

AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO DOS PAÍSES DO MERCOSUL

INTERCEPTIONS TELEPHONE IN THE LAW OF THE MERCOSUR COUNTRIES

José Antonio de Faria Martos

RESUMO

Este artigo tem por objeto o estudo das interceptações telefônicas no âmbito das legislações dos países do MERCOSUL. A pesquisa aborda o tratamento jurídico constitucional e infra-constitucional de direitos fundamentais como o da intimidade e do sigilo das comunicações nos países em análise. Por meio do estudo histórico da legislação constitucional e das bases normativas na exposição e comparação dos sistemas jurídicos, inclusive, é possível alcançar tentativas de solução para eventuais conflitos resultantes da colisão de direitos fundamentais relacionados ao tema, com o fim de preservar o cidadão de intromissão indevida e apurar responsabilização funcional de quem der causa ao ato.

Palavras – Chave: Interceptação Telefônica; MERCOSUL; Legislação dos países do MERCOSUL.

ABSTRACT

This article focuses on the study of telephone intercepts under the laws of the MERCOSUR countries. This research covers the constitutional and under-constitutional treatment of the fundamental rights as privacy and the secrecy of communications in the countries under review. Through the historical study of constitutional law and normative bases on display and comparison of legal systems, also is possible to reach tentative solutions to conflicts as result of the collision of fundamental rights relating to the theme in order to preserve the citizen from the undue intrusion and find out the liability functional of who has caused the act.

Keywords: Interceptions Telephone; MERCOSUR; Legislation of the MERCOSUR countries.

INTRODUÇÃO

As conquistas humanas em matéria de Direitos Fundamentais são muito importantes e representam a principal via na realização da plenitude da dignidade da pessoa humana. O direito à intimidade como espécie dos direitos da personalidade demonstra uma conquista do homem na busca incessante de aperfeiçoamento dos direitos humanos.

A maioria dos países, em especial os integrantes do MERCOSUL que no presente trabalho servem de referência, cuidaram de tutelar o direito à intimidade no plano do Direito Constitucional, sob a influência do Direito Internacional.

Ocorre que com o avanço da ciência e da tecnologia, o direito à intimidade começou a se contrapor a outros direitos também fundamentais como, por exemplo, o direito à prova e por consequência o direito a um processo justo. Definir os limites do direito à intimidade não é tarefa fácil.

Algumas questões emergem quando do confronto entre a busca da verdade pelo processo e a admissibilidade ou não de determinados tipos de provas, como aquelas resultantes das interceptações telefônicas, lícitas ou não.

É inegável que cada época histórica tem a sua imagem ou idéia de justiça, dependente da escala de valores dominante nas respectivas sociedades.

O direito à intimidade e ao sigilo das comunicações representam conquistas importantíssimas na luta pelos direitos humanos que devem ser preservados. Contudo, o princípio da proporcionalidade deve abalizar os conflitos de interesses que porventura possam aparecer quando da colisão de direitos dessa natureza.

O propósito do presente é o estudo sobre as interceptações telefônicas no ordenamento jurídico dos países do MERCOSUL, cuja análise passa-se a seguir.

1. O DIREITO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NA ARGENTINA

No sistema jurídico Argentino o direito ao sigilo das comunicações é assegurado por normas de diferentes hierarquias¹. Na Constituição Nacional, está disposto de forma expressa no artigo 18 da seguinte maneira:

Art. 18 - Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Por outro lado, a proteção legal da privacidade nas telecomunicações da Argentina no plano Constitucional pode ser subsumida de forma implícita no artigo 19 da Constituição Nacional de 1994 que assim dispõe:

Art. 19 - Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

As Constituições da cidade autônoma de Buenos Aires² e das Províncias³ trazem dispositivos semelhantes e no mesmo sentido de proteção⁴.

¹ Cf. HALL, Carlos Normando. **La Intervención de las Telecomunicaciones**. Rosario; Santa Fé: Jurídica Nova Tesis, 2003, p. 17.

²A Constituição da Cidade autônoma de Buenos Aires dispõe sobre a matéria em estudo da seguinte forma: Artículo 12.- La Ciudad garantiza: (...)

3)- El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana.

Artículo 13.- La Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienen estrictamente a las siguientes reglas: (...)

Ao tratar do tema disposto no artigo 18 da Constituição Nacional Argentina, mormente com relação ao fato de que ninguém pode ser obrigado a declarar contra ele mesmo, o jurista Argentino Carlos Normando Hall, afirma que:

Tal principio importa que las escuchas telefónicas o de cualquier otro medio como pueden ser el fax, el correo electrónico o la comunicación celular, por mencionar algunos o sus respectivas grabaciones que se hubieren logrado em forma subrepticia, y de llamadas dirigidas AL imputado destinadas a obtener que este se autoincrimine, violando así La garantía del artículo 18 – carecen absolutamente den todo valor y deben ser desechadas de plano. Carecen de toda relevância probatória desde que al ser desconocida su realización por El imputado, por este medido se estaria forzando a este a autoincriminarse⁵.

A constituição Nacional Argentina de 1994, dispõe em seu artigo 75, inciso 22, sobre as Convenções que têm hierarquia Constitucional, declinando inclusive as mesmas.

Dessa forma, considerando a disposição sobre hierarquia constitucional outorgada às Convenções Internacionais, destaca-se a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) aprovada em 1984 pela Lei 23.054, que, vigente então no território Argentino, dispõe em seu artigo 8º, parágrafo 21, inciso g o seguinte:

Artigo 8º - Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdadade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

Assim, considerando que as interceptações e escutas telefônicas são efetuadas no processo penal, geralmente com o fim único de se fazer autoincriminação do interlocutor, quem sofre a violação ao direito pode invocar em sua proteção o dispositivo em comento.

Existe, inclusive, disposição no sentido protetivo relacionado à vida privada à correspondência, o artigo 11º daquele tratado que assim dispõe em seus parágrafos:

3)- Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos. (...)

8)- El allanamiento de domicilio, las escuchas telefónicas, el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, sólo pueden ser ordenados por el juez competente.

³ A Constituição da Província de Buenos Aires do ano de 1994 traz disposição da seguinte forma: Artículo 12.- Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: 5- A la inviolabilidad de los documentos privados y cualquier otra forma de comunicación personal. La ley establecerá los casos de excepción en que por resolución judicial fundada podrá procederse al examen, interferencia o interceptación de los mismos o de la correspondencia epistolar

⁴ Constituição da Província de Catamarca. Artículo 22º - Las acciones humanas que no ofendan a la moral y al orden público ni perjudiquen a un tercero, están reservadas al juicio de Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Nadie estará obligado a hacer lo que la ley no manda ni privarlo de lo que ella no prohíbe. Artículo 24º - Las comunicaciones privadas de cualquier clase que fueran, son inviolables y no podrán ser interceptadas ni secuestradas sino en los casos legalmente previstos. Tampoco serán admitidas en juicio y aceptadas como prueba sin autorización de su autor o destinatario.

⁵ HALL, Carlos Normando. **La Intervención de las Telecomunicaciones**. Rosario; Santa Fé: Jurídica Nova Tesis, 2003, p. 17.

Art. 11º - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

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

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Dessa forma os dispositivos do Tratado Internacional referido reforçam as garantias constitucionais já declinadas.

