

COMUNICAÇÕES: INVASÃO DA PRIVACIDADE PELA ESCUTA TELEFÔNICA

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. A TUTELA DA INTIMIDADE. CONCEITO. DAS PROVAS RESULTANTES DA INTER-CEPTAÇÃO DO TELEFONE. AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. Dois exemplos típicos de violação de conversa telefônica. CONCLUSÕES.

INTRODUÇÃO

O indivíduo deve gozar, ao lado da segurança que lhe permita agir com toda tranqüilidade, de uma liberdade fundamental que se convencionou chamar de liberdade de intimidade. Constitui ela uma decorrência do próprio respeito à personalidade e se concentra abstratamente no interior da habitação humana, esta compreendida como o local onde vive uma pessoa com sua família e que independe da noção de propriedade.

A inviolabilidade do domicílio, que é fundada no respeito à pessoa, não é absoluta, mas concebe-se relativa. Não pode, por exemplo, frear o curso normal da justiça, cedendo espaço diante de interesse geral. Ela varia muito de um lugar para outro, sendo mais elástica no período da noite, esta variável, ora definida pela lei e por vezes conceituada pela doutrina e jurisprudência, com destaque a salvaguarda do segredo profissional, garantia maior da liberdade de defesa.

Em arremate, o princípio assente é de que o domicílio familiar deve ser livre, tornando-se o asilo protegido da liberdade individual. Trata-se, pois, no quadro das liberdades públicas, de tema de grande atualidade, ao par de sua extrema complexidade e que se presta a profundas reflexões.

A Tutela da Intimidade

No mundo moderno, desenvolve-se assustadoramente a tendência à violação do segredo pelas comunicações telefônicas privadas, violando os serviços administrativos, financeiros ou técnicos, atingindo mesmo missões imparciais. Todos estão, eventualmente, expostos às chantagens e extorções, portanto.

A questão das interceptações telefônicas (grampeamento), tem despertado as atenções da doutrina e da jurisprudência de vários países e apesar do silêncio pretoriano entre nós, forçou os legisladores à elaboração de normas específicas que se ocupem do sigilo das comunicações verbais, caracterizador da invasão indiscriminada e discricionária da privacidade.

Na verdade, em nossos dias, o telefone se transformou num instrumento imprescindível nas relações sociais e, por certo e em razão disso, as violações da conversação telefônica adquiriram dimensões agudamente sentidas, porque se configura, como regra, o desconhecimento do titular do direito, deixando o telefone de servir ao homem e a sua felicidade, para converter-se num instrumento de tortura psicológica.

As relações que se estabelecem entre as pessoas devem ser preservadas contra intromissões de particulares ou mesmo oriundas das pessoas jurídicas de direito público, tudo se processando num justo equilíbrio que permita ressalvada a proteção (tutela) à intimidade pessoal

Conceito

O conceito de interceptação telefônica não se encontra definido de maneira uniforme pela doutrina.

Etimologicamente, interceptar procede de **inter** e **capio**, no sentido de "cortar a passagem", impedindo que a mensagem chegue ao objetivo final, quer com a finalidade de impedi-la ou que dela alguém tome conhecimento.

Pode-se conceituar a interceptação telefônica como sendo a captação de comunicação entre duas pessoas, diversas do interceptador (chamado terceiro), sendo que uma delas deverá desconhecer a existência da intromissão mecânica (grampeador).

Das Provas Resultantes da Interceptação do Telefone

As interceptações telefônicas, na esfera do direito processual, questionam acerca da admissibilidade das provas adquiridas por meio de interceptações ilícitas ou irregulares. O que se pretende é converter o "grampeamento" telefônico em "meio de prova".

Assim, o enfoque do problema, que se tem como altamente complexo, a nível de pesquisa, deve ser encarado dentro do âmbito da teoria constitucional da liberdade das comunicações e dos princípios processuais e penais.

Aqui, a busca das lições pretorianas torna-se importante, pois, nos mais diversos países foram justamente os tribunais que solucionaram as intrincadas questões telefônicas. Por sua vez, o legislador teria se inspirado no campo do direito aplicado para disciplinar legalmente os problemas daí nascidos. Nesta área, adiante-se, o Brasil se inicia, como aliás, na maioria dos assuntos que envolvem tecnologia moderna.

Sabe-se, e é fonte de informação a imprensa, que nos últimos anos e em vários países restaram evidenciadas violações manifestadas através da espionagem telefônica, inclusive com extensas ramificações. Daí pode-se deduzir os vastos resultados que habilmente a delinquência organizada poderá conseguir, nascendo o confronto direto entre a defesa social e os direitos do acusado.

Em remate, teremos que analisar, em cada caso concreto, os princípios da verdade e do livre convencimento do juiz, tudo diante do problema do equilíbrio entre a garantia constitucional da liberdade e o interesse público à repressão da atividade criminosas.

Na prática, no entanto, o controle do telefone tem sido permitido quando a autorização fundamentada emana diretamente do juiz e apenas nos limites concretos de exigências do exercício da justiça.

As Interceptações Telefônicas

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Penal tipifica como crime a divulgação, transmissão ou utilização abusiva da conversação telefônica; o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n° 4.117 de 27.08.62), prevê o crime de violação de telecomunicações.

Contudo, inexistente em nosso direito uma precisa disciplina legal acerca da inviolabilidade da conversa telefônica, estando aí a principal razão pela qual as interceptações telefônicas não são utilizadas pela justiça brasileira.

Uma análise mais detalhada no direito comparado, no entanto, evidencia constituir-se esse meio de prova em um instrumento precioso e desigual no combate à criminalidade.

