



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**MARCELO FRANCISCO DOS SANTOS SILVA**

**O SIGILO TELEFÔNICO E DE DADOS APLICADO  
AOS CRIMES CONTRA A HONRA**

CAMPINA GRANDE – PB  
2012

**MARCELO FRANCISCO DOS SANTOS SILVA**

**O SIGILO TELEFÔNICO E DE DADOS  
APLICADO AOS CRIMES CONTRA A HONRA**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção da graduação.

Orientador: Prof.MS. Valdeci Feliciano Gomes

CAMPINA GRANDE – PB  
2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S586s

Silva, Marcelo Francisco dos Santos.

O sigilo telefônico e de dados aplicado aos crimes contra a honra [manuscrito] / Marcelo Francisco dos Santos Silva.– 2012.

20 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2012.

“Orientação: Prof. Me. Valdeci Feliciano Gomes, Departamento de Direito”.

1. Direito penal. 2. Crimes contra a honra. 3. Sigilo telefônico. I. Título.

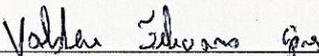
21. ed. CDD 345

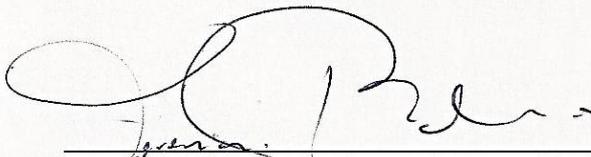
**MARCELO FRANCISCO DOS SANTOS SILVA**

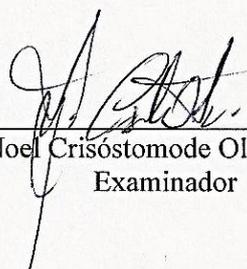
## **O sigilo telefônico e de dados aplicado aos crimes contra a honra**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção da graduação.

Aprovada em 28/11/2012.

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Valdeci Feliciano Gomes/ UEPB  
Orientador

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Severiano Pedrodo Nascimento Filho/ UEPB  
Examinador

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Noel Crisóstomo de Oliveira/ UEPB  
Examinador

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus pais que me ensinaram os valores da honestidade do trabalho, e o caminho do estudo para atingir os objetivos.

Aos meus irmãos que, cada um ao seu modo, sempre estiveram do meu lado nos momentos que tive que tomar decisões difíceis e importantes.

A minha esposa *Adriana*, que me acompanhou desde o início, e esteve sempre presente nesta trajetória, desde a expectativa do vestibular até a coroação do curso com a elaboração deste trabalho, sempre me incentivando e não me deixando desistir diante das dificuldades.

Ao meu filho querido, que é a razão de enfrentar essa exaustiva batalha de conciliar trabalho e estudo.

Ao Estado da Paraíba, que me proporcionou o prazer de trabalhar na atividade policial na Polícia Civil da Paraíba, onde conheci e me apaixonei pelo Direito, e, por meio da Universidade Estadual da Paraíba conquistei o Bacharelado em Direito.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu pai *Narciso Francisco* que na sabedoria dos seus 90 anos de idade, nos ensina a cada dia o prazer de viver e não desistir nunca, por maiores que sejam as dificuldades.

A minha mãe *Aldeci Francisca* que sempre me incentivou e me apoiou, mesmo quando não concordou com as minhas escolhas, sempre esteve presente me dando força em todas as etapas que percorri até aqui.

A todos os meus irmãos, em especial *Júlio Neto, Oscar, Narcisa, José Narciso, Ronaldo, Expedito e Emanuel*, pelo orgulho externado no olhar ao se referirem a mim, e por sempre me incentivarem. O que me motiva não desistir nunca e fazer o possível para nunca os decepcionar.

A minha esposa *Adriana*, que pelo convívio diário foi seduzida por essa maravilha que é o Direito, e também ingressou nessa árdua, porém, gratificante trajetória, e estarei ao seu lado no coroamento da sua trajetória. E, ainda, neste longo percurso me deu o meu mais precioso presente, meu lindo filho ao qual dei o meu nome.

A *Marcelo Filho* que tem uma maneira mágica de resolver todos os meus problemas e espantar o cansaço, com aquele sorriso lindo que somente a inocência de uma criança de um ano pode expressar. Ele é o motivo de enfrentar essa batalha tão árdua que é trabalhar e estudar, fazendo ambos da melhor forma, sem deixar que uma tarefa interfira na outra.

Ao meu amigo *Rômulo Cordão*, que sempre me incentivou e me mostrou que não há limitações quando se tem um objetivo, pessoa pela qual tenho muita estima e me espelho para atingir os meus objetivos profissionais. Amigo que esteve ao meu lado no início desta caminhada, e, que as barreiras geográficas que surgiram quando passou a integrar o Ministério Público do Piauí não romperam este laço.

A família *Espinola* que me acolheu nesta etapa da minha vida que construo na Paraíba.

A *Oswaldo e Socorro Almeida*, pelas vezes que me emprestaram os ouvidos, me dando conforto e tranquilidade.

A todos os meus amigos, pelo carinho, força e compreensão pela minha constante ausência ao longo desta caminhada.

Ao meu Orientador Professor Mestre Valdeci Feliciano Gomes, o qual eu escolhi com extrema satisfação por ser um dos companheiros dos quadros da Polícia Civil da Paraíba.

*“Jurista é esse homem apaixonado pela  
perseguição dessa bela mulher  
inconquistável que se chama JUSTIÇA”*

*J.J. Calmon de Passos (1920 -2008)*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	12
1.1 Princípio da igualdade.....	12
1.2 Princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações.....	13
1.3 Princípio da livre manifestação do pensamento.....	14
1.4 Princípio do direito à intimidade.....	15
1.5 Princípio do devido processo legal.....	16
1.6 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.....	17
2. CRIMES CONTRA A HONRA.....	19
2.1 Calúnia.....	20
2.2 Difamação.....	21
2.3 Injúria.....	21
2.4 Considerações.....	22
3. SIGILO CONSTITUCIONAL TELEFÔNICO E DE DADOS.....	24
3.1 Significado de interceptação telefônica.....	24
3.2 Diferença entre interceptação, escuta telefônica e escuta clandestina.....	25
3.2.1 Interceptação telefônica.....	25
3.2.2 Escuta telefônica.....	26
3.2.3 Gravação clandestina.....	26
3.3 Lei N.º 9296, de 24 de julho de 1996.....	26
3.3.1 Legitimidade para requerer a quebra do sigilo telefônico.....	27
3.3.2 Crime de violação de sigilo telefônico.....	28
4. ADMISSIBILIDADE DA GRAVAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL.....	30
5. ABRANGÊNCIA E SIGNIFICADO DOS DADOS CADASTRAIS.....	32
5.1 Considerações.....	32
5.2 Significado e abrangência da expressão “DADOS CADASTRAIS”.....	32
5.3 Fornecimento de dados cadastrais de usuários de telefonia diretamente a Membros do Ministério Público e Autoridades Policiais.....	33
5.4 Consequência do não atendimento da requisição da Autoridade Policial ou do membro do Ministério Público.....	36
6. A NÃO APLICAÇÃO DA LEI 9296/96 AOS CRIMES CONTRA A HONRA.....	38
7. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	41
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43
REFERÊNCIAS.....	45

## RESUMO

É muito comum a prática de crimes contra a honra por meio de comunicações telefônicas, assim entendidas como as comunicações de voz e as comunicações eletrônicas por meio de modem. Trata-se de crimes de menor potencial ofensivo, regulados pela Lei 9099/95, o que dificulta a produção da prova. Contudo, o presente estudo explora os limites da garantia constitucional do sigilo telefônico e de dados, confrontando-o com os direitos à intimidade, à honra e à vida privada, bem como, à livre manifestação de pensamento com a vedação ao anonimato. Estudamos a abrangência da Lei 9296/96 que trata das interceptações telefônicas, delimitando que a interceptação apenas ocorre quando a comunicação é captada por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores, logo, a conversa gravada por um dos interlocutores com o fim de fazer prova, não é interceptação telefônica, e sim gravação, não sendo regulada por essa lei, nem se enquadrando como crime de violação de sigilo telefônico, sendo inclusive, aceita como prova em processo penal. Quanto ao fornecimento por parte das operadoras de telefonia e provedores de internet dos dados cadastrais, estes dados não estão protegidos pelo sigilo telefônico, e devem ser fornecidos à Autoridade Policial para fins de intimação do responsável.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes contra a honra. Sigilo telefônico e de dados. Inquérito policial nos crime de ação privada. Lei 9296/96. Fornecimento de dados cadastrais.