No plano infraconstitucional tem vigência na Argentina a chamada Lei Nacional de Telecomunicações que foi sancionada e promulgada em 22 de agosto de 1972, e publicada no dia seguinte. O artigo primeiro da lei dispõe sobre seu propósito e alcance consignando que “as telecomunicações no território da Nação Argentina e nos lugares sujeitos à sua jurisdição regem por essa lei, pelos convênios internacionais de que o país seja parte e pela regulamentação que se fizer em sua consequência⁶”.

A inviolabilidade do sigilo das telecomunicações está assegurada no artigo 18 da referida Lei assim: “Art. 18 - La correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación solo procederá a requerimiento de juez competente”.

Observe-se que o mesmo dispositivo legal contempla em sua parte final a possibilidade de interceptação por meio de requerimento do juiz competente.

Os artigos seguintes apresentam uma lista de tipos comportamentais que podem ser considerados como queda de inviolabilidade da correspondência de telecomunicações, além da obrigatoriedade de guarda segredo sobre o conteúdo .

Art. 19 - La inviolabilidad de la correspondencia de telecomunicaciones importa la prohibición de abrir, sustraer, interceptar, interferir, cambiar su texto, desviar su curso, publicar, usar, tratar de conocer o facilitar que otra persona que no sea su destinatario conozca la existencia o el contenido de cualquier comunicación confiada a los prestadores del servicio y la de dar ocasión de cometer tales actos.

Art. 20 - Las personas afectadas a los servicios de telecomunicaciones están obligadas a guardar secreto respecto de la existencia y contenido de la correspondencia, de que tengan conocimiento en razón de su cargo.

Art. 21 - Toda persona que de cualquier manera tenga conocimiento de la existencia o contenido de la correspondencia de telecomunicaciones, está obligada a guardar secreto sobre la misma con las excepciones que fija la presente ley.

A tipificação legal das condutas delitivas relacionadas às interceptações telefônicas encontra disciplina no Código Penal Argentino nos seguintes dispositivos:

Art. 153 - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o

⁶ Art. 1º — Las telecomunicaciones en el territorio de la Nación Argentina y en los lugares sometidos a su jurisdicción, se regirán por la presente ley, por los convenios internacionales de los que el país sea parte y por la reglamentación que en su consecuencia se dicte.

indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

Art. 153 BIS - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

Art. 154 - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.

Art. 155 - Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.

Destaca-se a parte final do artigo 155 que isenta de pena quem obrar com o propósito inequívoco de proteger interesse público. A redação do artigo foi dada pela Lei 26.338 de 25/06/2008, e poderá vir a ser fonte de conflitos judiciais, mormente em face da exegese do que pode representar interesse público.

O Código de Processo Penal Nacional Argentino, por sua vez prevê expressamente sobre a possibilidade e forma para as interceptações telefônicas lícitas. Assim estão consignados os dispositivos relacionados:

Art. 236 - El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas.

Bajo las mismas condiciones, el Juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él.

En las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del Código Penal de La Nación, o que tramiten en forma conexa con aquéllas, cuando existiese peligro en la demora, debidamente justificado, dichas facultades podrán ser ejercidas por el representante del Ministerio Público Fiscal, mediante auto fundado, con inmediata comunicación al Juez, quien deberá convalidarla en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él.

Disposições semelhantes são verificadas nos Códigos de Processo Penais Provinciais⁷, visto que em sua gênese não destoam do Código Nacional.

Como nos ordenamento jurídico dos demais países do MERCOSUL, a autorização judicial prevista em lei está condicionada a existência de justa causa para tanto. Todavía, quando a matéria versa sobre interceptação telefônica autorizada pelo juiz, para o processo penal, o dispositivo referido não é isento de críticas⁸.

A Lei 19.798 também é criticada visto que seu propósito é outro. Carlos Normando Hall, afirma que: “Esta ley, em cuanto a nuestro tema se refiere, no regula la intervención de telecomunicaciones, limitándose a definir y ampliar la inviolabilidad de la intimidad consagrada por la constitución Nacional⁹”.

Sobre a necessidade e urgência de se editar uma lei que “verdaderamente reglamente el ejercicio del derecho as secreto y a la intimidad em las telecomunicaciones , a fin de que tan importante garantia constitucional no quese sin amparo y como uma mera expresión de deseos¹⁰”.

O Código Processual Civil e Comercial da Nação Argentina dispõe sobre os meios de prova no artigo 378 da seguinte forma:

Art. 378: Medios De Prueba

Art. 378 - La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez.

⁷ Código de Processo Penal da Cidade Autônoma de Buenos Aires.

Art. 107 - Admisibilidad de la prueba. Los elementos de prueba solo serán admisibles cuando Sean obtenidos por un medio licito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.

Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires.

Artículo 228.- Interceptación de correspondencia. Examen. Secuestro.- Siempre que se considere útil para la comprobación del delito, el Juez, a requerimiento del Agente Fiscal, podrá ordenar, mediante auto fundado, la interceptación y el secuestro de la correspondencia postal y telegráfica; o de todo otro efecto remitido por el imputado o que se le destinare, aunque sea bajo nombre supuesto.

Recibida la correspondencia o los efectos interceptados, el Juez procederá a su apertura, en presencia del Secretario, haciéndolo constar en acta. Examinará los objetos y leerá por sí la correspondencia. Si el contenido tuviere relación con el proceso, ordenará el secuestro; en caso contrario, lo mantendrá en reserva y dispondrá la entrega al destinatario, bajo constancia”.

⁸ HALL: “La indefensión Del ciudadano frente a esta vulneración de sus derechos fundamentales ES evidente, ya que sumado a lo expuesto se encuentra el hecho innegable de La fata de uma ley que regule la intervención más Allá de la pobreza franciscana que ostenta el art 236 y la misma ley 19.798”, *in*: HALL, Carlos Normando. **La Intervención de las Telecomunicaciones**. Rosario; Santa Fé: Jurídica Nova Tesis, 2003, p. 101.

⁹ HALL, Carlos Normando. **La Intervención de las Telecomunicaciones**. Rosario; Santa Fé: Jurídica Nova Tesis, 2003, p. 101.

¹⁰ HALL, Carlos Normando. **La Intervención de las Telecomunicaciones**. Rosario; Santa Fé: Jurídica Nova Tesis, 2003, p. 92.

Em face das particularidades da organização judiciária da nação Argentina constata-se também semelhança de disposições nos Códigos provinciais¹¹.

Em se tratando de interceptação telefônica voltada para o processo civil não se constata na legislação Argentina até a presente data nenhum dispositivo legal específico que disciplina a sua utilização.

2. O DIREITO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO BRASIL

Os problemas inerentes às interceptações telefônicas no Brasil merecem um estudo aprofundado, razão pela qual, em sede preambular, e antes de adentrar ao estudo normativo, pede-se venia para uma reflexão a partir de algumas informações fidedignas da imprensa brasileira.

“Justiça autorizou 409 mil grampos só em 2007”. O título da notícia estampou em diversos veículos de imprensa¹² a dimensão do problema das interceptações telefônicas na atualidade no Brasil. Problema este que se repete em outros países.

Segundo o jornal, no ano de 2007 foram autorizadas pela Justiça e efetivadas 409 mil interceptações telefônicas no País. O número foi repassado pelas operadoras de telefonia para a denominada CPI dos Grampos na ocasião.

Por meio dos números fica a impressão de que os investigadores primeiro mandam grampear o telefone, para só depois começar as investigações.

