

**PUC MINAS – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS
GERAIS
DIRETORIA DE ENSINO A DISTÂNCIA**

José Maurício Vasconcelos Coqueiro

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO PROCEDEU MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL OU JURISPRUDENCIAL NO ARTIGO 5º, INCISO XII,
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?**

Salvador

2018

José Maurício Vasconcelos Coqueiro

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO PROCEDEU MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL OU JURISPRUDENCIAL NO ARTIGO 5º, INCISO XII,
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?**

Trabalho de Conclusão de Curso de
Especialização em Ciências Criminais como
requisito parcial à obtenção do título de
especialista.

Professor(a): José de Assis Santiago Neto

Salvador

2018

*A Aloisio Freire Santos, pelo incentivo
para enfrentar novos desafios.*

SUMÁRIO

Introdução-----	5
O Supremo Tribunal Federal Procedeu Mutação Constitucional ou Jurisprudencial no artigo 5�, inciso XII, da Constituição da República -----	8
Conclusões-----	13
Referências-----	15

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu Título II, que cuida Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo I (Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos) introduziu uma série de regras e princípios objetivando a proteção da intimidade e da vida privada dos indivíduos, tais como a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações, dentre outros.

É de se notar e compreender as preocupações do Constituinte na tutela desses bens jurídicos, afinal, há 30 (trinta) anos passados, quando da promulgação da Constituição, o país estava fechando um ciclo autoritário no qual as garantias fundamentais dos cidadãos não mereciam o menor respeito por parte do Estado e seus agentes.

Trilhando essa vereda, eis que a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XII, proclamou uma severa proteção à intimidade dos indivíduos, especialmente ao sigilo das correspondências e comunicações privadas.

“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”.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que a jurisprudência pátria, partindo do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por intermédio de uma infeliz e desnecessária mutação jurisprudencial, relativizou os rigores do dispositivo da Lei Maior sob enfoque. Assim, houve uma redução que terminou por minimizar o alcance de tal dispositivo no ordenamento jurídico, causando, por conseguinte, sérios riscos – atuais e futuros – a uma das mais caras garantias individuais do cidadão: sua intimidade.

Antes de responder à questão proposta – sobre a ocorrência ou não de uma mutação constitucional ou jurisprudencial – necessário se faz situar o problema de fundo suscitado nestas linhas: o texto da Constituição no precitado dispositivo admite a relativização do princípio que protege a intimidade das pessoas, no particular pertinente à tutela da inviolabilidade das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal e instrução processual penal, tão somente.

A determinação constitucional possui um reluzente motivo de assim o ser. Admitir a relativização de um princípio tão importante aos indivíduos componentes de uma sociedade aberta e democrática – o da intimidade –, implicaria na aceitação de uso das interceptações telefônicas e telemáticas em qualquer esfera, especialmente no processo civil de cunho nitidamente patrimonial e privado, daí o rigor do inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal.

Mas, o Supremo Tribunal Federal, navegando em águas turvas e perigosas, desde o *leading case* contido no Inquérito 2.424-4/RJ¹, resolvendo Questão de Ordem suscitada nos ditos autos, passou a admitir a utilização de provas hauridas por meio de interceptações telefônicas para outras finalidades que não a investigação criminal e a instrução processual penal.

“EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei Federal 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para a produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidas”.

Inaugurado o precedente, outros lhes sucederam, inclusive, alargando o campo de utilização das provas obtidas por meio de interceptação telefônicas e afins para outro *locus* diferente da investigação criminal ou instrução processual penal como, por exemplo, para instruir, mediante empréstimo, ações de improbidade administrativa. É o que se vê no Agravo de Instrumento 769094-MT do Supremo Tribunal Federal que, mantendo anterior decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região,

¹ QUEST. ORD. EM INQUÉRITO 2.424-4 RIO DE JANEIRO, Rel. Cezar Peluso, DJ 24/08/2007.

permitiu o empréstimo da prova no modelo até aqui delineado. É útil a transcrição da Ementa para a compreensão do tema proposto.

“DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. 1. USO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE INQUÉRITO POLICIAL EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. (...). I – É possível a utilização de prova colhida em inquérito policial para fins de propositura de ação civil pública por improbidade administrativa, durante cujo procedimento ela será submetida ao adequado contraditório. II – No que tange à possibilidade de utilização de interceptações telefônicas como base para a propositura de ação de improbidade, cabe a distinção entre a possibilidade de deferimento da medida e a utilização do resultado de sua execução, posto que, de fato, considerando-se que a ‘ação’ por improbidade administrativa tem natureza cível como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 2797/DF, não há como se admitir (Rel. Min. Sepúlveda Pertence) a possibilidade de deferimento de medidas de interceptação telefônica para fins de sua instrução, o que infringiria o disposto no art. 5º, XII da Constituição Federal. Por outro lado, situação distinta ocorre quando a interceptação foi realizada a partir dos postulados do dispositivo constitucional mencionado, posto que resta superada a barreira do conhecimento dos elementos envolvidos, não se justificando o impedimento de sua utilização para outros fins, desde que resguardada a não publicidade dos dados. Com esse entendimento o STF no Inquérito 2424/RJ (Rel. Min. Cezar Peluso) admitiu a possibilidade de utilização de interceptação telefônica produzida em inquérito policial em processo disciplinar, orientação aplicável, mutatis mutandi, às ‘ações’ por improbidade administrativa”.

No mesmo sentido, acresça-se como julgados recentes e trilhando a mesma estrada o Recurso em Mandado de Segurança 31964-DF, DJ 18/11/2015 (FUX), ARE 825878 (FUX), Mandado de Segurança 30361/DF (WEBER), Recurso em Mandado de Segurança 28774/DF de 22/09/2015 (BARROSO).

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça não discrepa do Supremo Tribunal Federal no ponto.

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPARTILHAMENTO DE PROVAS OBTIDAS LEGALMENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É firme o entendimento jurisprudencial deste Sodalício no sentido da possibilidade de utilização, na seara cível, para fins de apuração de improbidade administrativa, de prova produzida na esfera penal.
2. Agravo regimental improvido”.²

Postas as premissas, ou seja, a aceitação de provas derivadas de interceptações telefônicas, em julgados antigos e atuais, pelos dois Tribunais de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, em ações cíveis, indo ambos de encontro com expressa disposição constitucional (Art. 5º, inc. XII, CF), resta saber a razão desse fenômeno.

² AgRg no RECURSO ESPECIAL N. 1.714.914 – RS de 27/02/2018, Rel. Maria Thereza de Assis Moura.

2. A MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL OU CONSTITUCIONAL LEVADA A EFEITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTE O ARTIGO 5º, INCISO XII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

Nos julgados destacados para análise, em total linha de confronto com o dispositivo constitucional mencionado, uma coisa restou clarividente: a expressão “*para fins de investigação criminal e instrução processual penal*” perdeu a sua força normativa, conquanto, o seu conteúdo, sem nenhuma transformação social, política, econômica, moral e histórica, no particular, esvaiu-se para admitir provas derivadas de interceptações telefônicas como elemento probatório válido em processos administrativos disciplinares e ações civis públicas por improbidade administrativa.

Diante desse quadro, outra conclusão não há, senão proclamar com eloquência que estamos, positivamente, diante de uma infeliz e descabida mutação, a saber se jurisprudencial ou constitucional, cujas características serão avante examinadas. Para melhor compreensão, torna-se imperativo diferir o conceito de mutação constitucional e mutação jurisprudencial a fim de dar amparo a conclusão a que aqui se chega, sendo de grande valia as lições de Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Moraes que explicam o tema com a nitidez que lhes são peculiares:

“Nessa dinâmica, a força renovadora da jurisdição constitucional parece ultrapassar os limites formais do tradicional poder constituinte. Mesmo quando o texto constitucional permanece o mesmo, um novo olhar interpretativo sobre ele pode modificar completamente a relação entre fato e norma. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, diz-se estar diante de uma mutação constitucional. Em sentido amplo, esse fenômeno é inerente à sobrevivência da Constituição, ao permitir que seu conteúdo permaneça aplicável em face das transformações sociais”.³

Como lanço inaugural para se iniciar a dissecação do tema é de se afirmar que mutação constitucional *in casu* deveras não ocorreu, pois, para tanto, segundo a lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz a positivação desse fenômeno exigiria específicas condições:

“A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites

³ Mutações Constitucionais, IDP, 2016, p. 7.

constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por mutações inconstitucionais (...)”⁴

“Vários fatores internos, realçam este papel transformador da interpretação judicial: a linguagem, o caráter sintético da Constituições, as lacunas e omissões constitucionais; ao lado desses, os fatores externos, quais sejam, (a) a mutabilidade social que provoca o surgimento de novas necessidades e novas situações impossíveis de serem previstas pelos constituintes, mas inteiramente percebidas pelo intérprete judicial ao aplicar a Constituição; (b) a mudança, razoável, admissível e legítima na intenção dos próprios intérpretes e aplicadores constitucionais que sofrem, eles mesmos, influências das transformações sociais, políticas, econômicas e históricas; e (c) a evolução dos valores (políticos, filosóficos, econômicos, morais) e das ideias-base. Subjacentes a toda Constituição, e que não podem ser desconhecidas ou ignoradas no momento da interpretação e aplicação da norma constitucional ao caso concreto”⁵.

Na hipótese, também não se pode passar ao largo do escólio, de certo modo cáustico, de Flávio Quinaud Pedron sobre o fenômeno da mutação constitucional e o ambiente jurídico no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

“o que se pode perceber é uma total desarmonização da compreensão sobre o que seja a mutação constitucional. O termo parece ter ganhado um sentido retórico no interior do STF, já que os ministros não conseguem sequer atingir uma coerência interna. Muitos utilizam o mesmo termo com sentidos totalmente distintos de uma decisão para outra, e, com isso, não se preocupam nem em concordar consigo mesmos. Ao que se mostra, quando que um ministro do STF pretende dizer que sua interpretação é revolucionária, ele diz que está fazendo uma mutação constitucional. Ora, esse não é o propósito do conceito em estudo, modo que essa total falta de rigor pelos membros do Tribunal acaba por denotar, inclusive, uma despreocupação técnico-científica com o Direito Constitucional Brasileiro.”⁶

Uma coisa até aqui é certa: dentro dos conceitos pontuados, à mingua de elementos exteriores a influenciar o Supremo Tribunal Federal – transformações sociais, econômicas, políticas, históricas, filosóficas e morais – o Tribunal não promoveu uma mutação constitucional em relação ao artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República, mas, uma descabida e perigosíssima mutação jurisprudencial, cuja demonstração é o ponto central deste trabalho. Tal mutação jurisprudencial, inclusive, contraria o princípio de integridade na aplicação do Direito, na esteira do quanto preconizado por Dworkin, no alerta de Flávio Quinaud Pedron (p. 179).

⁴ Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais, São Paulo, Max Limonad, 1986, p. 09 e 10.

⁵ Idem, p. 16, grifos não originais.

⁶ Mutações Constitucionais Na Crise Do Positivismo Jurídico, Arraes Editores, Belo Horizonte, 2012, p. 55/56.

Referida contrariedade, em verdade, reside no descompasso da atuação jurisprudencial na interpretação judicial, *in casu*, do empréstimo das provas vindas de interceptações telefônicas em processos não criminais com o texto constitucional.

Agora, é necessário que se volte ao acórdão paradigma (RMS 28.774-DF), datado de 2015, para se perceber que a matéria (empréstimo de provas oriundas de interceptações telefônicas para fins não penais) não passou no Supremo Tribunal Federal incólume a discussão, a começar pelo Relator originário, o Ministro Marco Aurélio. No que interessa, o voto vencido consignou:

“Cumpre adentrar a questão relacionada à validade da utilização de dados relativos a interceptações telefônicas procedidas em ação penal.

