrita em lei, conforme aponta Júlio Mirabete.¹¹⁰

No âmbito do processo penal, essa garantia assume especial relevância, vez que o que se está em jogo é a tutela das liberdades individuais¹¹¹, razão pela qual

¹⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

¹⁰⁸ Ibidem. “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”.

¹⁰⁹ PRADO, Luis Regis. **Provas ilícitas: teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. São Paulo: Impetus, 2009.

¹¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

¹¹¹ STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

deve ser observado o máximo rigor quando se trata de exceções aos princípios gerais da liberdade dos cidadãos.¹¹²

Trata-se, portanto, de um tema de extrema relevância para a sociedade, tendo em vista os seus desdobramentos práticos na vida do cidadão comum. Potencialmente, as interceptações podem atingir um número grande de pessoas, razão pela qual sua utilização deve guardar moderação e proporcionalidade, para atingir os fins a que se destina.¹¹³

Conceitualmente, Luís Régis Prado¹¹⁴ define interceptação telefônica como “o ato de interferir nas comunicações telefônicas, de modo a impedi-las ou de forma a ter acesso ao seu conteúdo”. Por sua vez, Avolio¹¹⁵ traz importantes lições a respeito da interceptação telefônica. Para o autor:

“o que se mostra essencial para a noção de interceptação é o fato de a operação telefônica ter sido efetuada por uma pessoa estranha à conversa, e que esse terceiro estivesse investido do intuito de tomar conhecimento de circunstâncias, que, de outra forma, lhe permaneceriam desconhecidas. Desta forma, a interceptação telefônica em sentido estrito é a captação de conversa telefônica por um terceiro sem conhecimento dos interlocutores”.

No tocante à natureza jurídica da interceptação telefônica, pode-se considerar que se trata de uma medida excepcional e cautelar, que tem por objetivo assegurar a produção de provas, no âmbito da persecução penal. Para Avolio,

“a medida cautelar visa evitar a modificação da situação existente ao tempo do crime durante a tramitação do processo principal. A tutela cautelar torna-se necessária diante da impossibilidade de se fazer com rapidez e segurança jurídica o processo de conhecimento condenatório”.¹¹⁶

Nesse sentido, a ideia é que a interceptação sirva para que a finalidade a que se destina, qual seja a produção de provas eficazes a serem utilizadas no âmbito da justiça penal. Todavia, é escusado dizer que o desconhecimento por parte do agente

¹¹² LACHI, R. Exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Jurídica Unigran**, Dourados, MS, v. 11, n. 22, p. 85-98, jun./dez. 2009.

¹¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

¹¹⁴ PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹¹⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 38.

interceptado da aplicação das medidas é condição necessária para a eficácia dos procedimentos.¹¹⁷

Com efeito, não há que se falar na possibilidade de o agente interceptado, alvo da persecução penal se opor à medida, haja vista que não se pode oferecer possibilidade de contestação, sob pena de frustração das medidas. No mesmo sentido, se posiciona o magistrado do STF:

“O deferimento da medida é *inaudita altera pars*, não tendo o investigado conhecimento de que sua conversa está sendo captada, mas, ao se concluírem as diligências, será levantado o sigilo, podendo o investigado valer-se de habeas corpus para impugnar a medida se tiver havido nulidade. Entende Gomes que se o pedido for indeferido o Ministério Público pode ingressar com mandado de segurança”.¹¹⁸

A Carta Magna, em seu art. 5º, consagra uma série de direitos fundamentais, que foram incorporados ao ordenamento jurídico como vitória de um processo de redemocratização do Brasil. Dentre eles, releva para este estudo o direito a intimidade e ao sigilo das comunicações telefônicas. De acordo com a Constituição,

“Art 5º:

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação”.¹¹⁹

Nesse sentido, aduz-se à lição de Walter Ceneviva:

“Os conceitos de intimidade e vida privada são muito próximos e correspondem ao direito da pessoa de não ser incomodada, no espaço físico que escolher, de viver por si mesma, livre de qualquer forma de divulgação ou de publicidade que não deseja suportar”.¹²⁰

Dessa forma, pode-se compreender que a proteção constitucional à intimidade importa a limitação do poder do Estado frente aos desejos do indivíduo. A vida em sociedade reclama o absoluto respeito a esse princípio, de modo que a todos e a cada um seja conferido respeito e consideração¹²¹, no trato de suas liberdades individuais. A Carta Magna, portanto, assegura que as escolhas

¹¹⁷ MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

¹¹⁸ Ibidem, p. 182.

¹¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Lei de 05 de outubro de 1988**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

¹²⁰ CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 82.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

concernentes a vida privada, que não colidam com o interesse da coletividade restarão, portanto, resguardadas.

Nesse ponto, a compreensão da intimidade como um direito fundamental subjaz a ideia de que o que se passa no âmbito privado das relações sociais não é de interesse de outras pessoas. Portanto, a ordem jurídica vigente deve assegurar que o indivíduo não seja interpelado ou questionado pelas escolhas que livremente desejou fazer¹²². Com o mesmo entendimento, aponta Macedo:

“Nesse sentido, o direito a intimidade conduz à pretensão do indivíduo não ser foco da observação por terceiros em suas conversações, de não ter seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros.