## **A B S T R A C T**

Very common practice of honor crimes through telephone communications as well understood as voice communications and electronic communication via modem. These are crimes of minor offenses regulated by Law 9099/95, O which hinders the production of evidence. However, the present study explores the limits of the constitutional guarantee of confidentiality and telephone data, comparing it with the rights to privacy, honor and privacy, and the free expression of thought with the seal of anonymity. We study the scope of Law 9296/96 which deals with telephone interceptions, delimiting the interception occurs only when communication is captured by a third party without the knowledge of the speakers, so the conversation recorded by one of the interlocutors in order to prove, is not interception, recording and yes, not being regulated by this law, nor is it fitting the crime of violation of secrecy telephone, including being accepted as evidence in criminal proceedings. Regarding the supply from the telephone operators and Internet service providers of the registration data, these data are not protected by confidentiality telephone, and must be provided to the Police Authority for the purpose of the subpoena responsible.

**KEYWORDS:** Telephone and data confidentiality. Police investigation of crime in the private action. Law 9296/96. Provision of registration data.

## INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito é baseado na garantia do exercício dos direitos fundamentais, pilar fundamental da legitimidade de um Governo. Um Estado que não respeite, e não tenha políticas públicas para garantir o respeito aos Direitos Fundamentais, jamais poderá ser considerado um Governo legítimo e democrático.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, especialmente em seu art. 5º, positivou os direitos e garantias fundamentais, trataremos especialmente dos princípios que garantem o direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, e o da livre manifestação do pensamento sendo vetado o anonimato.

Em uma democracia não existe um direito absoluto que tenha gozo irrestrito e que prevaleça sobre os demais em todas as hipóteses, e isso também se aplica aos Direitos Fundamentais. O exercício de um direito sempre é limitado pelo exercício de outro, pois, até o mais imponente e expressivo de todos que é o direito a vida, não é absoluto, garantido no art. 5º da CF/88 “[...] garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]” (CF/88.art. 5º. grifos do autor), pode ser desconsiderado em caso de guerra declarada, sendo, em algumas hipóteses, autorizada a pena de morte, nos termos do inciso XLVII, do artigo 5º da Constituição Federal “XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”. (CF/88. art. 5º, XLVII. grifos do autor).

No tocante a interceptação telefônica a Constituição Federal de 1967, proibia a interceptação telefônica, sem quaisquer exceções. O que na teoria, garantia o direito ao anonimato para quem cometia crimes utilizando-se desse meio, porém, o art. 57 da Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) era aplicado, considerando-se que nenhuma norma constitucional institui direito absoluto, o que gerava muita polêmica.

Assim prevê o Art 57 (Lei 4.117/62):

Não constitui violação de telecomunicação:

I - A recepção de 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;

- d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários;
- e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Acertadamente, a Constituição Federal de 1988 ao impor como garantia constitucional a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, e prevendo as hipóteses de quebra dessa garantia, acabou sendo objeto de lei específica sobre a matéria, a Lei n.º 9296/1996. Desta forma, acabaram-se as dúvidas sobre o cabimento e as regras da interceptação telefônica, já que agora reportasse a Lei específica, impondo que qualquer interceptação fora dos parâmetros de tal lei será ilegal, até a edição da Lei 9296/96 muito se discutia sobre a recepção ou não do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações pela CF/88:

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. (CF/88. art.5º, XII)

Contudo, os limites da abrangência dessa garantia têm interpretações diversas, e, por vezes estas questões quanto aos limites da garantia de inviolabilidade do sigilo telefônico chegam às Cortes Superiores, o que dificulta a sua aplicabilidade uma vez que tornasse discussão secundária dentro do processo, ficando os fatos objetos da investigação prejudicados mediante tal impasse.

Neste trabalho trataremos especialmente da garantia da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, aplicada aos crimes contra a honra, crimes estes que violam as garantias da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, também garantidos no aludido art. 5º da CF/88.

Tarefa difícil é delimitar a abrangência de cada uma dessas garantias, onde uma limita a outra, como resolver o impasse frente ao choque de direitos constitucionais, limitar a desconsideração de um frente ao outro no caso específico, sendo indispensável, tratar-se, ainda que de maneira subsidiária, da garantia da livre manifestação do pensamento, em especial sobre a vedação ao anonimato desta manifestação: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (CF/88. art.5º, IV), pois, acertadamente a Constituição Federal veda o anonimato como mecanismo de garantia contra abusos na manifestação do pensamento.

A Constituição de 1988 pretendendo superar a polêmica ao assegurar o sigilo das telecomunicações, trouxe garantias concernentes à intimidade, à privacidade, à honra de imagens de pessoas, que servirão de norte para delimitar a abrangência do sigilo telefônico.

Tal investigação se mostra importante tanto em âmbito doutrinário, visto que a discussão em torno da coexistência de direitos fundamentais aparentemente confrontantes é extremamente atual, quanto em âmbito democrático, porque tanto o exercício da liberdade de expressão quanto à proteção a direitos personalíssimos são meios de garantir o efetivo exercício da cidadania.

## 1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

As garantias individuais constituem a base da vida em sociedade, de tão importantes o Direito, ao longo de sua evolução histórica, as considerou como Direitos Fundamentais, e, em nosso ordenamento os direitos fundamentais foram positivados na Constituição Federal de 1988.

Para Silva (2005, p. 149), o reconhecimento dos direitos fundamentais é fruto da evolução da humanidade:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem as possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos.

Um marco nessa trajetória é a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que para Dallari (1998, p. 179 apud SILVA, 2005, p. 164) constitui a certeza, a segurança e a possibilidade de exigência dos direitos:

A *certeza* dos direitos, exigindo que haja uma fixação *prévia e clara* dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a *segurança* dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em *qualquer circunstância*, os direitos fundamentais serão respeitados; a *possibilidade* dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários á fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas.

Ensino importante de Moraes (2005, p.27), sobre a coexistência dos direitos fundamentais:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Com os direitos fundamentais positivados, o cidadão tem a possibilidade de exigir que o Estado cumpra o seu papel de garantidor, promovendo o respeito e as políticas públicas para se alcançar estes direitos.

### 1.1 Princípio da igualdade

A CF/88 em seu art. 5º garante que todos são iguais perante a lei, garantindo que não haverá qualquer distinção, sendo a lei aplicada a todos com o mesmo rigor, bem como as garantias previstas na nossa Constituição são prerrogativas de todos os cidadãos.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (CF/88. art.5º)

Para Silva (2005, p. 222-223) a igualdade perante a lei representa:

Não há de ser entendida como, já dissemos, como aplicação da mesma pena para o mesmo delito. Mas deve significar que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções não de se aplicar a todos quanto praticarem o fato típico nela definido como crime. [...] o princípio da igualdade perante a lei, consiste no tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual a situações desiguais [...] Proíbe-se, também, diferença de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI).

A igualdade que trata a Constituição Federal não é uma igualdade absoluta, o que geraria uma situação de desigualdade, pois, cada pessoa tem suas particularidades, tais como posse de deficiência física, por exemplo, o que se busca é a igualdade de oportunidades e de tratamento pelo Estado, que deve promover meios de se atingir esta igualdade. Podemos citar a reserva de vagas para portadores de deficiência, medida que não afronta a isonomia, pelo contrário, garante o acesso ao emprego para aquele que por natureza tem maior dificuldade, obtendo assim a igualdade.

A igualdade entre os cidadãos é imprescindível para a sustentação da democracia, pois, os regimes que fazem distinções entre os seus cidadãos, não podem ser considerados democráticos, todos devem ser tratados de maneira igualitária pelo Estado, sem que haja distinção de qualquer natureza, como ocorre, por exemplo, em alguns regimes que adotam a divisão social por castas, levando em conta o fator do nascimento para delimitar a abrangência dos direitos do cidadão.