Ante o disposto no inciso XII do art. 5º da Lei Maior, mostra-se inadequado o aproveitamento de prova que, no campo da exceção – afastamento da privacidade –, implicou quebra determinada por órgão judicial e para efeito específico, ou seja, investigação criminal ou instrução processual penal. Descabe alargar, pela via da interpretação, o campo de preceito do qual depreende relevante concretização da tutela constitucional da intimidade”.

No entanto, o voto vencedor manteve a linha e mais uma vez, ignorou a Constituição dando ao artigo 5º, inciso XII, uma interpretação juridicamente inaceitável com a ideia de que, ao se afastar o sigilo das comunicações na origem (investigação criminal ou instrução processual penal), não faria mais sentido preservá-lo para outros fins diversos do processo penal. É o que diz o acórdão focado nos autos e aqui sob avaliação crítica.

“O valor constitucionalmente protegido pela garantia de inviolabilidade das comunicações telefônicas é a intimidade, que não pode ser ofendida, salvo hipóteses excepcionais de existência de indícios veementes de cometimento de ilícito penal. Porém, uma vez rompida esta barreira, nada impede que a prova colhida sob os auspícios da lei, a dizer, mediante autorização judicial e para fins de investigação ou processo criminal, seja utilizada para fins outros, como instruir procedimento administrativo punitivo”.⁷

E a doutrina brasileira não ficou indiferente ao debate:

“Pois bem: suponhamos que se cuide de fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se tinha autorização judicial. A fita era admissível como prova no âmbito penal; não no civil, já que para este não se teria podido autorizar a interceptação. Quid iuris se o interessado quer utilizá-la como ‘prova emprestada’ perante o juiz civil?

No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização. A favor dela pode argumentar que, uma vez rompido o sigilo, e, por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocuparmo-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba

⁷ RMS 28.774-DF, grifos não originais.

por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela”.⁸

Mais ainda:

“O legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal) já estava ponderando valores, sopesando interesses. Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação ou processo criminal, não civil.

Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo (...)

Estando em jogo liberdades constitucionais (direito à intimidade frente a outros direitos ou interesses), procurou o constituinte, desde logo, demarcar o âmbito de prevalência de outro interesse (criminal), em detrimento da intimidade. Mesmo assim, não é qualquer crime que admite a interceptação. Essa escolha, fundada na proporcionalidade, não pode ser desviada na praxe forense. Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser ‘emprestada’ (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. (...) urge o respeito à vontade do constituinte (fins criminais). Ao permitir a interceptação, como quebra que é do sigilo das comunicações, somente ‘para fins criminais’, já fazia uso da ponderação e da proporcionalidade, que agora não pode ser ampliada na prática. Impõe-se, por último acrescentar: essa prova criminal deve permanecer em ‘segredo de justiça’. É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1º”.⁹

Resta saber, mais uma vez, em que bases o Supremo Tribunal Federal se ancorou para levar a efeito interpretação tão dispare do texto constitucional. Nessa quadra, convém examinar as restrições possíveis a direitos fundamentais. Ainda pelas percucientes considerações de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco têm-se que “A Constituição de 1988, tal como outras Constituições brasileiras anteriores, consagra a técnica de estabelecimento de restrições diretas e restrições indiretas a diferentes direitos fundamentais”.¹⁰ Destacam em considerações preliminares acerca das restrições à direitos fundamentais expressamente o seguinte:

Assim, o sigilo das comunicações telefônicas somente pode ser suspenso, mediante ordem judicial, ‘nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’ (art. 5º, XII).

