

# O tratamento constitucional do sigilo da correspondência

Walter Nunes da Silva Júnior

## Sumário

1. Esclarecimentos iniciais. 2. Escorço histórico do sigilo das comunicações no Direito brasileiro. 3. Alcance da expressão sigilo de correspondência. 4. O sigilo da correspondência no Direito estrangeiro. 5. Assertivas que infirmam o caráter absoluto do sigilo da correspondência. 5.1. Garantias constitucionais como limitações ao direito de punir do Estado. 5.2. Os direitos fundamentais são heterogêneos e se autolimitam. 5.3. Interpretação sistêmica. 6. Conclusão.

## 1. Esclarecimentos iniciais

Conquanto existam vários escritos sobre as hipóteses de admissibilidade de interceptação das comunicações telefônicas, não se vê preocupação doutrinária quanto à investigação científica sobre os contornos do sigilo da correspondência, a fim de esclarecer pontos que recalcitram em permanecer obscuros. Alguns processualistas penais, de forma simplista, têm manifestado o entendimento de que, *proibida a violação de correspondência, ilícita também a sua interceptação ou apreensão* (cf. MIRABETE, 2002, p. 320; TOURINHO FILHO, 1990, p. 319), tratando da referida garantia como se ela estivesse plasmada em um direito fundamental absoluto, que não enxerga limites.

O pensamento central desenvolvido ao longo deste trabalho segue a orientação filosófica segundo a qual não há direito absoluto, por mais fundamental que ele seja,

Walter Nunes da Silva Júnior é Juiz Federal.

pois eles são herterônomos e autolimitam-se entre si, para que seja possível a convivência harmônica. Tem-se, assim, que, mesmo quando a Constituição não faz qualquer ressalva, deve-se entender que a garantia constitucional não é absoluta, uma vez que os direitos fundamentais têm limites iminentes ou implícitos.

Na dedução lógica da exposição, em primeiro momento, faz-se o bosquejo histórico do sigilo das comunicações no Direito brasileiro que, a despeito do assegurado em todas as nossas Constituições, tendo merecido destaque já na Carta Imperial de 1824, nunca foi previsto como uma garantia de ordem absoluta, sempre sendo admissível a sua restrição no âmbito criminal. Em passo seguinte, faz-se uma necessária digressão para precisar o alcance da expressão sigilo da correspondência, uma vez que há posição do Supremo Tribunal Federal fazendo a distinção entre carta e encomenda, no sentido de excluir esta da proteção constitucional.

A fim de ter uma visão do tratamento dispensado ao tema no Direito Comparado, destinou-se o tópico 4 para analisar as Constituições e as doutrinas da França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, além da jurisprudência de alguns desses países. Em vez de seguir o critério adotado por MIRANDA<sup>1</sup>, de que quatro são as famílias constitucionais da atualidade – inglesa, norte-americana, francesa e soviética –, e daí fazer o estudo comparatista levando em consideração a posição de cada um desses países, preferiu-se eleger como paradigma justamente aqueles países cujas Constituições influenciaram fortemente o constituinte de 1988. Nesse estudo comparativo, observa-se que os países analisados não fazem distinção entre o sigilo da correspondência e o da comunicação telefônica e, muito embora os coloque como direitos fundamentais, estabelecem limites para ambas as formas de transmissão de mensagem.

No último momento, são expostas as razões pelas quais não é razoável defender

que a correspondência é insusceptível de interceptação ou que o seu segredo não pode ser revelado, porquanto nem mesmo o direito à vida, o direito fundamental em torno do qual gravitam todos os demais, encerra uma garantia constitucional absoluta, na medida em que, no exercício do poder de polícia, o agente do Estado pode, para a manutenção da segurança pública, usar de força capaz de resultar na morte do autor de comportamento ilícito. Demonstra-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é calcada no fundamento de que, no nosso sistema jurídico, não há direito fundamental absoluto e que a Corte Suprema já se pronunciou sobre a constitucionalidade do art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, que autoriza o administrador penitenciário restringir o sigilo da correspondência do detento.