## **1.2 Princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações**

É garantido a todos o direito a inviolabilidade do sigilo das comunicações, o aludido artigo 5º, da Carta da República em seu inciso XII dispõe de forma clara:

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. (CF/88. art 5º, XII)

Para determinar a quebra do sigilo telefônico e autorizar a interceptação telefônica, por força da garantia constitucional, se faz necessário à coexistência das seguintes condições segundo Paulo e Alexandrino (2008, p. 123-124):

- a) uma lei que preveja as hipóteses e a forma em que pode ocorrer a interceptação telefônica, obrigatoriamente no âmbito de investigação criminal ou instrução processual penal;
- b) a existência efetiva de investigação criminal ou instrução processual penal;

c) a ordem judicial específica para o caso concreto (trata-se da denominada “reserva de jurisdição”; nem mesmo comissão parlamentar de inquérito – CPI pode determinar a interceptação telefônica).

Como já foi dito, não há direito absoluto, o próprio texto constitucional faz menção as hipóteses de quebra desta garantia, ao reportando-se ao termo “na forma que a lei estabelecer”, remete um comando para que o legislativo infra-constitucional legisle sobre tal matéria.

Em 24 de julho de 1996, foi sancionada a Lei 9296, portanto, após sua promulgação, cessaram as dúvidas quanto à aplicabilidade da garantia, pois reporta-se agora as hipóteses previstas na Lei, contudo, a Constituição é clara ao autorizar a quebra de sigilo telefônico apenas “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”(CF/88. art. 5º, XII).

### **1.3 Princípio da livre manifestação do pensamento**

A todos é garantida a liberdade de manifestação do pensamento. O pensamento para Silva (2005, p. 241) é: “[...]a liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro”, contudo, não é uma liberdade irrestrita para expor o que pensa de maneira irresponsável infringindo direitos alheios, apresenta limitações coerentes com os demais princípios constitucionais.

O que distingue o homem dos demais seres é o pensamento, através do pensamento ele se torna um ser social, é o que o distingue dos demais seres, para Pimenta Bueno (1958, p. 385 apud SILVA, 2005, p. 241)

O homem porém não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas idéias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade.

Assim reza a constituição sobre a liberdade de pensamento: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (CF/88. Art. 5º, IV). Importante observar a vedação ao anonimato, disposição fundamental para que o autor seja responsabilizado por um eventual abuso.

No Brasil não há mais o instrumento da censura, artifício muito utilizado por regimes autoritários, que também foi utilizado pelo regime militar em nossa nação durante o período de exceção.

O pensamento pode ser manifestado sem qualquer autorização prévia, contudo, deve ser respeitado o direito do semelhante à imagem, à intimidade e à honra, que são limites imediatos a liberdade de pensamento.

Quanto à vedação de embaraços, ou exigências de autorização para manifestar o pensamento, que constituem formas de censura, a CF/88 em art. 220, assim dispõe:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...]  
§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Contudo, em que pese ser livre a manifestação de pensamento, o anonimato é vedado, como aquele que fez uso do anonimato poderia responder pelo eventual abuso? Cada pessoa pode dizer o que achar por bem, porém deve arcar com as consequências do que por ele foi dito, tanto na esfera cível quanto na penal.

#### **1.4 Princípio do direito à intimidade**

A Constituição Federal de 1988 ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, cuidou de tutelar a intimidade, garantindo ao cidadão que sua vida não será devassada, e que ele terá respeitada a sua intimidade.

A CF/88 assim dispõe sobre a proteção à inviolabilidade da intimidade: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]” (CF/88. art. 5º, X).

Moraes (2005) apresenta os objetos da proteção da privacidade:

Desta forma, a defesa da privacidade deve proteger o homem contra: (a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; (b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; (c) os ataques à sua honra e reputação; (d) a sua colocação em perspectiva falsa; (e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; (f) o uso de seu nome, identidade e retrato; (g) a espionagem e a espreita; (h) a intervenção na correspondência; (i) a má utilização de informações escritas e orais; (j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.

Portanto, o direito à intimidade e à vida privada foi tutelado pelo constituinte, sendo elevados à categoria dos direitos fundamentais. Para Silva (2005, p.206) a intimidade: “[...] integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. [...]”.

. Uma vez inseridos dentre os direitos e garantias individuais, são classificados como direitos fundamentais, impondo uma limitação ao poder estatal e gerando um dever de não fazer por parte do Poder Público.

### **1.5 Princípio do devido processo legal**

Como garantir que a efetivação das garantias constitucionais sejam respeitadas? A própria constituição por meio do princípio do devido processo legal responde esta questão, o art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal assegura ao cidadão o direito há um justo processo: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O princípio analisado somente se concretiza quando engloba diversos princípios processuais, dentre eles o do contraditório, da proibição de provas ilícitas, da ampla defesa, da publicidade, da motivação, do juiz natural, os quais constituem aspectos complementares do devido processo legal.

Para que se concretize o devido processo legal, se faz necessário o respeito às garantias constitucionais, agindo sempre nos parâmetros legais, ou seja, todas as ações do processo sejam motivadas em Lei.

O justo processo se completa na medida em que se garante a efetivação de vários outros princípios basilares do processo penal. Assim, não se concebe a existência do justo processo sem que se garanta a publicidade dos atos processuais, o contraditório às partes, a ampla defesa, o juiz natural, o promotor natural, a motivação das decisões judiciais e a imparcialidade do juízo.

O princípio do devido processo legal dá origem a outros princípios, bem como alguns que constituem autênticas garantias humanas fundamentais. Para Nucci (2006, p.77): “o que se quer demonstrar é a profunda ligação e interdependência que os princípios e garantias do processo penal possuem com os direitos e garantias fundamentais”. Sendo assim, o princípio do devido processo legal é essencial para garantia do justo processo, sendo corolário da essência da pessoa humana.

Como visto, todo o bojo constitucional gira na órbita do respeito pelo Estado, das garantias e das liberdades constitucionais a todos os cidadãos, de modo a reprimir todo e qualquer desrespeito às garantias constitucionais, sendo este abuso praticado pelo próprio Estado ou por qualquer pessoa que seja.

Não pode uma garantia constitucional ser utilizada como manto à impunidade, para Moraes (2005, p. 27):

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Igualmente, cabe ao Estado zelar para que as garantias constitucionais não sejam usadas de modo abusivo, a se tornar um instrumento de impunidade, agindo quando houver necessidade na relativização das garantias, ponderando por critérios de proporcionalidade sobre quando desconsiderar ou relativizar uma garantia em razão de outra.

### **1.6 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**

A mais eficaz medida para se garantir o devido processo legal é admitir apenas provas que tenham sido produzidas por meios legais, pois, apenas estas podem ser contraditas.

Como desdobramento do princípio do devido processo legal, a CF/88 prevê expressamente que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (CF/88. art.5º. LVI).

A legalidade da prova é a base da sustentação do devido processo legal, pois, a Lei é pública e ninguém pode alegar desconhecimento da lei para suscitar qualquer isenção. Admitir provas ilícitas é afrontar todo o ordenamento jurídico vigente, seria admitir prova que foi produzida à margem da lei, sob a qual todos estão respaldados.

A doutrina é pacífica ao definir prova ilícita, entendendo que seja àquela produzida à margem dos preceitos legais.

Prova vedada no processo penal, segundo Capez (2006, p.33): “é aquela produzida em contrariedade a uma norma legal específica, podendo ser catalogada como ilícita ou ilegítima”.

Atualmente muito se discute em razão da obtenção da prova, pois em virtude do grande desenvolvimento tecnológico, grandes são os reflexos negativos no que tange a invasão da privacidade, o que, se mal interpretado, serve de instrumento de impunidade.

Como não é impossível prever todas as situações fáticas diante da dinâmica evolutiva da sociedade, o legislador deve se ater aos princípios constitucionais na criação da Lei, para que não deixe a Lei parecer um mecanismo hábil a criminalidade por eventuais omissões.

Portanto, no processo legislativo deverão ser observadas as garantias contra as inviolabilidades descritas na Constituição Federal, dentre elas a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (artigo 5º, inciso XII), inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (artigo 5º, inciso XII), ou seja, essas são algumas dentre várias garantias constitucionais, que deverão ser observadas na produção da prova, para que ela seja considerada lícita.

## 2. CRIMES CONTRA A HONRA

O conceito de honra tem sido moldado através dos tempos, e sempre recebeu uma tutela especial pelo Direito, sendo um valor penalmente protegido por ser interesse do Estado.

