

PROVA EMPRESTADA

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Recurso re -
Tribunal STF

QUANDO É LÍCITA — PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - APLICAÇÃO

RESUMO

- ... vou resumir-lhes o fato: o paciente, na condição de representante judicial de uma empresa privada, ajuizou várias ações, relativas a débitos, contra Marcelo F. C. O. e sua esposa. Ocorre que, no decorrer das lides, houve contato telefônico entre os réus e o advogado da autora, no caso o paciente, ocasião em que aqueles, sem o consentimento deste, e mais ainda, sem qualquer autorização judicial, gravaram a conversa, cujo teor revestia a prática de ilícito penal. - Quer agora impedir a degravação da fita, ou se já transcrita, proibir sua juntada aos autos, ou ainda, se já juntada, desentranhar e inutilizar a transcrição. - Na vigência do direito anterior a 1988, o art. 153, § 9º, não previa nenhuma exceção ao sigilo das comunicações telefônicas. Não fazia, em suma, nenhuma exigência de reserva de lei. Mas como existem os limites imanentes, entendia-se que a interceptação com autorização, nos termos do Código Brasileiro de Telecomunicações, era válida. Agora na CF de 1988, há expressa exigência de reserva legal; mais precisamente, nela está contemplada uma reserva legal qualificada. Logo, sem lei, a interceptação telefônica constitui prova ilícita, inadmissível. - As reiteradas decisões judiciais, principalmente do STF, no sentido de garantir a fiel vontade do poder constituinte, levou o legislador infraconstitucional a dar prioridade ao assunto. Elaborou a Lei nº 9.296/96, com o propósito de regulamentar o inciso XII do art. 5º da CF. - Diz o art. 1º da referida lei: "Art. 1º - A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça." - Cabe-nos, agora, definir o termo "interceptação telefônica" em sentido amplo. Para LUIZ FLÁVIO GOMES, "interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. Na lei a expressão tem outro sentido, qual seja o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação" ("in" Interceptação Telefônica, p. 95). - É da sua essência, no sentido legal, a participação de um terceiro, uma ingerência externa, no conteúdo da comunicação, captando-se o que está sendo comunicado. Essa ingerência tanto pode ser feita sem o conhecimento dos interlocutores (interceptação telefônica no sentido estrito) ou como com o consentimento de um dos interlocutores (escuta telefônica). Mas uma coisa é certa: ambas, se devidamente autorizadas, nos termos da Lei nº 9.296/96, constitui prova lícita e admissível; se não autorizada, além de não ser admitida como prova, configura crime. - A problemática surge quando se diz respeito à gravação telefônica, que consiste na captação da comunicação telefônica por um dos comunicadores sem o conhecimento do outro. É indubitável que as gravações telefônicas estão fora da disciplina jurídica da Lei nº 9.296/96. Daí o fato de a doutrina falar em "gravações clandestinas". - Existem 2 (duas) correntes jurisprudenciais a respeito da matéria. - A primeira, defendida pelo mesmo LUIZ FLÁVIO GOMES, entende ilícita a gravação telefônica. Para ele, "a Constituição não apenas veda a interferência de um terceiro nas comunicações, senão, que protege de modo inequívoco o direito à intimidade. O que cabe realçar na gravação clandestina é a sua surpresa, o que a torna moralmente reprovável. Uma coisa é expressar o pensamento sem saber da gravação, outra bem distinta quando se toma conhecimento dela." (p. 107). - Essa era, aliás, a posição adotada pelo STF. Na Ação Penal nº 307-DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, em decisão plenária, firmou-se o entendimento da inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica, por ter sido feita com a inobservância do princípio do contraditório e utilizada com violação à privacidade alheia. Na ocasião, salientou o Ministro Celso de

Mello que "a gravação de conversa telefônica com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento, precisamente por realizar-se de modo sub-reptício, envolve quebra evidente de privacidade, sendo, em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio." - Uma outra corrente, mais recente, seguida, dentre outros, por ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, admite a liceidade da prova obtida por

EMENTA

A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. - Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.