Intimidade consiste, assim, na esfera secreta da pessoa física, mantendo forte ligação com a inviolabilidade do domicílio, com o sigilo das comunicações telefônicas, sigilo das correspondências e com o segredo profissional”.¹²³

Ou, conforme leciona André Ramos Tavares¹²⁴: “o direito à intimidade traduz-se, portanto, no direito de opor-se à invasão da curiosidade alheia, tendo sido invocado contra a utilização abusiva de aparatos de captação de sons, por exemplo”.

Pode-se verificar, portanto, que, para assegurar a proteção do direito a intimidade, o constituinte desdobrou esse princípio em outros direitos de igual estatura constitucional, que compõem uma esfera especial de proteção estatal¹²⁵. Neste capítulo, o que mais nos interessa, qual seja, o direito ao sigilo das comunicações telefônicas.

A par da compreensão da esfera protetiva e da eficácia dos direitos fundamentais, o direito à intimidade não é - assim como os outros direitos

¹²² STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹²³ MACEDO, Cynthia de Sá Vasconcelos Mortimer. **A interceptação telefônica e sua admissibilidade como meio de prova no Direito Processual Penal Brasileiro**. TCC (graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2010. p. 54.

¹²⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 572.

¹²⁵ PRADO, Luis Regis. **Provas ilícitas**: teoria e a interpretação dos tribunais superiores. São Paulo: Impetus, 2009.

fundamentais - um direito absoluto¹²⁶. Pode-se, conforme se verá a seguir, admitir que esse direito seja, por razões estritamente necessárias, ser limitado.

Todavia, é preciso estabelecer: o direito à intimidade é a regra conformadora das relações entre Estado e o indivíduo. Entretanto, em determinadas situações, sempre temporárias, esse direito pode ser limitado. Nessa mesma linha, posiciona-se Aieta:

“O constituinte de 1988 explicitou a inviolabilidade das comunicações, mas entendeu por bem autorizar a interceptação das comunicações telefônicas, para que restassem subsídios que pudessem apontar o fato delituoso, quando imprescindível”.¹²⁷

Ressalte-se, porém, que a lição da autora vai no sentido de que a limitação do direito ao sigilo telefônico só se sustenta se se compreende que tal medida é necessária e inevitável. É inadmissível que a interceptação telefônica seja o ponto de partida de quaisquer investigações, de modo que o referido direito só pode ser limitado, quando houver fundadas razões para isso.

Nesse contexto, surge a Lei 9.296/1996, que pode ser aplicada às “comunicações telefônicas de qualquer natureza” (art. 1). Note-se que há uma divergência doutrinária, no tocante ao alcance da norma.

Com base no entendimento de Gomes & Cervini:

“Comunicações telefônicas de qualquer natureza significa qualquer tipo de comunicação telefônica permitida na atualidade, em razão do desenvolvimento tecnológico. Para efeito de interpretação da lei o que interessa é a constatação do envolvimento da telefonia, com os recursos técnicos e comunicativos que atualmente ela permite”.¹²⁸

Pelo que se pode verificar, o entendimento dos mencionados doutrinadores consiste na ideia de que a interceptação telefônica compreenderia todas as formas de comunicação possíveis, tendo em vista o interesse público. Diversamente, entende Grinover et al:

“Mas, mesmo com relação a telemática, deve-se dizer que o texto constitucional só parece permitir a interceptação de ‘comunicação

¹²⁶ MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

¹²⁷ AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 190.

¹²⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 112.

telefônica' e não da comunicação via telefone (compreendendo a telemática), E como as regras limitadoras de direitos, sobretudo quando excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente, poderia afirmar-se que a previsão de interceptação do fluxo de comunicações, tanto pela informática como pela telemática, é inconstitucional".¹²⁹

Vê-se, portanto, que a divergência doutrinária reside no entendimento sobre o alcance da norma. Pela leitura feita, com apoio na doutrina especializada, parece que a compreensão mais acertada está em entender o alcance da norma como limitado.

Note-se que a Constituição, ao excepcionar direitos, não confere ao intérprete dessas normas limitadoras as possibilidades de abandono do texto legal para extrair dos diplomas normativos inferiores a limitação dos direitos que apenas podem ser mitigados por expresse comando constitucional.¹³⁰

Por essa razão, em que pese ser possível eventual mudança na lei, é preciso compreender que o alcance da norma reside na interceptação telefônica, ainda que se possa discutir – embora fuja ao escopo desta monografia – se é constitucional a ampliação do conceito de interceptação das comunicações telefônicas, para os meios informáticos, também.¹³¹

3.2 Aspectos fundamentais da interceptação telefônica

No tocante aos requisitos para o deferimento da interceptação telefônica, pode-se citar que estão contidos no art. 2º da mencionada lei, a saber: I – indícios suficientes de autoria ou participação em infração penal; II – impossibilidade de a prova ser obtida por outros meios investigatórios disponíveis; III – o fato criminal constituir infração penal punida com reclusão.¹³²

¹²⁹ GRINOVER, A. P. et. al. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.135.