Na Grécia e na Roma antigas as ofensas à honra eram rigorosamente punidas. Entre os romanos a honra tinha o status de direito público e do cidadão, o Estado tinha o interesse em preservar o valor da honra, e, todas as suas violações eram abrangidas pelo conceito amplo de injúria.

Na Idade Média, o Direito Canônico se ocupava das ofensas à honra. A proteção da honra era um bem jurídico autônomo, não constituía um interesse exclusivo do indivíduo, mas da própria coletividade, pois esta tinha interesse na preservação da honra, da incolumidade moral e da intimidade, além de outros bens indispensáveis para a harmonia social.

No Brasil a honra é direito fundamental tutelado pela Constituição Federal de 1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a **honra** e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (CF/88. art. 5º, X, grifos do autor).

Para garantir a eficácia da norma constitucional, a violação da honra é criminalizada. Os crimes contra a honra estão dispostos no Capítulo V, Título I, Parte Especial do Código Penal e, são a calúnia, a difamação e a injúria:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Os crimes contra a honra são crimes de mera conduta, o objeto da proteção jurídico-penal é o bem imaterial *honra*. Portanto, não é necessário que esta tenha sido efetivamente violada para a consumação do crime.

Pagliuca (2006, p. 82) assim define honra: “pode ser definida como o conjunto de particularidades de uma pessoa que lhe atribuem consideração, estima e dignidade, não apenas pessoal, como ainda no âmbito social”.

Jesus (2004, p. 201), ensina que a honra é: “o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos”.

O conceito de honra é dividido em honra subjetiva e honra objetiva. A subjetiva é a concepção que temos de nós mesmos, enquanto honra objetiva é a imagem que os demais membros da sociedade possuem de nós a partir de nossas características.

Segundo Bitencourt (2006, p. 551), a honra subjetiva é definida como: “pretensão de respeito à dignidade humana, representada pelo sentimento ou concepção que temos a nosso respeito”.

Quanto à honra objetiva Bitencourt (2006, p. 528), ensina que esta representa: “sentimento ou conceito que os demais membros da comunidade têm sobre nós, sobre nossos atributos. Objetivamente, honra é um valor ideal, a consideração, a reputação, a boa fama de que gozamos perante a sociedade em que vivemos”.

Para Jesus (2004, p. 201) a honra objetiva é: “é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais, etc”.

## **2.1 Calúnia**

Espécie de crime contra a honra que atribui a autoria de fatos ao ofendido, fatos estes tidos como crime, e que quem os propaga sabe que não são verdadeiros, ou ainda, que o ofendido não é o autor dos fatos.

Espécie de crime previsto no Art. 138 do Código Penal Brasileiro “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”.

Segundo Bitencourt (2006, p. 353): “calúnia é, em outros termos, uma espécie de ‘difamação agravada’ por imputar, falsamente, ao ofendido não apenas um fato desonroso, mas um fato definido como crime”.

Já Pagliuca (2006, p. 83-84), considera calúnia como o ato de: “imputar, ou seja, determinar ou atribuir a alguém, a prática de determinado crime, sem que seja verídico. Pouco importa se o fato criminoso existiu ou não, pois o que interessa é a não-autoria pelo ofendido”.

O elemento objetivo é composto pelo verbo imputar, que significa atribuir, afirmar. Para configuração do tipo exige-se a imputação de um fato específico, definido como crime, não importa se o crime efetivamente tenha ocorrido ou não, pois, o que interessa, neste caso, é que o ofendido não o tenha perpetrado, bem como que a imputação seja falsa.

Aquele que tomou conhecimento da imputação, e que tem conhecimento da falsidade desta imputação a propaga ou divulga, também comete o crime de calúnia.

Como se vê, a calúnia atinge a integridade moral da pessoa em seu aspecto objetivo, ou seja, a reputação do ofendido perante a sociedade.

## **2.2 Difamação**

Igualmente à injúria, é atribuída a autoria de fatos ao ofendido, fatos estes ofensivos à sua reputação.

Crime previsto no Art. 139 do Código Penal Brasileiro “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”.

Para Bitencourt (2006, p. 376), a difamação consiste na: “imputação a alguém de fato ofensivo à sua reputação. Imputar tem sentido de atribuir, acusar de. O fato, ao contrário da calúnia, não precisa ser falso nem ser definido como crime”.

Segundo Pagliuca (2006, p. 86): “as considerações acerca de calúnia se amoldam à difamação no que tangem à ofensa da honra, divergindo daquela, eis que, aqui, o fato ofensivo não é crime, mas sim ultraje da reputação do lesado”.

Assim como na calúnia, a difamação é crime formal, não sendo necessária para sua consumação a lesão efetiva à honra do ofendido, bastando o conhecimento do fato imputado por terceiro, o que é imprescindível, pois, se o ofendido, e somente ele, ficar sabendo da imputação do fato, não estará consumado o crime de difamação, nem tampouco o de injúria.

O crime de difamação atinge a integridade moral da pessoa em seu aspecto objetivo, ou seja, a reputação do ofendido perante a sociedade.

## **2.3 Injúria**

Diferente da calúnia e da injúria, não se atribui a prática de fatos ao ofendido, mas, atribui qualidades depreciativas àquela pessoa.

Crime previsto no Art. 140 do Código Penal Brasileiro “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”.

Bitencourt (2006, p. 388-389), tem o significado de: “ofender a dignidade ou o decoro de alguém. A injúria, que é a expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, traduz sempre o desprezo ou menoscabo pelo injuriado”.

Para Pagliuca (2006, p. 88): “consiste também em mais um escudo à honra, sendo o delito uma manifestação de desrespeito e deboche a outrem”.

Proteção jurídica que tutela a integridade moral da pessoa, em seu aspecto subjetivo, caracterizado pela pretensão de respeito à dignidade humana que pode ser representada pela concepção que temos de nós mesmos.

Diferente da difamação e da calúnia, que se consumam com o conhecimento da atribuição por terceiro, a consumação no crime de injúria ocorre com o conhecimento da imputação pelo ofendido.

É um crime formal, pois não é necessário sequer que a vítima se sinta ofendida com as atribuições depreciativas contra ela proferidas.

## **2.4 Considerações**

A calúnia e a difamação assemelham-se quanto às condutas, em ambos os crimes há a imputação de fatos, por este motivo admitem, em tese, *retratação e exceção da verdade*. Ambos lesam a honra objetiva do sujeito passivo, referem-se a fatos e não a “qualidades” negativas ou conceitos depreciativos e, para se consumar o crime, necessitam chegar ao conhecimento de terceiros.

A diferença existente entre calúnia e difamação consiste na natureza do fato imputado, na calúnia a imputação é da autoria de fato definida como crime, enquanto que na difamação a imputação é de fato ofensivo à reputação do ofendido, depreciativo do seu apreço social, mas não é fato criminoso. Contudo, a maior diferença consiste no elemento normativo falsidade, para a calúnia é indispensável que a alegação seja falsa. No caso da difamação é, de regra, irrelevante que o fato seja falso.

A exceção quanto à falsidade na difamação ocorre quando se tratar de funcionário público: “A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções”(CPB. art. 139, parágrafo único).

Neste caso, se o autor da ofensa provar o fato alegado, sua conduta não constitui o crime de difamação, porém, não basta o simples fato do ofendido ser funcionário público, é imprescindível que a alegação seja relativa ao exercício de suas funções.

A injúria, ao contrário da calúnia e da difamação, não precisa chegar ao conhecimento de terceiro para consumar o crime, basta que a própria vítima tome conhecimento, e, não

admite retratação nem exceção da verdade, pois nesta, em que não há imputação de fato, não há do que se retratar ou o que se provar.

### 3. SIGILO CONSTITUCIONAL TELEFÔNICO E DE DADOS

No Estado Democrático de Direito, as investigações policiais ou administrativas possuem limites legais expressos que não podem ser violados por imposição dos princípios do devido processo, do contraditório e da ampla defesa, princípios positivados nos Incisos LIV, LV do art. 5.º da CF/88.

A Constituição Federal de 1988, dentre várias outras garantias, prevê a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Contudo, prevê a quebra deste sigilo no caso das comunicações telefônicas, desde que motivadas por ordem judicial, na forma da lei, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Art. 5º, XII, CF/88:

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

Atendendo ao preceito constitucional, com fins de regulamentar as interceptações telefônicas, foi editada lei específica sobre a matéria, a Lei n.º 9296/1996. Desta forma, acabou com as dúvidas sobre o cabimento e as regras, já que agora reportasse a Lei específica, impondo que qualquer interceptação fora dos parâmetros de tal lei será ilegal.