Os números causaram perplexidade nos Deputados membros da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigavam na época o abuso de tais interceptações telefônicas, pois em um país com tantas ligações interceptadas questiona-se a garantia do cidadão ao direito à privacidade.

Da notícia veiculada pela imprensa destaca o fato de que até mesmo Ministros do Supremo Tribunal Federal tiveram seus telefones interceptados ilicitamente. Veja-se o trecho da reportagem:

O representante de Relações Institucionais da Oi Fixo (antiga Telemar), Arthur Madureira de Pinho, confirmou à CPI dos Grampos que o ministro do Supremo

¹¹ O Código de Processo Civil e Comercial da Provincia de Buenos Aires¹¹ dispõe em seu artigo 376 sobre os meios de prova assim: Artículo 376°: Medios de prueba. La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley o por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes, o en su defecto, en la forma que establezca el juez.

¹² Jornal O Estado de São Paulo. Edição de 20 de março de 2008; MERCOSUL NEWS. **Justiça Autorizou 409 Mil Grampos só em 2007.** Disponível em: <http://www.mercosulnews.com/imprimir.php?id=29492&tblano=materias2006>. Acesso em: 06/04/2012.

Tribunal Federal (STF) Marco Aurélio foi mesmo grampeado quando visitou o Rio. "O grampo ocorreu depois de novembro de 2005, quando saí da Gerência de Operações Especiais da empresa. Por isso, não sei detalhes dos desdobramentos do caso nem os rumos que a investigação tomou", afirmou o técnico, que trabalha há 28 anos no ramo.

Ao saber da informação, o ministro se disse "perplexo" e "inconformado" com as afirmações do executivo da Oi Fixo. "A situação é surrealista. Para haver grampo, teria de ter ordem de um juiz. Em relação a ministro do Supremo, a competência para deferir esse tipo de autorização é do próprio STF. Será que um colega meu deu uma ordem como essa? A resposta é negativa. Então, foi um grampo clandestino como tantos outros. Se ousam a ponto de grampear o telefone de um ministro do STF, o que pode ocorrer com o cidadão comum?", questionou.

A suspeita de grampo em telefones de ministros do STF foi revelada pela revista Veja, em agosto de 2007. Na ocasião, cinco deles - Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Cezar Peluso - acreditavam ter sido monitorados¹³.

A notícia em destaque reflete a tendência atual adota pela maioria dos países, mormente depois dos atentados terroristas aos Estados Unidos da América do Norte ocorridos em 11 de setembro de 2001.

Para uma melhor compreensão da pretensão do legislador pátrio em criar proteção constitucional à privacidade dos cidadãos nas relações de comunicação, segue uma análise histórica do instituto:

1) - Constituição Política do Império do Brasil de 1824: art.179, 27: "O segredo das cartas é inviolável. A administração do correio fica rigorosamente responsável para qualquer infração deste artigo".

2) - Constituição de 1891: art.72, parágrafo 18: "É inviolável o sigilo da correspondência".

3) - Constituição de 1934: art.113, 8: "É inviolável o sigilo da correspondência".

4) - Constituição de 1937: art.122, nº 6: "A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei"

5) - Constituição de 1946: art.141, § 6º: "É inviolável o sigilo da correspondência"

6) - Constituição de 1967: art.150, § 9º: "É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas".

7) - Emenda Constitucional nº 1/69: art.153, § 9º: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas".

8) - Constituição de 1988: 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.

¹³ MERCOSUL NEWS. **Justiça Autorizou 409 Mil Grampos só em 2007**. Disponível em: <http://www.mercosulnews.com/imprimir.php?id=29492&tbloano=materias2006>. Acesso em: 06/04/2012.

A análise dos dispositivos permite a constatação de que desde a Constituição monárquica brasileira, sempre foi preocupação do legislador, assegurar em toda a plenitude o sigilo da correspondência de um modo geral.

Na história universal constatamos que desde a criação dos serviços postais o homem já reclamava por um segredo da correspondência.

Segundo Celso Ribeiro Bastos:

Este novo meio de comunicação, embora propiciando grandes facilidades para os particulares, trouxe consigo, sem dúvida, a possibilidade dos reis assehorarem-se do conteúdo das cartas. Nos reinados de Luís XIV e Luís XV tornou-se prática corrente a passagem da correspondência por um chamado *cabbine noar*¹⁴.

Embora não expresso na norma constitucional, até 1946, o sigilo das comunicações telefônicas estava assegurado, pois se tutelava de uma maneira geral o sigilo da correspondência e nesta, incluía-se a comunicação telefônica.

A partir da Constituição de 1967, o sigilo das comunicações telefônicas passou a ser assegurado de forma expressa. O texto da emenda constitucional de 1969 conservou a mesma redação anterior.

A atual constituição inovou ao garantir a inviolabilidade também das comunicações de dados e a preocupação do legislador foi justa porque temos que reconhecer que estamos em plena era cibernética.

Se o legislador constituinte inovou com relação à comunicação de dados, também inovou ao dispor que é possível a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Portanto, o sigilo das comunicações telefônicas perdeu o caráter absoluto, assegurado pela Carta brasileira anterior.

É certo que a preocupação do legislador constituinte em limitar o sigilo das comunicações telefônicas foi exatamente no sentido de colocar o Estado em condições de igualdade com as organizações criminosas. Estas, a cada dia mais, possuem melhores meios e técnicas para a prática do ilícito, e é dever do Estado combater essas práticas para o bem social.

Sobre o sigilo das comunicações telefônicas, Pontes de Miranda assim lecionava:

No Brasil, desde 1891, aliás, desde o império, o que se garante é o sigilo da correspondência, "qualquer que seja". Ainda que se trate de correspondência radiotelegráfica, por sua natureza de conteúdo facilmente captável, o princípio protege-a contra a divulgação¹⁵.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v.2, 1989, p. 71.

¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.7, 1983, p. 173.

A atual Constituição trouxe como inovação a possibilidade da quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Ressalte-se que a possibilidade está restrita às comunicações telefônicas, permanecendo para os demais casos a regra da inviolabilidade.

Ao permitir a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, o legislador constituinte levou em consideração o interesse social. Na realidade o objetivo foi de dar ao Estado melhores condições para coibir a prática do ilícito.

Não há que se falar de quebra do sigilo para instruir processo civil. Nesse sentido, é o entendimento de Fernandes e Gomes Filho: “quanto às comunicações telefônicas, a exceção constitucional abre-se apenas para fins de investigação criminal e instrução processual penal”. O Juiz cível, portanto, não poderá autorizar a escuta telefônica¹⁶.

O Código Brasileiro de Telecomunicações surgiu com o advento da lei nº. 4117 de 27 de Agosto de 1962. A redação inicial sofreu algumas modificações posteriores, com a edição do Decreto-lei nº236 de 28/02/1967. A redação do Código Brasileiro de Telecomunicações foi alvo de severas críticas por parte de José Carlos Barbosa Moreira¹⁷.

O disposto no referido diploma legal, por certo período, trazia ao universo jurídico questões controvertidas notadamente quanto à possibilidade de invocá-lo para a realização de uma interceptação telefônica ilícita. A polêmica dividia tanto a doutrina como a jurisprudência.

Destaque-se alguns dispositivos inseridos naquele diploma para um melhor entendimento da polêmica na época:

Artigo 55: É inviolável a telecomunicação nos termos desta lei.