¹³⁰ LACHI, R. Exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Jurídica Unigran**, Dourados, MS, v. 11, n. 22, p. 85-98, jun./dez. 2009.

¹³¹ MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

¹³² BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

Como se pode verificar, a lei não deu total arbítrio ao intérprete para que utilizasse esse meio de prova como melhor lhe aprouver¹³³. Ao contrário, estabeleceu requisitos legais para restar demonstrada a necessidade da aplicação de tal medida. É válido reafirmar que, para que a medida seja deferida, é necessário que o ato seja, necessariamente, motivado, para que tenha validade.

Ademais, a lei estabelece que a interceptação tem um caráter subsidiário, de modo que só deve ser utilizada quando outras medidas não puderem ser aplicadas, como delimita Lopes Júnior¹³⁴. Outro ponto importante reside no fato de que a medida poderá ser determinada de ofício pelo juiz, ou a requerimento da autoridade policial ou do representante do Ministério Público.

O prazo para a efetivação das medidas é de 15 dias, podendo ser renovado por igual período. Além disso, até para garantir a eficácia das medidas, os trâmites referentes à sua implementação podem correr em sigilo.¹³⁵

3.3 Da publicidade das interceptações telefônicas

Nesse sentido, é salutar a lição de Larissa Leite:

“No Processo Penal, além de assegurar o acompanhamento e o controle social das decisões e do próprio funcionamento do Poder Judiciário (conferindo-lhe a posteriori sua legitimidade) e da atividade persecutória como um todo, o princípio da Publicidade exerce uma função interna importante, delimitando e impondo obrigações às autoridades de modo a proporcionar a todos os envolvidos na relação processual a informação que, por sua vez, lhes possibilita compreender e atuar no processo amplamente”.¹³⁶

Dessa forma, a ideia de levantar o sigilo dos autos, para que a sociedade tome conhecimento dos referidos áudios, embasa-se na compreensão de que a publicidade é um valor a ser buscado na atividade de justiça criminal do Estado. O

¹³³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹³⁴ LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1.

¹³⁵ BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>.

¹³⁶ LEITE, Larissa. **O conteúdo da publicidade no processo penal brasileiro**: uma análise da jurisprudência dos Tribunais superiores. Curitiba, Paraná: PUC-PR. 2015. p. 02.

processo penal, em um ambiente democrático, compreende que as atividades da Justiça penal sejam desenvolvidas sob o olhar de toda a sociedade.¹³⁷

Não se pode admitir, em uma ordem fundamentada na dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade justa - preceitos constitucionais - que o sigilo se imponha na atividade da persecução penal, de modo que a sociedade desconheça como se desenvolvem seus processos.¹³⁸

Decorre daí a acepção de que o sigilo seria uma exceção e, portanto, a publicidade, a regra. Dessa forma, a publicidade assume, a um só tempo, um caráter limitador e ao mesmo tempo extensivo das possibilidades de ação estatal.¹³⁹

Como fator limitador, a publicidade conforma a conduta estatal a um processo que seja pautado, essencialmente, pela vedação a surpresas, pela necessidade de que os acusados conheçam as acusações que lhe são formuladas, o teor dos inquéritos, bem como as provas que foram colhidas. Conforme ensina Larissa Leite:

“É pela Publicidade que se espera que a acusação seja formulada de maneira clara, completa e livre de ambiguidades, com identificação precisa do imputado, da vítima e da qualificação jurídica. É por ela que a sentença deve guardar um liame de correlação com a imputação (para que não haja surpresa ao imputado), apresentando, ademais, todos os elementos materiais e lógicos que integram a conclusão judicial, em sua fundamentação. No curso do processo, exige-se a citação do denunciado ou querelado e sua regular intimação, bem como de seu defensor, para que tome conhecimento, tempestivamente, de todos os atos do processo - e é pelo acesso à informação assim proporcionado que as partes podem contraditar o conteúdo do processo e participar da formação da convicção do julgador”.¹⁴⁰

Nesse sentido, o caráter limitador da publicidade no processo penal atua como uma das garantias democráticas dos acusados e dos cidadãos de maneira

¹³⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 112.

¹³⁸ PRADO, Luis Regis. **Provas ilícitas: teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. São Paulo: Impetus, 2009.

¹³⁹ STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁴⁰ LEITE, Larissa. **O conteúdo da publicidade no processo penal brasileiro: uma análise da jurisprudência dos Tribunais superiores**. Curitiba, Paraná: PUC-PR. 2015. p. 02.

geral, conferindo-lhes a garantia de não serem acusados em um processo penal montado às sombras das garantias constitucionais.¹⁴¹

Por sua vez, a publicidade assume um caráter extensivo das possibilidades do Estado. Sendo a publicidade uma regra de ordem pública, o Estado não pode prescindir dela no desenvolver de sua atividade criminal, conforme aponta CERVI¹⁴². Assim é que as provas obtidas nos processos, quando não afetarem a intimidade dos acusados, são, a rigor, públicas, sendo lícito a qualquer interessado conhecer os elementos de provas utilizados para a formação do libelo acusatório.