Para Paulo e Alexandrino (2008, p. 124), comunicação de que trata a Lei 9296/96 é:

[...] fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (combinação de meios de comunicação com informática) – *e-mail* (correios eletrônico), fax e outros, nos mesmos moldes em que autoriza constitucionalmente a interceptação da comunicação telefônica propriamente dita, e para os mesmos fins.

Porém, antes de adentrar no estudo da citada lei, cabe delimitar o que vem a ser interceptação telefônica, e distinguir a diferença entre interceptação, escuta telefônica e ambiente, escuta clandestina.

#### 3.1 Significado de “interceptação telefônica”

O termo "interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza" mencionado na legislação, não deve ser tomada em seu sentido lato ou corriqueiro, que tem "interceptação" como ato de interromper, obstaculizar, deter ou cortar, mas sim no sentido de "captar" a comunicação telefônica, "tomar conhecimento, ter contato como o conteúdo dessa comunicação".

Portanto, interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, o sentido da legislação é o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação.

A interceptação de que trata a Lei 9296/96 é imprescindível à presença de um terceiro que não seja um dos interlocutores. Assim, interceptar comunicação telefônica é ter conhecimento de uma comunicação alheia, ter ciência de algo que pertence a terceiros (aos interlocutores). Na interceptação existe sempre uma interferência alheia, externa, no conteúdo da comunicação, captando-se o que está sendo comunicado.

Conclui-se que a noção de interceptação em sentido amplo entende-se como sendo a captação da comunicação entre duas pessoas, executada por terceiro.

### **3.2 Diferença entre interceptação, escuta telefônica e escuta clandestina**

As comunicações telefônicas, segundo Carvalho (1998) são: “transmissão, emissão, recepção e decodificação de sinais linguísticos, caracteres escritos, imagens, sons e símbolos de qualquer natureza veiculados pelo telefone estático ou móvel”.

A captação dessas comunicações recebe classificações distintas a depender das circunstâncias que foram captadas.

Segundo Capez (2006) a interceptação das comunicações telefônicas é classificada em: “interceptação telefônica, escuta telefônica, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravações clandestinas”.

#### **3.2.1 Interceptação telefônica**

A interceptação telefônica em sentido estrito consiste na captação da conversa telefônica por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores, captando dados que podem ser gravados ou simplesmente ouvidos.

Para Streck (1997, p.43):

A interceptação telefônica, em sentido estrito, é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Considera-se lícita a interpretação, desde que realizada dentro dos parâmetros do ordenamento jurídico. O seu resultado, que é uma operação técnica, é fonte de prova. Através do meio de prova, (a gravação e sua transcrição) será introduzida no processo.

Nucci (2007, p. 648) discorre sobre a interceptação em sentido estrito, que diz:

[...] interceptar algo significa interromper, cortar ou impedir. Logo, interceptação de comunicações telefônicas fornece a impressão equívoca de constituir a interpretação

da conversa mantida entre duas ou mais pessoas. Na realidade, o que se quer dizer com o referido termo, em sentido amplo, é imiscuir-se ou intrometer-se em comunicação alheia.

### **3.2.2 Escuta telefônica**

A escuta telefônica ocorre quando um terceiro capta a conversa com apenas o consentimento de um dos interlocutores.

Um dos interlocutores tem ciência da gravação, somente não está a realizando por motivos técnicos, há um terceiro a realizando com o seu consentimento, o que não infringe o direito à intimidade.

### **3.2.3 Gravação clandestina**

A gravação clandestina é àquela praticada pelo próprio interlocutor ao registrar sua conversa, sem o conhecimento do outro.

Tanto a interceptação estrito senso quanto a escuta telefônica estão abrangidas pela expressão “interceptação” prevista em nosso ordenamento jurídico pelo inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal.

## **3.3 Lei n.º 9296, de 24 de julho de 1996**

Promulgada em 24 de julho de 1996 para regulamentar o inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, esta lei disciplina a interceptação das comunicações telefônicas para fins de prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

Diante da previsão constitucional, que, expressamente, admite a interceptação telefônica apenas por ordem judicial, a Lei 9296/96 veio elencar as hipóteses e a forma como estas devem ser captadas, delimitando o que pode ser considerado interceptação telefônica, as pessoas legitimadas a requerer tal medida, o crime para quem viola os parâmetros nela estabelecidos.

A Lei 9296/96 em seu artigo 1º, trata da interceptação telefônica de qualquer natureza feita por terceiros, considerando comunicação telefônica como o fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática feitas por telefones, para a transmissão de mensagens entre dois usuários, como no sistema do modem:

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.

Como se vê, a lei deu amplo sentido ao termo “comunicações telefônicas”, englobando também as comunicações de dados, cada vez mais presente nas interlocuções, fato decorrentes dos avanços tecnológicos.

A interceptação telefônica tem por finalidade, mediante a autorização judicial, atingir objetivos probatórios, formar a prova no curso da investigação criminal ou instrução processual penal. Será admissível, de acordo com a Lei nº 9296/96, desde que por ordem judicial.

No seu artigo 2º, apresenta rol de vedações à Interceptação telefônica:

*Art. 2º. Não será admitida a interceptação telefônica quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:*

*I – não houver indícios razoáveis de 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 mínimo, com pena de detenção.* (Lei 9296/96, art. 2º, grifos do autor)

Portanto, para a concessão da autorização judicial é necessário que haja indícios suficientes da autoria, e que a interceptação seja a única forma de se produzir a prova, bem como, somente poderá ser quebrada a garantida do sigilo caso o crime seja punido com pena de reclusão.

### **3.3.1 Legitimidade para requerer a quebra do sigilo telefônico**

A própria Constituição Federal, ao delimitar as situações nas quais se admite a interceptação telefônica, “investigação criminal ou instrução processual penal”, indiretamente, lista o rol de pessoas legitimadas a requerer tal medida. O art. 3º da Lei 9296/96 lista a Autoridade Policial e o membro do Ministério Público:

*Art. 3º: a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:*

*I- da autoridade policial, na investigação criminal;*

*II- do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. (Lei n.º 9296/1996. art. 3º)*

Tendo em vista ser o titular da ação penal, o Ministério Público poderá requerer, no curso da ação penal, a realização de interceptação telefônica.

A Autoridade Policial deverá representar pela interceptação telefônica expondo ao juiz os fatos e a necessidade da medida, inclusive, sugerindo as providências, por exemplo, indicando o órgão que executará a interceptação.

Porém, nada impede que a defesa tenha legitimidade para requerer, devendo o acusado através de seu advogado requerer ao magistrado a interceptação telefônica.

Nucci (2007, p.654) assim lecionada sobre o tema:

[...] a interceptação pode dar-se em relação as conversas mantidas, por telefone, por co-réu delator, que aponta o acusado, cujo defensor, solicitou a realização da prova, como comparsa, para que a verdade real seja apurada, por outro lado, demonstrando ao juiz, por outros meios de provas (ex. referências feitas por testemunhas), pode o defensor pretender interceptação telefônica de terceiro (não co-réu) que pode contribuir para prova da inocência do acusado.

Tal legitimidade funda-se no princípio da ampla defesa, não admitir que o defensor tenha idêntica oportunidade de requerer a diligência, seria considerado cerceamento de defesa.

Além da defesa, o assistente da acusação também terá legitimidade para requerer a interceptação telefônica, conforme o artigo 271, do Código de Processo Penal:

Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1o, e 598.

Em caso de omissão do Ministério Público, em requerer a medida de quebra de sigilo telefônico, quando este for o único meio de prova possível, terá o assistente da acusação legitimidade para requerer tal medida.

### **3.3.2 Crime de violação de sigilo telefônico**

Ao ponto que regulamenta a interceptação telefônica, a Lei 9296/96, para que garanta a sua eficácia, prevê que qualquer interceptação telefônica realizada fora dos parâmetros estabelecidos naquela Lei, constitui crime punido com pena de reclusão ante a gravidade da violação:

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. (Lei 9296/96, art. 10)

Delimitada a abrangência da interceptação telefônica, que é a captação da conversa telefônica por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores, qualquer captação de conversa de terceiros que não tenha sido autorizada judicialmente, nos termos da Lei 9296/96, constitui o crime previsto no art. 10º desta Lei.