Artigo 56: Pratica crime de violação de telecomunicação que, transgredindo lei ou regulamento, exiba autógrafa ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro.

§1º - Pratica, também, crime de violação de telecomunicações quem ilegalmente receber, divulgar ou utilizar telecomunicação interceptada.

§2º - Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicações.

Artigo 57: Não constitui violação de telecomunicação:

I - A recepção da telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - O conhecimento dado:

a-) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;

b-) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;

c-) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;

¹⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães ; FERNANDES, Antonio Scarance . **Os Resultados da Interceptação Telefônica como Prova Penal**. Revista de Processo: São Paulo, v. 11, n. 44, p. 85-99, 1986, p. 124.

¹⁷ TJRJ. A.I. n. 7111, 5ª. Câmara. DJ: 28/11/83. Voto: Des. José Carlos Barbosa Moreira: "Passando ao Código Brasileiro de Telecomunicações, e fazendo abstração de perplexidade em que inevitavelmente se embarça o intérprete diante de diploma redigido com tão deplorável imperícia técnica (...)"

d-) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários;

e-) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Parágrafo Único - Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública.

No que se refere às interceptações telefônicas, a polêmica que geralmente surgia era com relação ao disposto na letra "e" do inciso II, do artigo 57. Não constituindo violação de telecomunicação, o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Face ao disposto na norma, questionava-se então se poderia o juiz autorizar uma interceptação de conversa telefônica? Se não constituía violação de telecomunicação, esta interceptação legalmente autorizada pelo juiz, não resultaria ela numa interceptação lícita?

As respostas a tais indagações devem ser elaboradas em tempos diferentes: antes e depois da Constituição Federal de 1988.

Responde-se positivamente às indagações, antes do advento da Carta Constitucional de 1988: o juiz podia requisitar uma interceptação telefônica, e esta deveria ser considerada como lícita.

Referente à matéria Ada Pellegrini Grinover destaca que: "entre nós, porém, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4117, de 27/08/62) já prevê expressamente a possibilidade de interceptação telefônica¹⁸".

Com o advento da Constituição de 1988, o problema passou a ser analisado de outra forma. A norma constitucional condicionou a quebra do sigilo à autorização judicial e nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Portanto, era imprescindível nova disciplina legislativa a partir de então.

Aliás, este também era o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho: "Enquanto não vier a lei estabelecendo as hipóteses e a forma em que será lícita a ordem judicial, a proibição continua¹⁹". Com pensamento consoante, Fernandes e Gomes Filho:

Enquanto não for promulgada a lei disciplinadora das hipóteses e formas das interceptações e escutas telefônicas, não há base legal para a autorização judicial. E as operações técnicas porventura efetuadas serão ilícitas, subsumindo-se à espécie do inciso LVI do art.5º da Constituição²⁰.

Em 24 de julho de 1996 foi sancionada a Lei nº 9296 que veio regulamentar o artigo 5º, Inciso XII da Constituição Federal, disciplinando as interceptações telefônicas no plano

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. in: As Interceptações Telefônicas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 261.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, v.3, 1992, p. 211.

²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Os Resultados da Interceptação Telefônica como Prova Penal**. Revista de Processo: São Paulo, v. 11, n. 44, p. 85-99, 1986, p. 147.

penal e processual penal .O âmbito de aplicação da lei está assentado no artigo 1º que assim dispõe:

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.

A natureza jurídica da medida de interceptação telefônica é de índole normativa processual cautelar em razão da exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, ou seja a existência do *fumus boni iuris* como primeiro pressuposto da medida associado com o *periculum in mora* diante da imprescindível inexistência de outros meios de prova disponíveis para a obtenção das informações necessárias, o que evidencia a tutela de urgência.

Nos termos da lei, tem legitimidade para pleitear a medida a autoridade policial e o Ministério Público, podendo ainda ser determinada de ofício pelo juiz, de acordo com o previsto no artigo 3º.

Para Luiz Flávio Gomes: “é inconstitucional a interceptação telefônica de ofício porque vulnera o modelo acusatório de processo, instituído pela Constituição de 1988²¹”. Assim, para o jurista, tomar a iniciativa da prova "compromete psicologicamente o Juiz em sua imparcialidade e o Juiz não pode ter idéias preconcebidas sobre o que vai decidir²²”.

Quando a medida é deferida como cautelar preparatória e concedida na fase do inquérito policial ou da investigação criminal a decisão é judicial- administrativa, visto não se tratar de ato jurisdicional e sim judicial. Contudo, se a medida for deferida como cautelar incidental, tem-se uma decisão interlocutória.

O legislador fixou também prazo para a realização das interceptações evitando-se assim a perpetuação de tal conduta e permitindo um controle estatal pelo juiz que a defere. Estabelece ainda a lei sobre a necessidade de degravção, como maneira de se permitir o contraditório diferido.

Acrescente-se também que a necessidade da motivação da decisão judicial que autorizar uma interceptação telefônica, é imperativo Constitucional sob pena de nulidade, conforme dispõe o artigo 93, IX da Constituição Federal.

Acrescenta-se finalmente que os processos que envolvem autorizações para interceptações telefônicas devem tramitar em regime de sigilo de justiça, em função da

²¹ GOMES, Luis Flávio. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 201.

²² GOMES, Luis Flávio. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 205.

defesa da intimidade da parte²³. A prova eventualmente colhida com a interceptação telefônica deve em todas as circunstâncias passar pelo crivo do contraditório, por exigência da Lei Maior²⁴.

De acordo com o previsto no artigo 10 da referida lei: “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa”.

O crime de interceptação ilegal pode ser realizado de duas formas. A primeira é a interceptação sem ordem judicial; a segunda é ultrapassando os limites impostos na própria autorização.

Assim sendo, mesmo existindo autorização judicial, o crime pode vir a ser praticado, se houver desvio de finalidade da prova, ou seja, não for destinada a investigação criminal ou o processo criminal.

Analisando o texto constitucional vigente constatamos que nele estão inseridos alguns dispositivos aplicáveis como sanção para o caso das interceptações telefônicas ilícitas.

No inciso X do art 5º da Constituição Federal está assegurado o direito a indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação ao direito à intimidade. O resultado de uma interceptação telefônica ilícita, não pode ser utilizado como prova no processo, pois o inciso LVI do art. 5º da Carta Maior dispõe que “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A Lei nº 9296/96 que regulamenta o artigo 5º, XII, da Constituição Federal, e disciplina as interceptações telefônicas para o processo penal brasileiro trouxe em seu corpo o artigo 10 que assim dispõe:

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

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

Merece destaque o fato de que a proposta legislativa levou em consideração a necessidade e preocupação em preservar a dignidade da pessoa humana, no recesso de seu direito constitucional à intimidade.

Vladimir Oliveira da Silveira e Lívia Gaigher Bosio Campello destacam em importante artigo que “haja vista o liame entre cidadania e direitos humanos, sustentamos que o conceito de cidadania compreende os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e difusos,

²³ Ver inciso LX, do art. 5º da Constituição Federal Brasileira.

²⁴ Ver inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal Brasileira

que incorporam, expressam e se vinculam aos valores de liberdade, justiça, igualdade e solidariedade²⁵.

Assim sendo, após a revisão legislativa do Brasil, conclui-se que não há norma específica que autorize a interceptação telefônica para o processo civil.