3.3.1 Caso de quebra de sigilo telefônico do ex-Presidente Lula

Assim se passou no referido caso do ex-presidente Lula. Não tendo considerado que a publicidade havia sentido em ser mantida, o Juiz Sérgio Moro decidiu por levantar o sigilo dos áudios, estabelecendo: “não havendo mais necessidade de sigilo, levanto a medida a fim de propiciar a ampla defesa e a publicidade.”

E acrescenta o magistrado:

“Como tenho decidido em todos os casos semelhantes da assim denominada operação Lava Jato, tratando o processo de apuração de possíveis crimes contra a Administração Pública, o interesse público e a previsão constitucional de publicidade dos processos impedem a imposição da continuidade de sigilo sobre os autos. O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça Criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras”.¹⁴³

Todavia, embora pareça uma medida que se coaduna com os mandamentos legais, é preciso considerar alguns aspectos, a respeito da publicidade dos mencionados áudios.

Conforme se depreende do excerto, a concepção do juízo foi a de que a publicidade prevalece ante a vedação a divulgação das interceptações telefônicas.

¹⁴¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁴² CERVI, M. L. **Provas (i)lícitas e a interceptação telefônica no direito brasileiro**. Canoas: Ulbra, 2003.

¹⁴³ BRASIL. Tribunal De Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal.

Por essa visão, o referido magistrado apregoa que residiria aí o interesse público, concernente a divulgação dos áudios. Nesse sentido, afirma Sérgio Moro:

“Nos termos da Constituição Federal, não há qualquer defesa de intimidade ou interesse social que justifique a manutenção do segredo em relação a elementos probatórios relacionados à investigação dos crimes contra a Administração Pública. Portanto, levanto o sigilo sobre estes autos”.¹⁴⁴

Em primeiro lugar, é preciso considerar que um determinado ato jurídico não pode ser compreendido fora de seu contexto sócio histórico, além do momento em que se desenvolve. Isto quer dizer que a compreensão e a extensão de determinadas normas requerem uma comparação entre seu teor e a realidade que se insere.¹⁴⁵

Assim, é possível afastar o caráter puro, científico, kelseniano, de uma norma jurídica. As normas jurídicas, portanto, não habitam o vazio, mas, por sua vez, se relacionam com determinados aspectos sociais, históricos, econômicos e políticos, que lhes conferem alcance e sentido.¹⁴⁶

Desse modo, é relevante afirmar que o momento em que se levantaram o sigilo dos áudios do ex-presidente era um momento de abrupta convulsão social, motivada pela abertura do processo de impeachment contra a ex-presidente da República Dilma Rousseff. O momento em que o sigilo dos áudios foi levantado era um momento onde as ruas estavam tomadas de manifestações, pedindo a saída da presidente e, no Congresso Nacional, tramitava um pedido que iria culminar, como foi possível ver recentemente, no afastamento definitivo da ex-presidente Dilma Rousseff.

Assim é que levantar o sigilo, naquele momento, ao que nos parece, era, também, atuar politicamente. Se se considerar que não houve uma intenção de criar um fato político com a óbvia divulgação que teriam esses áudios, ao menos pode-se afirmar que as suas consequências foram, inegavelmente, políticas. O que se viu à

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal De Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal.

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

época era o uso político das gravações que envolviam o ex-Presidente, de modo a alimentar a convulsão social que vivia o país.

Nesse ponto, compreender que a publicidade, como toda norma, não tem um caráter de neutralidade, é um ponto de vista interessante para que possamos pensar a publicidade dos áudios que envolviam o ex-presidente no caso concreto.

Com efeito, a divulgação dos áudios teve efeitos de tal maneira graves que acabaram por impedir que o ex-Presidente pudesse ser efetivado no cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da República, para o qual fora nomeado. A amplíssima repercussão que tiveram os áudios, por um olhar em retrospectiva, pode-se dizer que mudou definitivamente o curso dos acontecimentos, senão favorecendo, ao menos ampliando as mobilizações que pediam o afastamento da ex-presidente Dilma Rousseff.

Por essa razão, é preciso pensar que a regra principiológica da publicidade, no presente caso, cumpriu os objetivos a que se destina, ou se serviu como instrumento de ação política, para constrangerem um acusado, o que, obviamente, não se pode admitir.¹⁴⁷

3.4 Da interceptação das comunicações telefônicas entre o Ex-Presidente e seu advogado, Dr. Roberto Teixeira.

A respeito da interceptação do Advogado Dr. Roberto Teixeira, o magistrado de Curitiba, assim se manifestou:

“Mantive nos autos os diálogos interceptados de Roberto Teixeira, pois, apesar deste ser advogado, não identifiquei com clareza relação cliente/advogado a ser preservado entre o ex-Presidente e referida pessoa. [...] Além disso, como fundamentado na decisão de 24/02/2016 na busca e apreensão (evento 4), há indícios do envolvimento direto de Roberto Teixeira na aquisição do Sítio em Atibaia do ex-Presidente, com aparente utilização de pessoas interpostas. Então, ele é investigado e não propriamente advogado. Se o próprio advogado se envolve em práticas ilícitas, o que é objeto da investigação, não há imunidade à investigação não há imunidade à investigação ou à interceptação”.