Frise-se que a escuta telefônica ou a gravação clandestina, que ocorrem quando um dos interlocutores grava o teor da conversa que ele mantém, sem que o outro tenha conhecimento, não constitui crime, pois, é imprescindível o desconhecimento de ambos

interlocutores para a configuração do crime, conforme leciona Streck (1997, p.43): “A interceptação telefônica, em sentido estrito, é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores”.

Seria um contra censo admitir a escuta telefônica como prova em processo penal, e, ao mesmo tempo punir a conduta do interlocutor que a captou, pois, se punível a conduta, tudo que dela derive é ilícito.

#### 4. ADMISSIBILIDADE DA GRAVAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

A gravação telefônica feita por um dos interlocutores é lícita, mesmo que sem o conhecimento do outro, visto que, este meio é distinto da interceptação telefônica, desta forma, não está regulado pela Lei 9296/96.

É pacífica a jurisprudência das nossas Cortes Superiores no sentido de que são admitidas como provas, as gravações telefônicas feitas por um dos interlocutores.

Julgados do STF sobre a validade da gravação telefônica como prova no curso do processo penal ou inquérito policial:

Agravo regimental. Alegação de ofensa ao artigo 5º, XII, LIV e LVI, da Constituição Federal. Recurso extraordinário que afirma a existência de interceptação telefônica ilícita porque efetivada por terceiros. Conversa gravada por um dos interlocutores. Precedentes do STF. Agravo regimental improvido. 1. [...] Não há interceptação telefônica quando a conversa é gravada por um dos interlocutores[...]. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (STF - RE-AgR 453562 SP – Relator Min. Joaquim Barbosa - Julgamento: 23/09/2008, grifos do autor)

Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. (STF - RE 402717 PR – Rel. Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 02/12/2008, grifos do autor)

Julgado do STJ reconhece que a gravação de comunicação própria feita por um dos interlocutores sem o conhecimento da outra parte é lícita:

Penal. Processual penal. Recurso especial. Coação no curso do processo (ART. 344 DO CP). Consumação. Crime formal. Gravação ambiental. Licitude da prova. Autoria e materialidade comprovadas. Substituição da pena. Impossibilidade. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. [...] 4. De outra parte, em regra, a violação do sigilo das comunicações, sem autorização dos interlocutores, é proibida, pois a Constituição Federal assegura o respeito à intimidade e vida privada das pessoas, bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, inciso XII, da CF 88). 5. Entretanto, não se trata nos autos de gravação da conversa alheia (interceptação), mas de registro de comunicação própria, ou seja, em que há apenas os interlocutores e a captação é feita por um deles sem o conhecimento da outra parte. [...] 7. Por não se enquadrar nas hipóteses de proteção constitucional do sigilo das comunicações, tampouco estar disciplinada no campo infraconstitucional, pela Lei nº9.296/96, a

gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro deve ser admitida como prova, em face do princípio da proporcionalidade. [...]. (STJ - REsp 1113734 SP 2009/0073629-9 – Rel. Min. OG FERNANDES - Julgamento: 28/09/2010, grifos do autor)

Não restam dúvidas que o interlocutor que grava a própria conversa, não está cometendo o crime de violação de sigilo telefônico, e, ainda que aquela gravação é lícita, sendo admitida como prova em processo penal, restando apenas a identificação do terminal que efetuou a comunicação para o seu para que se tenha a autoria delitiva.

## **5. ABRANGÊNCIA E SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO “DADOS CADASTRAIS”**

### **5.1 Considerações**

A Constituição Federal de 1988 garante o sigilo das comunicações de dados, mas não dos dados cadastrais em si, pois, estes tratam-se da identificação do usuário, do interlocutor, e, em nada se confunde com o teor das interlocuções, estas sim, protegidas pelo sigilo constitucional, e somente podendo ser interceptadas por ordem judicial.

Ao analisar a questão, vislumbra-se a possibilidade de fornecimento de dados cadastrais dos assinantes do serviço telefônico ao público em geral, que ocorre quando qualquer pessoa pede informações do usuário de determinado número. Esta possibilidade está indiscutivelmente vetada, o que não se pode dizer quanto ao fornecimento às Autoridades Policiais e membros do Ministério Público.

Como tido anteriormente, as informações cadastrais dos assinantes não se encontram no âmbito da proteção constitucional da intimidade e do sigilo de dados e telefônico, delimitaremos quais as possibilidades de disponibilização dos registros detidos pelas concessionárias.

Estes dados devem ser apresentados diretamente às Autoridades Policiais e aos membros do Ministério Público, sem autorização judicial, uma vez que os requerimentos baseiam-se na necessidade da obtenção de tais informações para a consecução das investigações criminais, no direito de consultar bancos de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública, pois, impera a prevalência do interesse público sobre o privado.

### **5.2 Significado da expressão “dados cadastrais”**

A relação entre o usuário e a operadora é uma relação de prestação de serviço, e ao vincular-se a esta prestação de serviço o usuário fornece à prestadora informações sobre sua pessoa, tais como: nome completo, filiação, número da carteira de identidade, Cadastro de Pessoa Física, endereço, dentre outros requeridos a critério da operadora, e ainda, a operadora mantém o registro com data, hora, número e endereços para os quais manteve contato. Estas informações são registradas em seus sistemas pelas operadoras e constituem, junto ao código de acesso atribuído à linha, os chamados dados cadastrais.

Os dados cadastrais nada mais são, portanto, que as informações pessoais repassadas pelos assinantes às prestadoras, bem como as informações sobre datas e horários que o serviço é utilizado, em nada fazendo referência ao teor das interlocuções tratadas em tal comunicação.

Desta forma, considera-se que as expressões “dados cadastrais” e “dados pessoais” são expressões sinônimas, pois, se referem a informações sobre determinado indivíduo.

Gregório e Paiva (2005) apresentam a seguinte definição para dados pessoais:

Dados pessoais: Os dados concernentes a uma pessoa física ou moral, identificada ou identificável, capaz de revelar informação sobre sua personalidade, suas relações afetivas, sua origem étnica ou racial, ou que se refiram às características físicas, morais ou emocionais, à sua vida afetiva e familiar, domicílio físico e eletrônico, número nacional de identificação de pessoas, número telefônico, patrimônio, ideologia e opiniões políticas, crenças ou convicções religiosas ou filosóficas, estados de saúde físicos ou mentais, preferências sexuais ou outras análogas que afetem sua intimidade ou sua autodeterminação informativa.

Ferraz Júnior (1993) defende que:

os cadastros de elementos identificadores, tais como nome, endereço, identidade e filiação, não são protegidos pelo direito à privacidade, ao passo que os cadastros abrangendo relações de convivência privada, a exemplo de informações sobre o tempo de clientela, interesses peculiares do cliente, dentre outros, estão sob proteção.

### **5.3 Fornecimento de dados cadastrais de usuários de telefonia diretamente a membros do Ministério Público e Autoridades Policiais**

No curso de investigações policiais ou no curso do processo penal as Autoridades Policiais e membros do Ministério Público, por vezes, têm como última linha de investigação determinado número de telefone, ou ainda, endereço eletrônico, restando imperiosa a necessidade de identificação do titular, solicitado informações sobre os dados cadastrais de assinantes do serviço, às prestadoras de telefonia e provedores de acesso à internet.

Os pedidos das autoridades policiais são fundamentados no argumento de que o fornecimento de informações relativas à titulares de linha telefônica ou endereços eletrônicos não afrontam os incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que limitam-se tão somente a dados de qualificação e residência para o encontro de determinadas pessoas que utilizaram aquele serviço, para fins de intimação e demais procedimentos típicos de polícia judiciária.

Este fundamento está correto, pois, o acesso da polícia aos cadastros das prestadoras não invade a privacidade dos assinantes, e não procede a alegação das empresas

de que o pedido viola os direitos e garantias individuais ao sigilo de dados ou intimidade, porque o interesse público se sobrepõe ao privado.