Advertem quanto a existência de uma reserva legal qualificada ou restrição legal qualificada consistente nas hipóteses que a Constituição não se limita a exigir uma eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei,

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Constituição e as Provas Ilicitamente Adquiridas”. In Revista de Direito Administrativo, v. 205, p. 20, grifos não originais.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. “Finalidade da Interceptação Telefônica e a Questão da Prova Empréstada” In Repertório IOB de Jurisprudência, v 4/97, p. 75

¹⁰ Mendes, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Saraiva, 2017, p. 195.

estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.¹¹

No que interessa a este trabalho, é necessário extrair ainda da obra sob comento o trecho onde se diz:

“Da mesma forma, consagra-se, no art. 5º, ser ‘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”.

Vê-se aqui que a restrição à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas somente poderá concretizar-se mediante ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses e forma que a lei estabelecer”.¹²

E ainda mais:

“Na espécie, convém recordar que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a norma constante no art. 57, II, da Lei n. 4.117, de 1962, não teria sido recepcionada pelo texto constitucional de 1988. É que por força da reserva legal qualificada ‘a Constituição, no inciso XII do art. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei”.¹³

Ao julgar o Habeas Corpus 69.912, publicado no DJ de 26-11-1993, o Ministro Celso de Mello, antes da mutação jurisprudencial, não deixou de observar a questão da reserva legal qualificada que, mais uma vez, revela o desacerto jurídico do acórdão paradigma muito, muito antes do mesmo adentrar no mundo jurídico.

“O art. 5º, XII, da Lei Fundamental, permite agora, a interceptação das conversações telefônicas. Essa providência excepcional sujeita-se, no entanto, para efeito de sua válida efetivação, a determinados requisitos que, fixados pelo próprio ordenamento jurídico constitucional, condicionam a eficácia jurídica desse meio de prova.

A derrogação desse princípio tutelar do sigilo telefônico somente legitimar-se-á, desde que a interceptação, sempre precedida de ordem judicial, venha a realizar-se no campo exclusivo da persecução penal e nas hipóteses a serem definidas em *numerus clausus* pelo legislador, a quem incumbe prescrever, de outro lado, o modo e a forma de sua execução.

O preceito constitucional em causa não se reveste, quanto à interceptação das conversas telefônicas, de densidade normativa suficiente. Ele impõe e reclama, para que possa válida e eficazmente atuar, a instauração de um processo de integração normativa de que derive a lei exigida pela Carta da República”.

Como não poderia deixar de ser, a superveniente Lei Federal 9.296, de 24 de julho de 1996, reprisou a exclusividade das interceptações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

¹¹ Idem, p. 204.

¹² Idem, p. 205, grifos não originais.

¹³ Idem

“Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”.

E, já caminhando para as conclusões, a matéria do ponto de vista doutrinário é solvida novamente com os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Castelo Branco:

*“É fácil ver, ademais, que, com fundamento nessa reserva legal qualificada, não pode o legislador autorizar a interceptação telefônica para investigações de caráter administrativo-disciplinar ou, no caso, de investigações relacionadas com eventual propositura de ação de improbidade”.*¹⁴

Também a voz autorizada de Vicente Greco Filho é por demais direta:

“Poderia a prova obtida com a interceptação legalmente realizada para fins de investigação criminal servir em processo civil como prova emprestada?

*Creemos que não, porque, no caso, os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova e somente nessa sede pode ser utilizada. Em termos práticos, não poderá a prova obtida ser utilizada em ação autônoma, por exemplo, de indenização relativa a direito de família, etc.”.*¹⁵

No entanto, como bem demonstra a doutrina, a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, não autorizou a utilização de elementos probatórios advindos de interceptações telefônicas para fins de instrução de processos administrativos-disciplinares e ações de improbidade. Ela manteve-se fiel, como não poderia deixar de ser, ao comando constitucional do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, ou seja, prova advinda de interceptações telefônicas somente tem lugar para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

3. CONCLUSÕES

Não existe nada de espetacular na exigência do Constituinte de 1988 em somente admitir interceptações telefônicas, com o afastamento excepcional do direito a intimidade, tão somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. É evidente que o se busca evitar com isso é o sacrifício de um direito fundamental tão caro ao indivíduo e a democracia – a intimidade - com o propósito de se resolver conflitos de menor importância do ponto de vista do bem jurídico tutelado e a sua utilização no processo civil, no campo das relações na maioria das vezes privadas, patrimoniais, de família, trabalhista, etc.