Ao que consta, a referida decisão não é nova e encontra respaldo na jurisprudência:

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO TELEFÔNICO. ADVOGADO. QUEBRA.

“[...] II – A proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificamente, a fundada suspeita da prática de infração penal. Recurso desprovido”.¹⁴⁸

Como se pode depreender, não se trata de uma compreensão nova na jurisprudência. O entendimento de que é possível quebrar sigilos telefônicos de advogados, embora não seja unanimidade na doutrina e na jurisprudência, é algo que ainda encontra algum respaldo dos Tribunais superiores, de modo a se afastar o sigilo do advogado, quando se acredita que este esteja envolvido em alguma prática ilícita.¹⁴⁹

A esse respeito, é importante fazer algumas considerações.

Em uma ordem democrática, a possibilidade de o réu ser defendido por um representante pressupõe a necessidade do mais absoluto respeito dessas relações. Em se tratando de um processo em que se pretende a propagada “paridade de armas”, é fundamental que o acusado possa, livremente, junto com seu defensor formular as melhores linhas de defesa e de ação a seguir¹⁵⁰. Desse modo, quando se permite que o Estado possa, por meio de seu poder investigatório, adentrar a intimidade dessas relações, as garantias de defesa estão, evidentemente, comprometidas.

Não se pode, sem prejuízo da estabilidade das relações processuais, aceitar que um cliente seja “grampeado” ou que as estratégias entre defesa e cliente sejam conhecidas. Por isso mesmo, a ressalva que se criou para limitar o direito ao sigilo dos advogados, parece ser uma ressalva antidemocrática, autoritária e perigosa.¹⁵¹

Antidemocrática por ter a possibilidade de ferir o direito a um julgamento justo dos acusados, nos processos criminais. Autoritária, pois, em muitos casos, parte-se

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ROMS 10857** – Rel. Min. Félix Fischer.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁵¹ PRADO, Luis Regis. **Provas ilícitas**: teoria e a interpretação dos tribunais superiores. São Paulo: Impetus, 2009.

da premissa de que a simbiose de interesses entre acusado e defensor, o que macula a importância do exercício do direito de defesa¹⁵². E perigosa, pois a ressalva que se fez na jurisprudência, para permitir que advogados sejam monitorados pode embutir uma limitação das prerrogativas dos múnus de defender os cidadãos.

Sob a desculpa de que advogados estariam a cometer crimes, é possível limitar os poderes dos defensores, por meio de seu monitoramento¹⁵³. É por tais razões que só se pode vislumbrar o equívoco do monitoramento do advogado do ex-Presidente Lula. Ainda que não seja o Dr. Roberto Teixeira o patrono da causa, é possível, porém, que fossem levado ao conhecimento da outra ponta processual, o Ministério Público, as estratégias que seriam utilizadas no referido processo.

3.5 Da captação dos áudios de autoridades com foro privilegiado

Outro ponto a ser observado no tocante às interceptações telefônicas, refere-se a gravação de diálogos do ex-Presidente com autoridades com prerrogativa de foro. No presente caso, o ex-presidente foi gravado em diálogos com Ministros e até com o ex-Presidente da República, o que gerou profundas controvérsias doutrinárias a respeito do tema.

Para alguns doutrinadores¹⁵⁴, os diálogos não poderiam ter sido utilizados como meio de prova por juiz de primeiro grau, por conter atos estranhos às suas funções. Todavia, na oportunidade, consignou o magistrado.

“Observo que, apesar de existirem diálogos do ex-Presidente com autoridades com foro privilegiado, somente o terminal utilizado pelo ex-Presidente foi interceptado e jamais os das autoridades com foro privilegiado, colhidos fortuitamente”.¹⁵⁵

¹⁵² MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira. de. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

¹⁵³ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal De Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal.

Como era de se esperar, a controvérsia foi parar no Supremo Tribunal Federal, que, por meio da Reclamação 23457/PR, de Relatoria do Ministro Teori Zavascki decidiu a respeito. Na decisão, estabeleceu o referido Ministro¹⁵⁶:

“5. É certo que, no caso em análise, não se identifica, a princípio, tenham sido as investigações ou as interceptações telefônicas abertamente voltadas contra pessoas detentoras de foro por prerrogativa de função no STF, conforme informações prestadas pelo magistrado reclamado em 29.3.2016:

‘No âmbito das apurações, requereu o Ministério Público Federal - MPF a instauração de investigações em relação ao ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, por suspeitas de que este teria ocultado patrimônio em nome de pessoas interpostas e recebido benefícios materiais de dirigentes de empreiteiras envolvidos no esquema criminoso que vitimou a Petrobras, quer na aquisição desse patrimônio, na realização de reformas custosas em imóveis, ou no pagamento de serviços supostamente prestados pelo referido ex-Presidente empresas.