Já os representantes do Parquet fundamentam seus requerimentos no art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, bem como no art. 8, II, IV e VIII e § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993:

Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União. (Lei 8625/93. art. 80)

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; [...]IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; [...]VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública. [...] § 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido. (Lei Complementar nº 75. art. 8º, II, IV, VIII, § 2º)

Tais pedidos são, na maioria das vezes, erroneamente rejeitados pelas operadoras e provedores, sob o argumento de garantir a privacidade do seu cliente sob o manto da garantia constitucional, afirmando que somente podem fornecer tais dados por de autorização judicial.

Ora, os membros do Ministério Público e Autoridades Policiais, têm atribuições investigatórias, imprescindíveis, e um eventual abuso dessa atribuição pode caracterizar os delitos violação de sigilo funcional (art. 325, §1º, CP), e ainda ato de improbidade administrativa. Portanto, não cabe às operadoras e provedores, regularem suas atuações limitando o acesso aos dados.

Contudo, esta interpretação dada pelas operadoras e provedores é equivocada, os dados cadastrais não estão protegidos pela garantia constitucional, o que está resguardado é o teor das interlocuções, este é o entendimento pacífico em nossas Supremas Cortes.

Jurisprudência do STF:

[...] Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados [...] HC 91867 / PA - PARÁ - HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 24/04/2012 - Órgão Julgador: Segunda Turma.

O sigilo telefônico, assim entendido como o sigilo sobre os dados/registros telefônicos, não são protegidos pela Garantia Constitucional, podendo estes dados serem requeridos, inclusive, no curso de Comissão Parlamentar de Inquérito:

[...] O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) - ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política - não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito [...] (MS 23452 / RJ - RIO DE JANEIRO - MANDADO DE SEGURANÇA - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 16/09/1999 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno.)

#### Jurisprudência do STJ:

[...] 4. Em arremate, frise-se que o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal assegura o sigilo das comunicações telefônicas, nas quais, por óbvio, não se inserem os dados cadastrais do titular de linha de telefone celular. Precedente. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS PELA COORDENADORIA DE INTELIGÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CISPEN. APONTADA INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO PARA EFETIVAR A MEDIDA, CUJA ATRIBUIÇÃO SERIA EXCLUSIVA DA AUTORIDADE POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 6º DA LEI 9.296/1996. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Dos artigos 6º e 7º da Lei 9.296/1996, não há como extrair que a autoridade policial seja a única autorizada a proceder às interceptações telefônicas, até mesmo porque o legislador não teria como antever, diante das diferentes realidades encontradas nas unidades da Federação, quais órgãos ou unidades administrativas teriam a estrutura necessária, ou mesmo as maiores e melhores condições para executar a medida. 2. Esta Corte Superior já decidiu que não se pode interpretar de maneira restrita o artigo 6º da Lei 9.296/1996, sob pena de se inviabilizar a efetivação de interceptações telefônicas. [...] (HC 131836 / RJ - HABEAS CORPUS - 2009/0052108-4 - Relator(a) Ministro JORGE MUSSI (1138) - Data do Julgamento - 04/11/2010 - Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA - Data da Publicação/Fonte: DJe 06/04/2011)

Em consonância com este entendimento, foi editada a Lei 12.683/2012, intitulada “nova” Lei de Lavagem de Dinheiro, que introduziu o art. 17-B à Lei 9613/98, onde expressamente prevê o fornecimento de dados cadastrais do investigado pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito:

#### Artigo 17-B da Lei 9.613/1998, introduzido pela Lei 12.683/2012:

Art. 17-B. A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

Este entendimento harmoniza-se com o Preceito Constitucional, pois a requisição direta de dados cadastrais de telefonia não se confunde com a interceptação de comunicações telefônicas, que é medida de investigação criminal regulada na Lei 9.296/96, esta sim que o artigo 5º, inciso XII da Constituição exige autorização judicial.

Há ainda que mencionar art. 43, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, os bancos de dados e cadastros que contenham dados de consumidores “são considerados entidades de caráter público”, o que significa que tais dados cadastrais são, eles mesmos, de natureza pública e, portanto, acessíveis pelos órgãos da Administração Pública.

Art. 43, §4º, da Lei 8078/90:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. [...] § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

Conclui-se que os dados cadastrais em nada se confundem o teor das interlocuções, bem como, não estão garantidos pela garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo das comunicações, estando afastada a sua disciplina pela Lei 9296/96. As autoridades policiais e membros do Ministério Público devem ter acesso a estes dados sem a necessidade de autorização judicial, as operadoras e provedores não têm respaldo legal para negar tais dados, e estão infringindo à Lei ao não os fornecer quando devidamente solicitados.

#### **5.4 Consequência do não atendimento da requisição da Autoridade Policial ou membro do Ministério Público**

A autoridade Policial, presidente do Inquérito Policial, no exercício de suas atribuições constantes no artigo 6º, III do CPP: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”, deverá requerer às operadoras de telefonia e provedores de internet, os meios de prova a fim de se chegar à autoria e materialidade da prática delitiva, que serão atingidos com os dados cadastrais do titular do número ou conta utilizado.

Já os membros do Ministério Público, titulares da ação penal, terão acesso aos dados cadastrais no exercício de suas atribuições constantes do art. 8, IV e VIII e § 2º, da LCnº 75/93:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...]IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; [...]VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública. [...] § 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

Como se vê, ambos estão legitimados a requerer tais informações, trata-se aqui de requisição e não solicitação, não cabendo às operadoras e provedores de internet, tecerem quaisquer juízos de legalidade quanto a ordem, apenas cumprirem e fornecem os dados requisitados.

Consequentemente, sendo ordem legal advinda de funcionário público, o seu descumprimento configura-se perfeitamente o delito de desobediência, constante no artigo 330 do Código Penal: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.”

## 6. A NÃO APLICAÇÃO DA LEI 9296/96 AOS CRIMES CONTRA A HONRA

A lei 9296/96 regula as interceptações telefônicas, estas entendidas com a captação de conversa alheia por terceira pessoa sem que os interlocutores tenham conhecimento. Imperioso que os interlocutores não tenham conhecimento da captação da conversa.

A medida de quebra de sigilo telefônico, regulada pela Lei 9296/96 não será concedida para as investigações de crimes punidos com pena de detenção, conforme o Inciso III, do Art. 2º, da Lei 9296/96:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. (grifos do autor)

Os crimes contra a honra estão previstos no Capítulo V, Título I, Parte Especial do Código Penal e, são a calúnia, a difamação e a injúria, todos punidos com pena de detenção.

Observando que em nenhum dos crimes contra honra aplica-se pena de reclusão, a sua investigação não é tutelada pela Lei 9296/96. Uma análise equivocada desta vedação, num primeiro momento levaria ao entendimento de uma garantia ao anonimato para esta modalidade de crime, ficando o infrator impune.

O autor do crime contra a honra teria uma garantia de impunidade se os cometesse por meio de comunicações telefônicas, atingindo o seu objetivo e garantido sua impunidade, em um explícito abuso de direito.

Contudo, nenhum direito é absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais. O direito a intimidade, que em tese, garantiria o anonimato do autor do crime contra a honra praticado por meio de comunicações telefônicas, é o mesmo que garante ao ofendido o acesso, no curso da investigação criminal, à identificação do ofensor, por meio do fornecimento dos dados cadastrais que não estão tutelados pelo sigilo telefônico.

Realmente é, taxativamente, vedada a interceptação telefônica para investigações de crimes punidos com pena de detenção, porém, não é a interceptação que irá produzir a prova nas investigações de crime contra a honra.

Pelas peculiaridades destes crimes, não se necessita de interceptações de conversas por terceiros, o que realmente importa é a identificação do interlocutor que pratica as ofensas, uma vez, que a gravação da conversa poderá ser feita pela própria vítima, ou, pela eventual

testemunha para qual seja veiculada, por meio de comunicação telefônica, a ofensa à vítima que constitui o crime contra a honra.

Como interlocutor, o ofendido ou a eventual testemunha, tem o direito de gravar a conversa da qual participa, não infringindo em nada a intimidade do ofensor que, pelo contrário, ao invés de estar garantindo um direito á intimidade, tenta se valer de uma falsa impressão de anonimato para cometer o crime.

Não há aqui em se falar de cometimento de crime de violação de sigilo telefônico praticado pela vítima que gravou a conversa de qual participava, e na qual o crime estava sendo cometido pelo outro interlocutor, pois, “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.” (art. 10 da Lei 9296/96. Grifos do autor).