¹⁴ Idem, p. 205.

¹⁵ Interceptação Telefônica, Considerações a Lei 9.296/96, 3ª Edição, Saraiva, 2015, p. 47

Mesmo na seara do direito processual penal, a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, só admitiu este meio de prova para os crimes apenados com detenção.

A mutação jurisprudencial anunciada no preâmbulo de fato ocorreu, deslembrando o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça dos riscos, inclusive, de “*lavagem de provas ilícitas*”¹⁶ ou como pontuou José Carlos Barbosa Moreira, de se expulsar uma prova ilícita pela porta, voltando a mesma a entrar pela janela.

Consequência disso é que, não raro, nos deparamos com a instauração de inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios criminais onde é requerida a interceptação telefônica e, colhidos os elementos de prova perseguidos, logo são transladados para as ações cíveis ou procedimentos administrativos correspondentes e depois aqueles são esquecidos, deixados de lado, ou seja, um verdadeiro drible no artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República.

Sumariando a questão, é incontroverso que o Supremo Tribunal Federal, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo sem a presença de fática justificadora, em contraposição a doutrina pertinente, promoveu em relação ao artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República, ao aceitar o traslado de elementos probatórios obtidos por meio de interceptações telefônicas para ações cíveis de improbidade e processos administrativos-disciplinares, uma vera e perigosa mutação jurisprudencial. A comunidade jurídica e a sociedade, assim pensamos, ainda não se deram conta dessa temerária mutação jurisprudencial para a democracia, pela via da vulneração do texto constitucional.

Não sabemos, dada a vastidão territorial do Brasil, se é cedo ou tarde para se aferir os malefícios dessa mutação jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no processo penal democrático, todavia, uma coisa pode ser afirmada: as portas do cofre da intimidade dos cidadãos estão arrombadas para todo e qualquer tipo de processo seja administrativo ou jurisdicional cível, pela via transversa da investigação criminal ou da instrução processual penal. Esta é a única e granítica conclusão a que se pode chegar dentro do panorama legal e jurisprudencial apresentado.

¹⁶ A Interceptação das Comunicações Telemáticas no Processo Penal, D’Plácido Editora, 2016, p. 283.

4. Referências

I-LIVROS

MENDES, Gilmar. Mutações Constitucionais. IDP, 2016, p. 7.

MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 12. Ed. Saraiva, 2017, p. 195.

GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica, Considerações Sobre a Lei 9.296/96, Saraiva, 2015, p. 47.

SIDI, Ricardo. Interceptação das Comunicações Telemáticas no Processo Penal, 2016, p. 283.

FERRAZ, Anna Cândida. Processos Informais de Mudança da Constituição, São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9, 10 e 126.

PEDRON, Flávio. Mutações Constitucionais Na Crise Do Positivismo Jurídico, Arraes Editores, Belo Horizonte, 2012, p. 55/56.

II-REVISTAS

GOMES, Luiz Flávio. “*Finalidade da Interceptação Telefônica e a Questão da Prova Emprestada*” In Repertório IOB de Jurisprudência, v 4/97, p. 75

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*A Constituição e as Provas ilicitamente Adquiridas*”. In Revista de Direito Administrativo, v. 205, p. 20.

III-JURISPRUDÊNCIAS

AgRg no RECURSO ESPECIAL N. 1.714.914 – RS de 27/02/2018.

QUEST. ORD. EM INQUÉRITO 2.424-4 RIO DE JANEIRO, Rel. Cezar Peluso, DJ
24/08/2007

STJ, AgRg no RECURSO ESPECIAL N. 1.714.914 – RS de 27/02/2018