3. O DIREITO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO PARAGUAI

Pode-se afirmar que no Paraguai, com o advento da democracia, mais precisamente com a manifestação de 1989, várias transformações foram verificadas na vida social e política da República com o reconhecimento das liberdades públicas e as limitações ao Poder Estatal.

O controle do Poder Estatal advindo com a promulgação da Constituição Nacional de 1992, trouxe a criação de novas figuras na composição estrutural do Estado, aumentando assim os direitos e garantias individuais, notadamente com relação às pessoas eventualmente submetidas a processos penais.

Vladmir Oliveira da Silveira e Ernani Contipelli, dissertando sobre direitos humanos econômicos concluem que “os direitos humanos surgem por intermédio da dinamogenesis dos direitos, que a cada reclamo social cria uma nova geração de direitos humanos e traz como consequência uma nova dimensão dos direitos fundamentais²⁶”.

Em 1997 foi promulgado o novo Código Penal Paraguaio que substituiu o antigo Código Penal de Teodocio González de 1914, e que teve seus antecedentes no Código de Baviera de 1813, cujos traços eram fortemente inquisidores. Em março de 2000 entrou em vigor o Código de Processo Penal Paraguaio substituindo o anterior de 1980.

Miguel Said Bobadilha destaca os momentos coincidentes tanto de crises como aqueles de derrocamento dos regimes totalitários vividos pelos cidadãos dos países do MERCOSUL da seguinte forma:

Es por todos conocida, la crisis social, política, económica, cultural y hasta moral por la que atraviesa nuestra región, comprendida principalmente por países ligados al MERCOSUR, como Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay. Los ingentes esfuerzos realizados por sectores democráticos que tuvieron un rol protagónico en la lucha por la vigencia de un Estado de Derecho y el derrocamiento de los regímenes totalitarios, se ven frustrados, cuando en La actualidad un gran sector de la ciudadanía expresa su descontento e insatisfacción, porque según los mismos,

²⁵ SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio. **Dignidade, Cidadania e Direitos Humanos**. in: XIX Encontro Nacional CONPEDI, 2010, Fortaleza - CE. Anais XIX Encontro Nacional CONPEDI, pp. 4974-4986, 2010, p. 4979.

²⁶ SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; CONTIPELLI, Ernani. **Direitos Humanos Econômicos na Perspectiva da Solidariedade: Desenvolvimento Integral**. in: XVI Encontro Nacional CONPEDI, 2008, Salvador - BA. Anais XVI Encontro Nacional do CONPEDI, pp. 2571-2588, 2008, p. 2586.

con la democracia vino aparejada, la crisis social, económica y una creciente inseguridad, traducidos en un marcado aumento de los índices de delincuencia, dando lugar a una sensación de impunidad ante la comisión de hechos punibles sean estos cometidos por marginales o por personas vinculadas a grupos de poder. Asimismo, este sector ciudadano considera que dichos males se deben a que nuestra legislación penal se tornó sumamente permisiva con los delincuentes, existiendo en la actualidad intentos de reformas legales, especialmente en lo que respecta al Código Procesal Penal buscando una mayor eficiencia en los actos de investigación. Hacemos votos para que no se trastoquen los principios democráticos consagrados en los actuales cuerpos normativos, puesto que precisamente las nuevas figuras procesales son las que proporcionan el cimiento garantista del sistema, que tienen como objetivo evitar las inconductas procesales cometidas por los organismos de seguridad²⁷.

No sistema jurídico Paraguaio o direito ao sigilo das comunicações privadas é assegurado pela Constituição Federal, de forma expressa no artigo 366 que se mostra de amplo alcance à exemplo de outros países, e cuida, também, de questões referentes ao patrimônio documental, objetos de valor testemunhal, documentos de contabilidade comercial e demais registros legais.

Assim está consignado por referido dispositivo Constitucional:

Artículo 36 - Del Derecho a la Inviolabilidad del Patrimonio Documental y la Comunicacion Privada: El patrimonio documental de las personas es inviolable. Los registros, cualquiera sea su técnica, los impresos, la correspondencia, los escritos, las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de cualquier otra especie, las colecciones o reproducciones, los testimonios y los objetos de valor testimonial, así como sus respectivas copias, no podrán ser examinados, reproducidos, interceptados o secuestrados sino por orden judicial para casos específicamente previstos en la ley, y siempre que fuesen indispensables para el esclarecimiento de los asuntos de competencia de las correspondientes autoridades. La ley determinará modalidades especiales para el examen de la contabilidad comercial y de los registros legales obligatorios. Las pruebas documentales obtenidas en violación o lo precripto anteriormente carecen de valor en juicio. En todos los casos se guardará estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado.

O mesmo artigo da constituição dispõe ainda sobre a invalidade e inadmissibilidade das provas documentais obtidas com violação da Constituição Federal.

A proteção legal Constitucional do direito à privacidade, por sua vez encontra disciplina no artigo 33 da Constituição Federal de 1992 que assim dispõe:

Artículo 33 - Del Derecho a la Intimidad: La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública. Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

Merece destaque o fato de que referido dispositivo constitucional se refere tanto à intimidade pessoal quanto familiar e, também, assegura ao cidadão o direito à proteção da imagem privada.

²⁷ BOBADILHA, Miguel Said. **La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Paraguayo**. in: Serie: Investigaciones Jurídico-Penales, Asunción: Paraguay, pp. 229-245, 2005, p. 229.

Interessante disposição é encontrada no artigo 45 da Constituição Federal do Paraguai²⁸ no sentido de que o enunciado dos direitos e garantias contidos na Carta não deve ser entendido como negação de outros inerentes a personalidade humana que não estejam figurados expressamente nela.

Versando sobre as preocupações modernas e democráticas do processo penal a Constituição Nacional sancionada em 20 de junho de 1992 em seu artigo 17 dispõe que:

En el proceso penal o en cualquier otro del cual pudiera derivar pena o sanción, toda persona tiene derecho a:

(...)

9) que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas.

A propósito das incursões de autoridades desprovidas de poder para tanto, em atividades de busca de elementos probatórios, e que podem macular a prova eivando-a de ilicitude, destaca Miguel Said Bobadilha o seguinte:

Todo arbitrario proceder de los agentes de investigación, que vulneran las garantías constitucionales lleva implícito vicios de nulidad insanables, no solo la originaria ilegalidad sino todos los actos derivados de ella. El art. 247 de la Constitución Nacional de la República del Paraguay, dispone en su primera parte que: **“El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución, la interpreta, la cumple y la hace cumplir”**, y el sgte. art., el 248 de la Ley Suprema de la Nación preceptúa en lo pertinente: **“Queda garantizada la independencia del Poder Judicial, sólo él puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios PODRÁN ARROGARSE ATRIBUCIONES JUDICIALES que no estén expresamente establecidas en esta Constitución”** Actos de esta naturaleza conllevan **NULIDAD INSANABLE...**”. Asimismo es importante mencionar el ACUERDO Y SENTENCIA N° 21 de fecha 24 de Julio de 1997, del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Primera Sala de la Circunscripción Judicial de Capital, Asunción, Paraguay, que dice: **“lo único que existe como elemento incriminador en contra Del encausado son actuaciones realizadas fuera del ámbito jurisdiccional, ES decir, que no fueron llevadas a cabo dentro del marco procesal, bajo la tutela del Juez A quo, y con todas las garantías constitucionales y procesales; nos referimos a las actuaciones policiales insertas en el parte policial...la actuaciones policiales sirven como elementos INDICIARIOS en contra de los imputados PERO NUNCA PUEDEN CONSTITUIRSE EN PRUEBA LEGAL, suplantando a las establecidas en cuanto a su producción y valoración en el Código de Procedimientos Penales y la doctrina y La jurisprudencia han establecido que, solo pueden gravitar (actuaciones policiales) en contra del imputado CUANDO ESTEN AVALADAS COM PRUEBAS LEGALES DILIGENCIADAS DENTRO DEL PROCESO, de um modo tal que sean concomitantes entre sí, pero nunca, las actuaciones de La Policía tomadas aisladamente pueden servir como prueba legal para condenar”**²⁹. (destaques no original).