## 2. Escorço histórico do sigilo das comunicações no Direito brasileiro

O constituinte de 1988, repetindo idéia constitucional anterior, asseverou, no art. 5º, inciso X, que são *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*, para acrescentar, no inciso XII, que 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*. Manteve-se, assim, a tradição de nosso Direito Constitucional que reside em estatuir o sigilo da correspondência como direito fundamental da pessoa.

Com efeito, o sigilo da correspondência vem sendo constitucionalmente assegurado desde a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, pois nela está expresso, em seu art. 179, 27, que *o segredo das cartas é inviolável*<sup>2</sup>. Regulamentando o princípio constitucional, o legislador do Código Criminal do Império, nos arts. 215, 216, 217 e 218, entendeu que se tratava de direito relativo, de modo que não vedou a utilização

das missivas no processos criminais, senão aquelas *tiradas do correio maliciosamente sem autorização do destinatário, ou da mão do portador particular, por qualquer maneira que seja [...]* (ALMEIDA JÚNIOR, 1960, p. 65).

O tratamento constitucional sobre o sigilo da correspondência não sofreu alteração de conteúdo com as Constituições de 1891 e de 1934, tendo ambas disciplinado a matéria com enunciado idêntico – arts. 72, § 18, e 113, 8, respectivamente – ao dizer que *é inviolável o sigilo da correspondência*. A Carta de 1937, com seu cunho ditatorial, assegurava, no art. 122, 6, *a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, salvo as exceções previstas em lei*, deixando expressa, aqui, a possibilidade de que a garantia viesse a ser quebrada, conquanto prevista a hipótese em lei ordinária. Sob a batuta da Constituição de 1937, veio a lume o atual Código de Processo Penal, que, no art. 233, tornou defesa a admissibilidade das cartas particulares como prova apenas quando *interceptadas ou obtidas por meios criminosos*.

A Constituição de 1946, que representou a redemocratização do País, no art. 141, § 6º, dizia que *é inviolável o sigilo da correspondência*, não prevendo nenhuma ressalva como fizera a de 1937, mas, mesmo assim, durante a sua vigência, não se questionou a adequação do art. 233 do Código de Processo Penal com a nova ordem constitucional. Na época, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era até mais elástico, na medida em que admitia a quebra do sigilo da correspondência até mesmo para fins não penais, como se colhe da análise do acórdão no recurso em mandado de segurança nº 11.274, julgado em 27.11.63, lavrado pelo então Ministro Evandro Lins e Silva, que entendeu lícito o exame da correspondência comercial por meio de agentes fiscais<sup>3</sup>.

Mantendo a tradição do nosso Direito, a Carta de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, deixou estampado, no art. 153, § 9º, que *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas*, trazendo como novidade apenas a inserção das co-

municações telegráficas e telefônicas como garantias constitucionais. A despeito do enunciado constitucional em exame, não havia dúvidas quanto à possibilidade de as cartas particulares serem interceptadas ou obtidas, a fim de que fossem utilizadas como prova em processo criminal, ressalvando-se apenas a rejeição quando obtidas por meios ilícitos. O art. 233 do Código de Processo Penal, por conseguinte, durante todo esse tempo, sempre foi aceito sem maiores contestações.

Todavia, como se observa da redação do art. 5º, inciso XII, da Constituição de 1988, a dicção normativa constitucional atual referente ao sigilo das comunicações, a par de agregar à garantia do sigilo as comunicações de dados, fez a ressalva da possibilidade de limitar esse direito fundamental *nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer*. Até aí não se tem nenhuma inovação de monta maior, todavia, tal como redigida a ressalva, em interpretação literal, o exegeta é levado a concluir que a exceção se dirige apenas às comunicações telefônicas, o que implica reconhecer, nessa linha de raciocínio, que as outras formas de comunicação encontram-se protegidas de forma absoluta, de modo que em nenhuma hipótese podem elas ser objeto de interceptação ou de revelação do conteúdo, salvo com autorização das pessoas envolvidas diretamente na relação. Nessa ordem de idéias, o sigilo da correspondência seria absoluto, não sendo admissível, em nenhuma hipótese, a quebra dessa garantia constitucional.