É verdade que, em nossos dias, a interceptação telefônica não pode ser mais ignorada. Prescinde de uma regulamentação adequada, que possibilite o emprego das cautelas necessárias a garantir a tutela da intimidade, sendo possível o seu uso a determinadas condições e dentro de limites prefixados, sob pena de sua utilização indiscriminada assemelhar-se, o que seria lastimável, à violação de correspondência.

Ora, pela Constituição brasileira temos assegurado o direito de sigilo das comunicações (art. 153, §§ 9º e 10º), sendo a censura admitida quando ocorrer o estado de sítio (art. 156, § 2º, e), e nas medidas de emergência (arts. 158, §1º e 155).

Há, contudo, dentro do princípio geral do sigilo das comunicações, algumas exceções que evitam a proteção de abusos e acobertamento de violações. Assim, através de uma ponderada apreciação judiciária, poderá ser determinada uma interceptação telefônica com objetivo de apurar crimes, de sobressair o interesse social ou de proteger direitos de terceiros, também constitucionalmente assegurados.

Depreende-se daí, que a garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas não pode ser entendida em sentido absoluto, devendo-se adaptá-la a um conceito moderno de liberdades públicas. Claro que este entendimento deve excluir a revelação indiscriminada do conteúdo das comunicações. Como regra geral, diga-se, deve ser obedecida aquela do sigilo da inviolabilidade das comunicações telefônicas, tanto pelo poder público como pelos particulares e, somente em casos especiais, catalogados em lei, poderão ser colocadas restrições ao preceito constitucional.

É exatamente esta a posição do ordenamento jurídico francês, cujas escutas telefônicas são admitidas em condições precisas: defesa do território; segurança interna e quando se tratar da repressão e/ou prevenção de crimes (Claude - Albert Colliard. **Libertés Publiques**. Dalloz. Cinquième édition, 1975, p 329).

Dois Exemplos Típicos de Violação de Conversa Telefônica

No final de 1973 a opinião pública francesa é surpreendida com a revelação de um caso de escuta telefônica. É a eclosão do **affaire** conhecido como **Canard enchâiné**, cuja publicação deu ensejo à abertura de diversos processos por violações das comunicações telefônicas.

Pois bem, corria uma noite quando, por acaso, um colaborador do Canard surpreende no seu interior três indivíduos que fugiam do local, o que foi notado por uma faxineira de imóvel vizinho. A direção do jornal formulou queixa-crime contra X, por violação de domicílio e tentativa de escuta e registro de palavras pronunciadas em local privado. São desmentidas notícias incriminadoras de que uma autoridade política ou administrativa estaria envolvida na operação, tomando o ocorrido grande dimensão política, inclusive na Assembléia Nacional onde restou recusada a constituição de uma comissão de inquérito para apurar os fatos. O destino das averiguações se desconhece, embora se destaque que o caso do **Ca-nard enchâiné** colocou, em evidência, na França, o problema das "escutas telefônicas" que, segundo relatório publicado no início de 1973, referia-se que elas aconteciam em número oscilatório entre 1.000 a 5.000, notadamente nas esferas públicas, o que denunciava a ação exclusivista e o autoritarismo do Governo.

Já no Brasil, a Justiça de São Paulo, que é considerada protótipo para o país, viu-se, recentemente, abalada por uma crise nascida de escuta e captação telefônica clandestina, envolvendo inclusive, um juiz e um desembargador, sendo o primeiro punido com seu afastamento do cargo de juiz-corregedor da Polícia Judiciária.

É que teria havido, mediante autorização do juiz-corregedor, que fulcrou-se nos arts. 56 e 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, interceptação do telefone de um advogado, escuta telefônica executada pela polícia com o objetivo de localizar perigoso bandido, constituindo-se a atuação do magistrado em procedimento essencial no desbaratamento da quadrilha, relegando, assim, os eventuais direitos do cidadão. O advogado, segundo noticiário, recebia telefonemas do assaltante de quem era compadre e amigo, daí o interesse da polícia em "grampear" o telefone.

Houve, em decorrência disso, de iniciativa da OAB paulista, uma representação contra o juiz que autorizou a escuta, calcada no procedimento do art. 277 da Lei Orgânica da Magistratura, cuja pena de censura pública inflingida ao magistrado, aplicada pela presidente do Tribunal, espera-se que seja retirada pelo Tribunal Pleno.

Conclusões

Na matéria que **estamos nos ocupando**, de aspectos preocupantes e atual, eminentemente mutante, os arremates não podem ser definitivos.

Assim, em sede de liberdades públicas, a esfera penal estabelece limites à atividade estatal, fazendo-se necessária, pois, uma revisão dos conceitos fundamentais quanto às interpretações telefônicas no ordenamento jurídico brasileiro. Na realidade, o caso da escuta telefônica extrapola a simples defesa do citado ordenamento.

A problemática da intimidade faz parte do tema de fundo das Liberdades Públicas, suscitando sempre discussões acerca dos poderes de investigação, levando, muitas vezes, a verdadeira intromissão na esfera privada do indivíduo, sendo que a questão da intimidade se resolve no aspecto pesquisado das Liberdades. E entre os aspectos processuais da intimidade ressalta o problema de provas ilícitas, ou seja, aquelas obtidas em contraste às normas de direito material, notadamente quando se tutela as interceptações telefônicas à questão das provas. Sua prudente e minuciosa regulamentação se faz indispensável, em obediência ao princípio da Legalidade da prova, como única forma de proteger o indivíduo.