²⁸ Artículo 45 - De los Derechos y Garantías no Enunciados: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía.

²⁹ BOBADILHA, Miguel Said. **La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Paraguayo**. in: Serie: Investigaciones Jurídico-Penales, Asunción: Paraguay, pp. 229-245, 2005, p. 243.

No plano do Direito Processual Civil dispõe o artigo 246 do Código Processual civil do Paraguai o seguinte:

Art.246 - Medios de prueba. El juez podrá disponer a pedido de parte el diligenciamiento de los medios de prueba no previstos en la ley, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes, o su defecto, en la forma que establezca el juez.

A proibição da utilização da prova ilícita no processo civil está estampada no artigo 247 que assim dispõe:

Art.247 - Pertinencia y admisibilidad de la prueba. Sólo deberán producirse pruebas sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos. Las que se refieran a hechos no articulados serán desechadas en la sentencia definitiva, salvo lo dispuesto respecto de los hechos nuevos legados.

No serán admitidas pruebas que fueren prohibidas por la ley, manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias; si lo hubieren sido, no serán consideradas en la sentencia.

Comentando sobre o Ordenamento jurídico Paraguaio, a jurista Liza Ramirez Salinas³⁰, afirma que como consequência da produção de provas ilícitas no processo, elas carecem de eficácia e devem ser afastadas pelo juiz, não devendo ser consideradas no momento de valorá-las e de construir uma decisão.

Segundo a jurista:

La importancia, en lo que a la licitud de la prueba se refiere, radica en la protección y garantía que se brinda a los ciudadanos. (...) Es injusto pensar en otorgar validez, a aquellas pruebas obtenidas en violación de derechos o libertades fundamentales, pues de ésta manera se estaría exponiendo a los ciudadanos aun peligro inminente y constante de ser avasallados en sus derechos³¹.

O Código Penal do Paraguai (Lei n. 1160/97) contempla em seu texto a tipificação de conduta criminosa relacionada à violação do sigilo das comunicações e às interceptações telefônicas em seu artigo 317. Assim dispõe referido artigo em sua íntegra:

Art. 317 - Violación del secreto de correo y telecomunicación:

1º El que sin autorización comunicara a otro hechos protegidos por el secreto postal y de telecomunicación, y que los haya conocido como empleado de los servicios respectivos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2º Será castigado con la misma pena, quien como empleado del correo o de telecomunicaciones y sin autorización:

1. abriera un envío que le haya sido confiado para su transmisión al correo o a la oficina de telecomunicaciones, o se enterara del contenido, sin abrirlo, mediante medios técnicos,
2. interviniera o estableciera, sin expresa autorización judicial, escuchas en una línea telefónica u otro medio telecomunicativo o las grabara,
3. suprimiera un envío confiado al correo o a la oficina de telecomunicaciones para la transmisión por vía postal o telecomunicativa, o
4. ordenara o tolerara las conductas descriptas en este inciso y en el anterior.

³⁰ SALINAS, Liza Ramirez. **Principios Generales que Rigen la Actividad Probatoria**. Assuncion: La Ley. 2005, p. 1028.

³¹ SALINAS, Liza Ramirez. **Principios Generales que Rigen la Actividad Probatoria**. Assuncion: La Ley. 2005, p. 1028.

3º Será aplicado lo dispuesto en los incisos 1º y 2º a la persona que:

1. por el correo o mediante la autorización de éste, le sea confiada las funciones de servicio postal,
2. sin pertenecer al correo u oficina de telecomunicaciones supervisara, sirviera o realizara sus actividades en instalaciones de telecomunicaciones que sirvan al tránsito público,
3. sin pertenecer al correo u oficina de telecomunicaciones, pero en calidad de funcionario público, efectúe una intervención no autorizada, en el secreto postal y telecomunicativo.

Destaca-se o número 2 do parágrafo 2 do artigo em comento o fato de prever, pela forma indireta a interceptação telefônica por ordem judicial. Assim: “2. interviniera o estableciera, sin expresa autorización judicial, escuchas en una línea telefónica u otro medio telecomunicativo o las grabara”.

Observe-se que o texto legal se refere às hipóteses “sem expresa autorización judicial”.

O Código de Processo Penal Paraguaiense dispõe em seu artigo 200 a possibilidade de autorização para as interceptações telefônicas. A exegese do dispositivo leva ao entendimento de que somente poderá ser deferida para o processo penal e em situações excepcionais. Este dispositivo também disciplina o procedimento de destruição dos trechos inúteis ou de toda a gravação além da obrigatoriedade de ciência ao Ministério Público ao acusado e seu defensor.

Assim consigna o artigo 200 do Código de Processo Penal do Paraguai:

Artículo 200. El juez podrá ordenar por resolución fundada, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado para conocerlas.

El resultado sólo podrá ser entregado al juez que lo ordenó, quien procederá según lo indicado en el artículo anterior; podrá ordenar la versión escrita de la grabación o de aquellas partes que considere útiles y ordenará la destrucción de toda la grabación o de las partes que no tengan relación con el procedimiento, previo acceso a ellas del Ministerio Público, del imputado y su defensor.

La intervención de comunicaciones será excepcional.

O Código Processual Penal do Paraguai também dispõe que o delito de violação de segredo de telecomunicação será perseguido exclusivamente por ação privada. Veja-se o dispositivo:

Artículo 17. Serán perseguibles exclusivamente por acción privada los siguientes hechos punibles:

(...)

6) violación de domicilio;

7) lesión a la intimidad;

8) violación del secreto de comunicación (...).

En estos casos se procederá únicamente por querrela de la víctima o de su representante legal, conforme al procedimiento especial regulado en este código.

Assim sendo, feitas as devidas observações acerca da legislação vigente no Paraguai, conclui-se apesar de disposição inserida no Código de Processo Civil inclusive no tocante à aplicação da analogia, que não é possível a produção de prova civil decorrente de

interceptação telefônica tendo em vista que a Constituição Federal exige lei específica para a violação do direito ao sigilo das comunicações.

Não se tem notícias da existência de lei específica que autorize a interceptação telefônica para o processo civil.

4. O DIREITO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO URUGUAI

A história recente do Direito Constitucional do Uruguai deve ser concebida a partir da Constituição de 1967, com as modificações plebiscitadas em 26 de novembro de 1989, em 26 de novembro de 1994, em 08 de dezembro de 1996 e em 31 de outubro de 2004.

No sistema jurídico Uruguaio o direito ao sigilo das comunicações telefônicas é assegurado pela Constituição Federal, de forma expressa no artigo 28.