Entre as medidas investigatórias, foi requerida pelo MPF a interceptação telefônica do ex-Presidente e de pessoas a ele associadas, o que foi autorizado por decisão longamente fundamentada em 19/02/2016 (evento 4), cópia anexa. [...]

Por outro lado, jamais foi requerida ou autorizada interceptação telefônica de autoridades com foro privilegiado no presente processo. Diálogos do ex-Presidente e de alguns de seus associados com autoridades com foro privilegiado foram colhidos apenas fortuitamente no curso do processo, sem que eles mesmo tenham sido investigados”.

E acrescenta:

“7. Porém, diversamente do defendido pelo Ministério Público, a realidade dos autos não se resume a encontro fortuito de provas. Com efeito, a violação da competência do Supremo Tribunal se deu no mesmo momento em que o juízo reclamado, ao se deparar com possível envolvimento de autoridade detentora de foro na prática de crime, deixou de encaminhar a este Supremo Tribunal Federal o procedimento investigatório para análise do conteúdo interceptado. E, o que é ainda mais grave, procedeu a juízo de valor sobre referências e condutas de ocupantes de cargos previstos no art. 102, I, b e c, da Constituição da República e sobre matéria probatória que, segundo a própria decisão, não mais se encontrava na esfera de competência do reclamado. Conversas interceptadas, sem adotar as cautelas previstas no ordenamento normativo de regência, assumindo, com isso, o risco de comprometer seriamente o resultado válido da investigação”.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23457/PR**. STF. Rel. Min. Teori Zavascki.

Pelo que se pode verificar, o Ministro Teori afasta a ideia da ocorrência de um caso fortuito de encontro de provas. Apesar de não reconhecer a invalidez das escutas e de reconhecer que as medidas foram tomadas exclusivamente em relação ao ex-presidente Lula, o Ministro consigna que os diálogos obtidos deveriam ser enviados para o STF para que decidisse a respeito de sua divulgação.

Visto que, a Suprema Corte, em entendimento já positiva em julgados anteriores, assegura o entendimento de que:

“[...] eventual encontro de indícios de envolvimento de autoridade detentora de foro especial durante atos instrutórios não resulta, por si só, em violação de sua competência, já que apurados sob o crivo de autoridade judiciária que, até então, por decisão da Corte, não violava competência de foro superior”.¹⁵⁷

Todavia, de acordo com o magistrado da Corte superior¹⁵⁸, decidir sobre a divulgação desses áudios e o levantamento do sigilo não estavam entre as competências do magistrado de 1º grau.

Acrescenta ainda a incontroversa da fundamentação alegada pelo juízo “*a quo*”, no sentido de que os conteúdos captados dos áudios não teriam relevância em relação as autoridades com prerrogativas de foro, senão vejamos:

“[...] A análise sobre o conteúdo interceptado e eventual desmembramento do fato colhido compete exclusivamente à instância superior, não se admitindo, por força até de manifesto sentido lógico, que a sua jurisdição venha a ser reduzida ou decotada por decisão de órgão judiciário de hierarquia inferior”.¹⁵⁹

Por essa razão, o magistrado anula a divulgação dos materiais e decreta sigilo, conforme abaixo:

“10. Como visto, a decisão proferida pelo magistrado reclamado em 17.3.2016 (documento comprobatório 4) está juridicamente comprometida, não só em razão da usurpação de competência, mas também, de maneira ainda mais clara, pelo levantamento de sigilo das conversações telefônicas interceptadas, mantidas inclusive com a ora reclamante e com outras autoridades com prerrogativa de foro. Foi também precoce e, pelo menos parcialmente, equivocada a decisão que adiantou juízo de validade das interceptações, colhidas,

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 120379**, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 24/10/2014.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23457/PR**. Rel. Min. Teori Zavascki.

¹⁵⁹ Ibidem.

em parte importante, sem abrigo judicial, quando já havia determinação de interrupção das escutas”.¹⁶⁰

Desse modo, verifica-se que o magistrado de 1º grau extrapolou as competências que lhe foram conferidas, visto o envolvimento de autoridades com prerrogativa de foro, inserindo no âmbito de atuação do STF, no tocante à divulgação/publicação das escutas.

Tal entendimento consagra-se da própria lei de interceptação de comunicações telefônicas, em seu dispositivo 8º¹⁶¹, que assegura o próprio sigilo da divulgação dos atos, e o artigo 9º¹⁶², que assegura a inutilização dos áudios que não interessam à própria investigação.

Por fim, verifica-se que a divulgação pública das conversações telefônicas interceptadas, violou o direito fundamental à garantia de sigilo, que tem previsão constitucional, violando claramente as garantias fundamentais, à intimidade e à vida privada, de seus interlocutores.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23457/PR**. Rel. Min. Teori Zavascki.

¹⁶¹ BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. “Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas”.

¹⁶² BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. “Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto neste trabalho, o que se pode verificar é que há uma tensão entre os direitos fundamentais, que só podem ser resolvidas com uma leitura constitucional cada vez mais sintonizada com o contexto social e histórico que se apresenta.