Esta modalidade de gravação é lícita, e, pode ser utilizada como prova em processo penal,este é o entendimento pacificado em nossas Cortes Superiores, conforme preceitua o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto: “Não há interceptação telefônica quando a conversa é gravada por um dos interlocutores [...] (STF - RE-AgR 453562 SP – Relator Min. Joaquim Barbosa - Julgamento: 23/09/2008 – grifos do autor).

Portanto, não restam dúvidas que a Lei 9296/96 não se aplica aos casos de crimes contra honra, mas esta não aplicação não gera prejuízos para a elucidação do crime, não é necessária à interceptação telefônica, apenas o fornecimento dos dados cadastrais. A própria vítima ou uma eventual testemunha que tomou conhecimento da ofensa por meio de interlocução telefônica da qual participou, podem gravar a conversasem que cometam o crime de violação de sigilo telefônico, e esta gravação pode servir como prova em processo penal.

O que se pleiteia junto às operadoras e provedores de internet é a identificação do terminal que partiu aquela comunicação, o que não está abrangido pelo sigilo constitucional, por não serem estes dados de identificação “comunicação telefônica”, e sim, dados cadastrais, que não estão tutelados pela Lei 9296/96.

O fornecimento dos dados cadastrais, que não se confundem com teor das interlocuções, não está regulado pela Lei 9296/96, devendo as operadoras de telefonia e provedores de internet os fornecerem às autoridades policiais, pois, os seus pedidos que são relativos apenas as informações sobre a titulares de linha telefônica ou endereços eletrônicos não afrontam os incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que limitam-se

tão somente a dados de qualificação e residência para o encontro de determinadas pessoas que utilizaram aquele serviço em dia e hora determinada.

O pedido das Autoridades Policiais e membros do Ministério Público encontram amparo ainda, na vedação ao anonimato prevista na constituição: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;” (CF/88. art. 5º, IV) o fornecimento dos dados cadastrais busca apenas identificar o usuário para fins de intimação e demais procedimentos típicos de polícia judiciária.

## 7. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Em regra, a apuração dos crimes de menor potencial ofensivo inicia-se com a instauração do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO): “A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários”(Lei 9099/95, art. 69).

Os crimes de menor potencial ofensivo são aqueles que: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”(Lei 9099/95, art. 61).

Todos os crimes contra a honra são de menor potencial ofensivo, e, normalmente são apurados através da lavratura do TCO, contudo, quando o crime contra a honra é praticado por meio de comunicação telefônica, tendo o autor se utilizado de um pseudo anonimato, a vítima tem apenas a materialidade do crime, que é a mídia que reproduz a ofensa, podendo ser essa cópia de e-mail, printscreen de tela de computador, gravação da própria conversa, todas estas admitidas como já foi demonstrado. Restando apenas dúvidas quanto à autoria, e, o único meio de se chegar à autoria é com o fornecimento de dados pela operadora de telefonia ou provedor de internet.

Desta forma, diante a necessidade de se requerer os dados cadastrais do terminal e/ou usuário que enviou tais mensagens ou efetuou ligação telefônica em data e hora informados pela vítima, ou ainda, diante da infundada negativa das operadoras e/ou provedores de internet em se negarem a fornecer os dados, o que motivará pedido Judicial para que os dados sejam fornecidos, já que não estão estes dados resguardados pelo sigilo telefônico, faz-se necessária à instauração de Inquérito Policial.

A instauração de Inquérito Policial nos crimes de ação penal privada é regulada pelo art. 5º do CPP:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: [...] II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. [...] § 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.” (DECRETO-LEI Nº 3.689/41 – CPP, grifos do autor).

O requerimento do ofendido ou seu representante legal não exige grandes formalidades, e, pode ser verbal ou escrito, devendo nos termos § 5º do art. 5º do CPP à

Autoridade Policial proceder à instauração do Inquérito Policial para apurar a infração, sendo necessário apenas que sejam fornecidos elementos indispensáveis para que o inquérito policial seja instaurado.

No caso específico de crimes contra a honra praticados por meio de comunicação telefônica, devem ser apresentados pelo ofendido ou por seu representante, as gravações das conversas ou cópias das mídias, tais como fotografias de telas do computador, onde se identifique o emissor da ofensa, consignando data e horário que o meio telefônico foi utilizado para este fim, ou na impossibilidade, rol testemunhal que comprove o alegado.

Após a conclusão do Inquérito Policial, deverá a Autoridade, remetê-lo ao juízo competente, neste caso ao Juizado Especial Criminal, que aguardará o ofendido ou o seu representante legal oferecer a respectiva queixa crime, dentro do prazo decadencial previsto no art. 38 do CPP:

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia. (DECRETO-LEI Nº 3.689/41 – CPP).

O prazo decadencial de seis meses de que trata o Código de Processo Penal, inicia-se a contagem do dia em que o ofendido venha saber que é o autor do crime, portanto, somente quando a operadora ou provedor fornecer os dados capazes de identificar o autor do crime, e, esta informação seja repassada para o ofendido é que o prazo decadencial se inicia.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A todos é garantido o respeito aos direitos humanos, positivados em nossa Constituição Federal como direitos e garantias fundamentais. De toda sorte, não há direito absoluto, nem direito fundamental hierarquicamente superior a outro. O que se deve levar em conta é a proporcionalidade, para delimitar a abrangência de um frente ao outro.

Na apuração dos crimes contra a honra, não há de se falar sobre a impossibilidade de produção da prova quando este é praticado por meio de comunicação telefônica ou de dados. Na grande maioria dos casos, a vítima já possui a prova da materialidade, por meio de gravação de conversa própria ou de conversa de eventual testemunha, ou ainda por impressão de e-mail, printscreen de tela de computador, ou qualquer outro meio de mídia que exprima a comunicação de dados que violou a sua honra.

O que se busca nestas investigações é a identificação do emissor da comunicação, toda comunicação telefônica e de dados, deixa um rastro, e este é a identificação do terminal de onde estas partiram, os dados ficam armazenados em sistemas próprios das empresas de telefonia ou provedores de internet.

A Autoridade Policial a requerimento do ofendido, ou pessoa com legitimidade, requerimento este que dispensa formalidades, pode ser inclusive verbal, estando diante de elementos suficientes de materialidade, como os acima citados, deve instaurar o respectivo inquérito policial e solicitar junto às operadoras e provedores, os dados cadastrais do terminal que enviou àquela comunicação, bem como a identificação do respectivo usuário.

O descumprimento de tal requisição implica ao responsável o crime de desobediência, pois se trata de ordem legal de funcionário público, nos termos do Art. 330 do Código Penal.

Não há de se falar em impossibilidade de instauração de Inquérito Policial, por serem os crimes contra a honra de menor potencial ofensivo e sob o rito da Lei 9099/95, pois esta Lei não revogou o Código de Processo Penal que é utilizado subsidiariamente à citada Lei diante da complexidade do fato.

O prazo decadencial de seis meses para o ofendido oferecer a queixa, somente inicia-se após o conhecimento da autoria delitiva. Portanto, nestes casos, inicia-se após a conclusão do Inquérito Policial.

Não há também de se suscitar a ilicitude da gravação de comunicação pelo ofendido, pois, está claro e pacificado em nossas cortes superiores que a interceptação telefônica

consiste na captação de comunicação telefônica por terceiros sem o conhecimento dos interlocutores, bem como, que a gravação feita por um dos interlocutores é lícita e admitida como prova no processo penal.

O presente estudo atingiu seu objetivo, ao fundamentar e delimitar o alcance da garantia da inviolabilidade do sigilo telefônico e de dados, e a sua aplicabilidade na investigação de crimes contra a honra, entendendo que a Lei 9296/96 não aplica nestes casos, e que ela também não tutela os dados cadastrais, imprescindíveis para a individualização da autoria delitiva.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal (parte especial)**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. **Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. **Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal.** 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da Constituição:** princípios constitucionais do processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, 1993.

GREGORIO, Carlos G.; PAIVA, **Mário Antônio Lobato de.** **Proteção de dados pessoais no âmbito judicial.** JusNavigandi, Teresina, ano 10, n. 554, 12 jan. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6114>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio.** 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito penal: parte especial.** São Paulo: Rideel, 2006.

PAULO, Vicente, 1968- **Direito Constitucional descomplicado / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino.** – 3. Ed., rev. e atualizada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2008.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.