Referido dispositivo é também de amplo alcance a exemplo de outros países. Sua interpretação leva em princípio, à constatação da possibilidade da interceptação, nos termos da lei e por razões de interesse geral. Assim dispõe referido artigo:

Art. 28 - Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

A proteção legal Constitucional do direito à privacidade, por sua vez encontra disciplina no artigo 33 da Constituição Federal de 1992 que assim dispõe:

Art. 10 - Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

O mesmo dispositivo assegura também ao cidadão o direito à proteção do princípio da legalidade, de tal sorte que não está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

No Código Penal da República do Uruguai podemos mencionar os seguintes dispositivos relacionados ao tema:

Art. 296 (Violación de correspondencia escrita).
Comete el delito de violación de correspondencia el que, con la intención de informarse de su contenido abre un pliego epistolar, telefónico o telegráfico, cerrado, que no le estuviere destinado.
Este delito se castiga con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 400 U.R. (cuatrocientas unidades reajustables) de multa.
Los que abran, intercepten, destruyan u oculten correspondencia, encomiendas y demás objetos postales con la intención de apropiarse de su contenido o interrumpir el curso normal de los mismos, sufrirán la pena de un año de prisión a cuatro de penitenciaría.
Constituye circunstancia agravante de este delito, en sus dos ormas, el que fuere cometido por funcionario público perteneciente a los servicios de que en cada caso se tratare.

O artigo 297 tipifica como crime as ações de interceptações telefônicas, de notícias e telegráficas da seguinte forma:

Art. 297 - (Interceptación de noticias, telegráficas).

El que, valiéndose de artificios, intercepta una comunicación telegráfica o telefónica, la impide o la interrumpe, será castigado con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 400 U.R. (cuatrocientas unidades reajustables) de multa.

O crime de revelação de segredo de correspondência, por sua vez, está tipificado no artigo 298 do Código Penal Uruguaio que assim dispõe:

Art. 298 - Revelación del secreto de la correspondencia y de La comunicación epistolar, telegráfica o telefónica).

Comete el delito de revelación de correspondencia epistolar, telegráfica o telefónica, siempre que causare perjuicio:

1. El que, sin justa causa, comunica a los demás lo que há llegado a su conocimiento, por alguno de los médios especificados en los artículos anteriores.

2. El que, sin justa causa, pública el contenido de una correspondencia, epistolar, telegráfica o telefónica que le estuviere dirigida y que, por su propia naturaleza debiera permanecer secreta.

Este delito será castigado por 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 200 U.R. (doscientas unidades reajustables) multa.

Rubén Flores Dapkevicius³² em artigo sobre o direito à intimidade questiona a possibilidade do juiz ordenar a remessa de informações de dados pessoais produzidos pela telefonia móvel. Trata-se de caso em que um juiz de paz intimou as empresas telefônicas que prestam serviços móveis a lhe remeter uma série de dados referentes a possíveis comunicações entre um grupo de estudantes da Faculdade de Medicina, que haviam utilizado os instrumentos para copiar um exame no ano de 2006.

Ele destaca que houve resistência da empresa estatal ANTEL para entregar os dados solicitados pela Universidade, para determinar se o grupo de estudantes usaram ou não os celulares para fazer cópia da prova.

Para a empresa a entrega somente seria possível diante de uma ordem judicial exarada em um processo penal, em vista da proteção ao direito à intimidade e ao sigilo das comunicações pessoais previsto no artigo 28 da Constituição Federal.

Inobjetavelmente o pedido em caso concreto somente poderia ser realizado por um juiz penal e com o fim de indagar acerca da existência de um delito.

A disciplina jurídica para o sequestro de correspondência, compreendendo assim a interceptação telefônica, é encontrada nos artigos 211 e 212 do Código de Processo Penal do Uruguai (Ley n. 15032, Denominada Decreto-Ley por Ley N ° 15.738). Dispõem os artigos sobre o sequestro, da seguinte maneira:

³² DAPKEVICIUS, Rubén Flores. **Derecho de intimidad: ¿Puede el juez ordenar, se le envíe información de datos personales, producidos en la telefonía móvil?**. Disponível em: <http://dereitoadministrativoemdebate.wordpress.com/2009/08/04/derecho-de-intimidad-%C2%BFpuede-el-juez-ordenar-se-le-envíe-informacion-de-datos-personales-producidos-en-la-telefonía-móvil>. Acesso em: 06/04/2012.

Del secuestro

Art. 211. (Orden de secuestro) - El Juez puede disponer que las cosas relacionadas con el delito, o sujetas a confiscación, o que puedan servir como medios de prueba, sean conservadas o incautadas, para lo cual, cuando sea necesario, ordenará el secuestro de las mismas.

Art. 212. (Interceptación de correspondencia y otras comunicaciones) - Si existen motivos graves para creer que la interceptación de la correspondencia postal o telegráfica o toda otra forma de comunicación en que el imputado intervenga, aun bajo nombre supuesto, pueda suministrar medios útiles para la comprobación del delito, el Juez la ordenará y en su caso, dispondrá su secuestro, por resolución fundada, librándose los oficios correspondientes.

Tratándose de tercero, podrán dictarse las mismas medidas siempre que el Juez tenga motivos seriamente fundados, que se harán constar, para suponer que, de las mencionadas comunicaciones, pueda resultar la prueba de la participación en un delito (Artículo 28 de la Constitución de la República).

Segundo entendimiento de Rubén Flores Dapkevicius:

En el supuesto de interceptaciones la autorización judicial debe ser previa, art. 297 del Código Penal. También, según la casuística, podrían resultar aplicables los arts. 296 y 301 del mismo cuerpo legislativo y la teoría del fruto corrompido.

Para finalizar, y en todo caso, en un Estado de Derecho personalista, siempre, de existir una duda, debe prevalecer el derecho del individuo frente a las prerrogativas generales del Estado. Entender el principio de otra forma sería establecer un régimen totalitario transpersonalista.

En definitiva, a los efectos de que los educandos procedan como corresponde, el docente sólo puede exigir que los mismos se desprendan de sus celulares y, como siempre, realizar los controles habituales³³.

No plano do Direito Processual Civil dispõe o artigo 146.2 do Código Processual Civil do Uruguai³⁴ o seguinte: “También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinaria a los expresamente previstos por la ley”.

A proibição da utilização da prova ilícita no processo civil está estampada no artigo 144 do Código de Processo Civil que assim dispõe:

Artículo 144. Rechazo de la prueba:

144.1 Una vez que en la oportunidad correspondiente queden determinados los hechos a probar, el tribunal rehusará, a petición de parte o de oficio -con mención expresa de este fundamento- el diligenciamiento de las pruebas manifiestamente inconducente o prohibidas por la regla de derecho (artículo 24, numeral 6).

No ano de 2009 foi aprovada pelo Senado e Câmara Federal do Uruguai a Lei n ° 18.494, que trata do controle e prevenção de lavagem de dinheiro e do financiamento ao terrorismo no país. Por força do que dispõe o artigo 5º, pode ser decretada a vigilância eletrônica na investigação de vários delitos³⁵ previstos na lei:

³³ DAPKEVICIUS, Rubén Flores. **Derecho de intimidad: ¿Puede el juez ordenar, se le envíe información de datos personales, producidos en la telefonía móvil?**. Disponível em: <http://dereitoadministrativoemdebate.wordpress.com/2009/08/04/derecho-de-intimidad-%C2%BFpuede-el-juez-ordenar-se-le-envie-informacion-de-datos-personales-producidos-en-la-telefonía-movil>. Acesso em: 06/04/2012.

