

Quebra de sigilo telefônico para fins civis

Ana Carolina Figueiró Longo

Resumo: Análise da constitucionalidade da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no AI 70018683508, que entendeu lícito a quebra de sigilo telefônico de devedor de alimentos para fins de sua localização.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70018683508, apreciado em 28 de março de 2007, decidiu pela possibilidade de quebra do sigilo telefônico, para fins de localização, de devedor de alimentos que vem reiteradamente, e por um período bastante longo, furtando-se da intimação para cumprimento de ordem de prisão em seu desfavor.

Conforme o relatório do agravo de instrumento, os autores buscam o pagamento de pensão alimentícia, devida desde março de 2004. Como o devedor reside em comarca diferente da dos autores, observaram-se diversas dificuldades em citá-lo na ação executória instaurada, tendo sido expedida ordem de prisão em abril de 2006.

Por sugestão dos agentes de polícia de São Paulo, que buscaram pelo executado inúmeras vezes, requereu-se a quebra de seu sigilo telefônico.

O pedido foi negado em primeira instância e a medida liminar do agravo, então interposto, também foi indeferida pelo Desembargador plantonista.

Quando do julgamento na Turma, o agravo foi unanimemente provido sob o fundamento de que trata-se de situação excepcional:

“A matéria aqui tratada confronta duas questões de ordem constitucional que merecem ser sopesadas: de um lado está o direito à intimidade do devedor de alimentos, e, de outro, o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes, a quem é destinada a verba alimentar.

Ocorrendo choque entre dois princípios constitucionais, é certo que impossível a aplicabilidade de ambos, um deverá necessariamente ser afastado, a partir de uma

análise e interpretação sistemática do ordenamento jurídico relativamente ao caso concreto, aplicando-se a este o princípio da proporcionalidade.

(...)

Assim, patente a sobreposição do direito à vida dos alimentados em frente à intimidade do executado. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia o caráter superior da verba alimentar, devendo sobrepor o direito do devedor à intimidade.

Oportuno destacar que o deferimento de tal medida possui inclusive cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para inadimplirem a obrigação que lhes é imposta.¹”

No entanto, tal decisão mostra-se eivada de vício de constitucionalidade.

Com efeito, a Constituição da República protege o sigilo das comunicações telefônicas, abrindo uma única exceção: ordem judicial para fins de investigação criminal:

“Art. 5º

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

Da interpretação deste dispositivo constitucional, os Tribunais superiores ressaltam que “para autorizar-se a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, medida excepcional, é necessário que hajam indícios suficientes da prática de um delito”² e que “disciplina das interceptações telefônicas regidas pela lei 9.296/96 (que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal) e ressalvadas constitucionalmente tão somente na investigação criminal ou instrução processual penal”³

A doutrina também interpreta a regra da quebra do sigilo das comunicações de maneira limitativa, vedando sua utilização na esfera civil, mesmo que se trate de prova emprestada⁴.

¹ Inteiro Teor da decisão publicado nas notícias do Espaço Vital em 29.03.2007: <http://www.espacovital.com.br/novo/index.php>, Acesso em 07 de abril de 2007

² STF, Tribunal Pleno, Pet-AgR 2.805, rel. min. Nelson Jobim, DJ 27.02. 2004

³ STJ, Quinta Turma, EDcl no RMS 17732, rel. min. Gilson Dipp, DJ 19.09.2005

⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, 3ª ed., São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 5ª ed., Belo Horizonte: DelRey, 2005; GOMES, Luiz Flávio e CERUVINI, Raúl. Interceptação

A regra constitucional é explícita e, mesmo no caso de investigação criminal, o sigilo telefônico ainda merece ponderação, não podendo ser quebrado nas situações descritas nos incisos do art. 2º, da Lei 9.296/2006:

“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.”

Em que pese as considerações da decisão ora analisada de que ao princípio da intimidade do investigado deve ceder lugar ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, a quebra do sigilo telefônico do devedor de alimentos viola a ordem constitucional.

Em primeiro lugar, como já explicitado, porque não há autorização legislativa para tal decisão.

Por outro lado, destaca-se que o confronto de princípios constitucionais realizado, na decisão do citado agravo de instrumento, reúne normas de natureza diversas e acaba por restringir direito fundamental sem que estejam presentes os requisitos essenciais para tanto.

O princípio da intimidade daquele que se busca a quebra do sigilo telefônico é norma de caráter restritivo de direitos fundamentais, enquanto que o princípio da especial proteção à criança e ao adolescente possui caráter programático.

J.J. Gomes Canotilho especifica quais seriam as regras observáveis para a restrição de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos:

“A questões a debater são essencialmente as seguintes: (1) trata-se de uma *lei formal e organicamente* constitucional?; estamos perante uma lei da AR ou perante um decreto-lei autorizado do Governo?; (2) existe autorização expressa da Constituição para o estabelecimento de limites através de lei? (art. 18º/2); (3) a lei restritiva tem carácter geral e abstracto? (art. 18º/3); (4) a lei restritiva tem efeitos retroactivos? (art. 18º/3); (5) a lei restritiva observa o *princípio da proibição do excesso*, estabelecendo as restrições necessárias para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos? (art. 18º/2, *in fine*); (6) a lei restritiva diminui a extensão e o alcance do *conteúdo essencial* dos princípios constitucionais? (art. 18º/3, *in fine*).”⁵

Telefônica – Lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica – considerações sobre a lei 9.296, de 24 de julho de 1996, São Paulo: Saraiva, 2005

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, p. 447

Primeiramente, a regra que veda a quebra de sigilo telefônico exige, para sua aplicabilidade, regulamentação por lei em sentido formal.