Se, por um lado, é necessário dotar o poder estatal dos meios adequados para a investigação criminal; por outro, é necessário salvaguardar os direitos fundamentais, assegurando uma esfera limitadora da atuação estatal. É preciso afirmar, portanto, que, em um contexto social onde cada vez mais se tolera a supressão das liberdades, fundamental se torna defendê-las, para esta e para as futuras gerações.

A liberdade democrática está em garantir uma vida em sociedade em que os direitos e garantias fundamentais possam ser efetivos, ainda que as pressões para o agigantamento do poder do Estado sejam renitentes e sedutoras.

Com efeito, uma das garantias que mais têm sofrido ataques pode-se dizer que se trata da proteção à intimidade e da vida privada. Sob o pretexto de garantir a ordem pública, a segurança social, cada vez mais essas garantias são limitadas, em prol supostamente de um bem maior, qual seja a segurança de todos e a paz social.

Entretanto, temos plena convicção de que não é este o caminho a seguir. A consecução dos objetivos da justiça penal e da segurança pública não pode ser feita detrimento das liberdades públicas, que foram duramente conquistadas. A marcha histórica dos direitos fundamentais ainda não se completou. É preciso consignar que as liberdades individuais são valores intransponíveis frente a um poder estatal cada vez maior e sequioso de seu locupletamento às custas de supressão dos direitos.

Feito este histórico, estamos aptos a analisar o caso julgado sob o enfoque das discussões aqui havidas.

Trata-se de decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, a qual deferiu a pedido do Ministério Público a interceptação telefônica, ao argumento da possibilidade de participação do acusado nos crimes de corrupção ativo-passiva,

bem como a real possibilidade de ocultação de patrimônios provindos de dinheiro ilícito. A decisão foi atacada por meio da Reclamação nº 23457/PR, o qual passamos a analisar.

Concluimos que a decisão está correta, sob o ponto de vista legal e ainda mostra-se concordante com a doutrina. O voto do relator, embora tenha seus fundamentos na previsão legal, nem por isso deixou de aplicar os princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico pátrio, senão vejamos:

“Porém, diversamente do defendido pelo Ministério Público, a realidade dos autos não se resume a encontro fortuito de provas. Com efeito, a violação da competência do Supremo Tribunal se deu no mesmo momento em que o juízo reclamado, ao se deparar com possível envolvimento de autoridade detentora de foro na prática de crime, deixou de encaminhar a este Supremo Tribunal Federal o procedimento investigatório para análise do conteúdo interceptado. E, o que é ainda mais grave, procedeu a juízo de valor sobre referências e condutas de ocupantes de cargos previstos no art. 102, I, b e c, da Constituição da República e sobre matéria probatória que, segundo a própria decisão, não mais se encontrava na esfera de competência do reclamado. Mais ainda: determinou, incontinenti, o levantamento do sigilo das conversas interceptadas, sem adotar as cautelas previstas no ordenamento normativo de regência, assumindo, com isso, o risco de comprometer seriamente o resultado válido da investigação¹⁶³”.

Assim, como preceitua a Constituição Federal no art. 102, I, no caso de pessoa com foro privilegiado por prerrogativa de função, a autorização para uma interceptação telefônica deve ser concedida antes pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, cabe ressaltar que foro por prerrogativa de função foi elaborado para remodelar a competência do Poder Judiciário, assegurando que ninguém seja privado de seu *status libertatis* por autoridade incompetente. E mais, o princípio do juiz natural antecede a todos os princípios do processo penal, daí relevância da correta e efetiva aplicação do foro por prerrogativa.

No caso concreto, ainda que seja reconhecido que a sociedade está cada vez mais sintonizada com os debates sobre a corrupção e ansiosa por justiça, pode-se afirmar que, nem mesmo assim, os direitos fundamentais podem ser ultrapassados.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23457/PR**. Rel. Min. Teori Zavascki.

A divulgação dos áudios do ex-presidente Lula é um exemplo disso. O pretexto de dar efetividade à investigação criminal, o que se viu foi um verdadeiro ataque à intimidade e à vida privada do ex-presidente. Não se trata aqui de fazer juízo de valor sobre seus acertos ou desacertos políticos. Mas, tão-somente, observar que o ex-presidente teve a vida devassada e sua intimidade ferida, o que não pode ser aceito.

Segundo Moro, o “levantamento do sigilo propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal”. Afirmando que, “A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras”¹⁶⁴.

Ainda conforme o magistrado, o sigilo também não se justifica em razão de a prova ser resultante de interceptação telefônica:

“Sigilo absoluto sobre esta deve ser mantido em relação a diálogos de conteúdo pessoal inadvertidamente interceptados, preservando-se a intimidade, mas jamais, à luz do art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal, sobre diálogos relevantes para investigação de supostos crimes contra a Administração Pública¹⁶⁵”.