³⁴ Ley 15.982 de 1988.

³⁵ Artículo 8º - Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 del Decreto-Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, se configurarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades:

Artículo 5° (Vigilancias electrónicas).- En la investigación de cualquier delito se podrán utilizar todos los medios tecnológicos disponibles a fin de facilitar su esclarecimiento.

La ejecución de las vigilancias electrónicas será ordenada por el Juez de la investigación a requerimiento del Ministerio Público. El desarrollo y la colección de la prueba deberá verificarse bajo la supervisión del Juez competente. El Juez competente será el encargado de la selección del material destinado a ser utilizado en la causa y la del que descartará por no referirse al objeto probatorio.

Da mesma maneira e a exemplo dos demais países cuja legislação foi estudada, permite-se concluir que não há norma jurídica que autorize a interceptação telefônica como prova para o processo civil do Uruguai.

CONCLUSÃO

A justificativa comum para autorizar legalmente a intromissão estatal na vida privada do cidadão, se dá frente à necessidade de proporcionar ao Estado mecanismos eficazes de combate à criminalidade e às organizações criminosas.

Sabe-se que as organizações criminosas contam com grande poderio e aparato tecnológico para a prática do ilícito e o Estado não pode permanecer omissos diante de tal quadro. O cidadão do bem espera que no mínimo o papel de vigilância para garantir a paz social seja cumprido.

-
1. crímenes de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad tipificados por la Ley N° 18.026, de 25 de setiembre de 2006;
 2. terrorismo;
 3. financiación del terrorismo;
 4. contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América);
 5. tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción;
 6. tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos;
 7. tráfico ilícito y trata de personas;
 8. extorsión;
 9. secuestro;
 10. proxenetismo;
 11. tráfico ilícito de sustancias nucleares;
 12. tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos;
 13. estafa;
 14. apropiación indebida;
 15. los delitos contra la Administración Pública incluidos en el Título IV del Libro II del Código Penal y los establecidos en la Ley N° 17.060, de 23 de diciembre de 1998 (delitos de corrupción pública);
 16. quiebra fraudulenta;
 17. insolvencia fraudulenta;
 18. el delito previsto en el artículo 5° de la Ley N° 14.095, de 17 de noviembre de 1972 (insolvencia societaria fraudulenta);
 19. los delitos previstos en la Ley N° 17.011, de 25 de setiembre de 1998 y sus modificativas (delitos marcarios);
 20. los delitos previstos en la Ley N° 17.616, de 10 de enero de 2003 y sus modificativas (delitos contra la propiedad intelectual);
 21. las conductas delictivas previstas en la Ley N° 17.815, de 6 de setiembre de 2004, en los artículos 77 a 81 de la Ley N° 18.250, de 6 de enero de 2008 y todas aquellas conductas ilícitas previstas en el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño sobre venta, prostitución infantil y utilización en pornografía o que refieren a trata, tráfico o explotación sexual de personas;
 22. la falsificación y la alteración de moneda previstas en los artículos 227 y 228 del Código Penal.

Contudo deve-se buscar um ponto de equilíbrio entre a intromissão na privacidade do cidadão e o direito do Estado na investigação. De fato a escuta telefônica é um modo inteligente de investigação e mostra-se de enorme utilidade no combate às grandes organizações criminosas.

Contudo, investigando a legislação dos países que admitem as interceptações telefônicas em seus textos legais, ver-se-á que todos eles o fazem de maneira excepcional. Todavia, no Brasil esta prática tem demonstrado que a excepcionalidade de sua utilização tem se transformado em banalidade nos últimos tempos.

Muitas provas colhidas com interceptações telefônicas acabam sendo barradas nos tribunais por conta da falta de cautela, principalmente por parte de delegados de polícia e promotores de justiça. O exemplo brasileiro está cheio de casos em que as provas acabam sendo taxadas de ilícitas por conta da inobservância da lei na sua colheita.

Merece destaque que no Brasil a invalidação de diversas provas em razão da exposição indevida e abusiva de detalhes das mesmas ou de pessoas inocentes, porque até então ausente condenação penal, por parte de delegados de polícia e membros do Ministério Público.

Em algumas situações as exposições indevidas na mídia levam a uma condenação sumária de pessoas que mais tarde provam ser inocentes. Ainda bem que a ânsia midiática de tais pessoas representa uma minoria em seus órgãos.

O Estado deve estar atento sim, inclusive com relação ao abuso de seus agentes por uma ânsia midiática descomedida. A atuação de seus servidores deve estar pautada pela proporcionalidade necessária de maneira a se evitar abusos e situações injustas de exposição indevida de pessoas inocentes.

Uma notícia maldosa e inverídica apresentada pela mídia pode causar diversas consequências relacionadas aos atributos pessoais e morais do sujeito e atingir proporções imprevisíveis diante do julgamento sumário em que, às vezes, acabam sendo submetidas.

Em muitos casos pessoas inocentes são expostas e têm suas vidas devassadas, sendo que seus acusadores caluniosos acabam ficando impunes, sob o manto de uma proteção institucional. Isso precisa acabar. Quem acusa e expõe indevidamente alguém deve responder pessoalmente e funcionalmente por seu comportamento!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v.2, 1989

BOBADILHA, Miguel Said. **La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Paraguayo**. *in*: Serie: Investigaciones Jurídico-Penales, Asunción: Paraguay, pp. 229-245, 2005.

DAPKEVICIUS, Rubén Flores. **Derecho de intimidad: ¿Puede el juez ordenar, se le envíe información de datos personales, producidos en la telefonía móvil?**. Disponível em: <http://dereitoadministrativoemdebate.wordpress.com/2009/08/04/derecho-de-intimidad-%C2%BFpuede-el-juez-ordenar-se-le-envie-informacion-de-datos-personales-producidos-en-la-telefonía-movil>. Acesso em: 06/04/2012.

GOMES, Luis Flávio. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Os Resultados da Interceptação Telefônica como Prova Penal**. Revista de Processo: São Paulo, v. 11, n. 44, p. 85-99, 1986

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. *in*: As Interceptações Telefônicas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HALL, Carlos Normando. **La intervención de las telecomunicaciones**. Rosario; Santa Fé: Jurídica Nova Tesis, 2003.

MERCOSUL NEWS. **Justiça autorizou 409 mil grampos só em 2007**. Disponível em: <http://www.mercosulnews.com/imprimir.php?id=29492&tblano=materias2006>. Acesso em: 06/04/2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.7, 1983, p. 173.

SALINAS, Liza Ramires. **Principios Generales que Rigen la Actividad Probatoria**. Assuncion: La Ley. 2005

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio. **Dignidade, Cidadania e Direitos Humanos**. *in*: XIX Encontro Nacional CONPEDI, 2010, Fortaleza - CE. Anais XIX Encontro Nacional CONPEDI, pp. 4974-4986, 2010.

_____ ; CONTIPELLI, Ernani. **Direitos Humanos Econômicos na Perspectiva da Solidariedade: Desenvolvimento Integral**. *in*: XVI Encontro Nacional CONPEDI, 2008, Salvador - BA. Anais XVI Encontro Nacional do CONPEDI, pp. 2571-2588, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, v.3, 1992