Tanto é que o Supremo Tribunal Federal, antes da edição da Lei 9.296/2006, não admitia tal forma de prova nos processos penais:

"O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). O art. 57, II, *a*, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição, a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente."⁶

Mesmo em se tratando da exceção constitucional para a quebra do sigilo telefônico, portanto, somente quando editada a lei regulamentadora é que se autorizou a realização desta espécie de prova penal. Isto considerando que incidia, sobre o processo penal, o princípio da verdade real.

No caso da quebra do sigilo telefônico para fins de localização de devedor de alimentos, esta foi determinada por decisão judicial – não lei em sentido estrito – e sem que a lei que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Carta da República dispusesse sobre esta hipótese. Assim, revela-se a inconstitucionalidade formal da medida.

⁶ STF, Tribunal Pleno, HC 72.588, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 04.08.2000

Além disso, a regra insculpida no art. 5º, II, da Constituição da República, determina que ninguém é obrigado a fazer nada, senão em virtude de lei. Não pode, portanto, o executado se sujeitar a restrições em seus direitos fundamentais, sem que lei formal as imponha⁷.

Acrescente-se que não há autorização expressa da Constituição para a limitação do direito constitucional à intimidade, ao contrário, a Carta Magna brasileira expressamente veda que se quebre o sigilo das comunicações, ressalvando, exclusivamente, a finalidade de investigação criminal.

Ainda, a determinação de quebra do sigilo das comunicações do devedor de alimentos não tem caráter abstrato e geral.

Trata-se de uma inovação de caráter legislativo que, pelos limites da relação processual, somente atingirão as partes envolvidas naquela ação específica.

É certo que, na decisão do agravo de instrumento, há ressalva de que o entendimento ali fixado tenha cunho pedagógico em relação aos demais devedores de alimentos que furtam-se da ação judicial. No entanto, ainda que se impingisse caráter vinculante, a decisão do agravo não pode estender-se de forma imediata a todas as questões pendentes na Corte gaúcha.

Adiciona-se, ainda, que a decisão analisada não é adequada ao princípio da proibição de excesso:

“O **princípio da proibição do excesso**, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático (cfr., *supra*), significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da *adequação* aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins) .a exigência da *necessidade* pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que , embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos ‘coactivo’, relativamente aos direitos restringidos. O princípio da *proporcionalidade* em sentido estrito (=princípio da ‘justa medida’) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adopte ‘cargas coativas’ de

⁷ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967/1969*, tomo V, próprio. 2-3

direito, liberdades e garantias ‘desmedidas’, ‘desajustadas’, ‘excessivas’ ou ‘desproporcionadas’ em relação aos resultados obtidos.”⁸

No caso analisado, é certo que, sem sucesso, foram tomadas todas as medidas disponíveis na legislação brasileira a fim de localizar o executado. Contudo, a medida restritiva imposta – quebra do sigilo telefônico – carrega carga coativa desmedida, visto que expressamente proibida pela Constituição.

A não localização do devedor de alimentos não pode justificar que o Judiciário afaste a proteção constitucional de sua intimidade, visto a evidente desproporção entre as medidas.

O deficiente aparelhamento do Estado, no sentido de que não há força policial suficiente para dar cumprimento à ordem de prisão civil, não pode justificar que se violem direitos fundamentais de seu destinatário. Daí a desproporção da quebra do sigilo das comunicações do executado.

Por fim, destaca-se que a decisão do agravo de instrumento referido viola o núcleo essencial do direito de proteção à intimidade das comunicações telefônicas.

Como ensina Gilmar Mendes, “*o princípio da proteção do núcleo essencial (Wesensgehaltsgarantie)* destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante o estabelecimento de restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais”⁹.

É certo que a criança e o adolescente merecem total proteção do Estado. Norma princípio que conduz à interpretação dos direitos incidentes da maneira que lhes atinja da forma mais favorável. Todavia, esta interpretação não pode restringir direitos expressamente consagrados na Constituição.

Visar à proteção da criança e do adolescente não significa que os demais direitos fundamentais possam ser desconsiderados no caso concreto.

Assim, na hipótese julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento nº 70018683508, a intenção de proteção aos autores acabou por afastar o

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, p. 453

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos editor, 1999, p. 39

direito à intimidade do devedor de alimentos. Regra que mereceu explícita consideração do legislador constitucional, vedando sua violação.

Os princípios e regras de direitos fundamentais caráter restritivos não podem, pois, ser repelidas por princípios de caráter programáticos, dada a vedação expressa da regra constitucional.