Ademais, ao fim do despacho, o julgador informa que, diante da notícia de que Lula aceitou convite para ocupar o cargo de ministro chefe da Casa Civil, as investigações serão enviadas ao Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se, da eventual possibilidade da divulgação ser um ato com a intenção de estimulação de uma convulsão social, não sendo um papel do Poder Judiciário. Visto que, o magistrado já havia perdido sua competência do caso, não havendo a necessidade de divulgação desse áudio, em busca de uma convulsão social. Caberia apenas ao magistrado encaminhar ao Supremo Tribunal Federal para uma análise desses meios de provas.

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal De Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal.

¹⁶⁵ Ibidem

Assim, o áudio captado durante a medida está juridicamente comprometida, não só em razão da usurpação de sua competência, mas também, de maneira ainda mais clara, pelo levantamento de sigilo das conversações telefônicas interceptadas, mantidas com outras autoridades com prerrogativa de foro. Ademais, o Supremo Tribunal Federal manifestou que precocidade da decisão que adiantou juízo de validade das interceptações, colhidas, em parte importante, sem abrigo judicial, quando já havia determinação de interrupção das escutas¹⁶⁶.

Por fim, é de suma importância ter em conta que o foro privativo é instituto nobre, consistente em um benefício que os ocupantes de determinados cargos possuem de serem processados e julgados perante o Supremo Tribunal Federal. Portanto, acertada a decisão institucional do Supremo Tribunal Federal de reconhecer a nulidade do conteúdo de conversas colhidas após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas, em virtude da usurpação de sua competência, bem como o levantamento do sigilo de forma precoce, não observando preceitos constitucionais e a própria lei de diretrizes da medida adotada.

¹⁶⁶ ¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23457/PR**. Rel. Min. Teori Zavascki.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/constituicao%C3%A7ao.html>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Lei de 05 de outubro de 1988**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublica_coes.action?id=102437>. Acesso 01 set. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1432324 SP 2012/0275340-2**, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 18/12/2014, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 04/02/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ROMS 10857**. Rel. Min. Félix Fischer.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **TJ - RMS: 17691 SC 2003/0238100-0**, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 22/02/2005. Quinta Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2970 DF**, Relator: Ellen Gracie, Data de Julgamento: 20/04/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-05-2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 69.912**. Relator Min. Celso de Mello, DJ de 26.11.1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 73271 SP**, Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento: 19/03/1996. Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 04-10-1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603616** - Recurso Extraordinário - Data de Publicação DJE 10/05/2016 - Ata Nº 66/2016. DJE nº 93, divulgado em 09/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 766390 DF**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 24/06/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23457/PR**. Rel. Min. Teori Zavascki.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 120379**, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 24/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **APL: 00098684320108120001 MS 0009868-43.2010.8.12.0001**, Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Data de Julgamento: 27/08/2013, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 15/05/2014.

BRASIL. Tribunal De Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível Nº 2005.61.00.002417-9/SP**. Relator: Desembargador Federal Carlos Muta. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/543915>>. Acesso em 30 ago. 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Camilla Cavalcanti Rodrigues. Interceptação telefônica: Análise da Lei nº 9.296/96 segundo o entendimento dos Tribunais Superiores. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55665&seo=1>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

CANCI JUNIOR, Wilson. Sigilo das comunicações e interceptação telefônica. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11037>. Acesso em 01 set. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CERVI, M. L. **Provas (i)lícitas e a interceptação telefônica no direito brasileiro**. Canoas: Ulbra, 2003.

DICIONÁRIO INFORMAL. **Regras**. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/regras>>. Acesso em 01 set. 2016.

DIREITONET. **Dicionário Jurídico**. Princípio. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1007/Principio>>.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EBAH. Teoria geral do processo. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAATBYAB/teoria-geral-processo>>.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**, v.8.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2002.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, A. P et. al. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LACHI, R. Exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Jurídica Unigran**, Dourados, MS, v. 11, n. 22, p. 85-98, jun./dez. 2009.

LEITE, Larissa. **O conteúdo da publicidade no processo penal brasileiro**: uma análise da jurisprudência dos Tribunais superiores. Curitiba, Paraná: PUC-PR. 2015.

LOPES JÚNIOR. A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1.

LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. 01 set. 2016.

MACEDO, Cynthia de Sá Vasconcelos Mortimer. **A interceptação telefônica e sua admissibilidade como meio de prova no Direito Processual Penal Brasileiro**. TCC (graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2010. p. 54.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à honra**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios publicado em 05/04/2010. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-honra-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em 28 jul. 2016.

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

_____. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. São Paulo: Atlas; 2001.

_____. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, de Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOSSIM, Heráclito Antônio. **Garantia fundamental na área criminal**. São Paulo: Manole, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Provas ilícitas: teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. São Paulo: Impetus, 2009.

QUEIROZ, Iranilda Ulisses Parente. Proteção à intimidade e à vida privada a luz da Constituição Federal de 1988. **DireitoNet**. 05/jun/2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2662/Protecao-a-intimidade-e-a-vida-privada-a-luz-da-Constituicao-Federal-de-1988>>. Acesso em 01 set. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2001. *In*: MORAES, de Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOALDO, Adriane Medianeira; RODRIGUES, Osmar. A publicidade dos atos processuais: uma questão principiológica. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11888>. Acesso em 01 set. 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.