### 3. Alcance da expressão sigilo da correspondência

Antes de passar a esmiuçar o que se entende por correspondência, cabe realçar que, para se tornar efetiva a garantia de sigilo desse meio de comunicação, a Constituição, no art. 21, X, confere à União a competência exclusiva para a prestação do serviço postal, atribuição a ser exercida pela administração direta ou por delegação. O monopó-

lio do serviço postal, como forma de tornar efetiva a garantia do sigilo da correspondência, como não poderia deixar de ser, igualmente mereceu a atenção dos constituintes nas constituições brasileiras pretéritas, caracterizando-se como poder-dever conferido à União, em monopólio estatal. Consoante magistério haurido do constitucionalista FERREIRA (1989, p. 239), o monopólio do Estado a respeito do serviço de correio vem desde 1797. Mais adiante, acrescenta o renomado doutrinador que o Brasil aderiu a diversos atos e convenções concernentes ao regime postal, mencionando entre eles: o Tratado de Berna, de 1874, pelo Decreto nº 6.581, de 25.05.1877; a Convenção Postal Universal de Paris, pelo Decreto nº 7.229, de 29.3.1879; a Convenção Postal Universal de Washington, pelo Decreto 531, de 17.12.1906, além de outras Convenções Postais, como a de Roma de 1906, a de Madrid de 1920, a Pan-Americana de 1921 e a de Estocolmo em 1924.

CRETELLA JÚNIOR (1990), em comentários à Constituição de 1988, analisando o tratamento dispensado pelas Constituições ao assunto, afirma que

“A Constituição de 1891, art. 34, 15, falava, tão-só, em ‘legislar sobre serviço de correios e telégrafos nacionais’. A Constituição de 1934, art. 5º, VII, preferiu a fórmula ‘manter o serviço de correio’ e, no mesmo sentido, foi a orientação da Carta de 1937, art. 15, VI. A Constituição de 1946, art. 5º, XI, é precisa ao determinar: ‘manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional’.”

Registre-se, ainda, que a Constituição Federal de 1967, no inciso XII do art. 8º, deixou expresso competir à União Federal, apenas, *manter o serviço postal e o correio aéreo nacional*. A Constituição em vigor, repetindo a idéia da anterior, expôs, no art. 21, X, ser da competência da União *manter o serviço postal e o correio aéreo nacional*.

Desse modo, reconhecer-se-ia que a União Federal detém, por desejo dos consti-

tuintes, o *poder-dever ou dever-poder* de exercer os serviços de correio que interessam a todo o grupo social. A atividade postal, em sua essência, não merece a consideração pelo constituinte pelo fato de constituir-se em elemento de *integração nacional*, sendo relevante a sua disciplina por ordem de *segurança nacional* e por se tratar de *serviço de relevante interesse coletivo*, principalmente tendo em conta a necessária preservação do sigilo das correspondências, mas também em virtude de compromissos internacionais assumidos pelo Governo brasileiro perante Estados estrangeiros, pois é espécie de serviço que extrapola os limites internos dos países, transformando-se em questão afeta à ordem internacional.

Outrora, a União Federal mantinha esse serviço por meio do Departamento de Correios e Telégrafos, órgão sem personalidade jurídica, integrante do Ministério da Viação e Obras Públicas. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 509, de 20.03.69, criou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública federal de personalidade jurídica de Direito Privado, vinculada ao Ministério das Comunicações.

O serviço postal, prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, em virtude de delegação de competência, encontra-se, hodiernamente, regulado na Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, e no Decreto nº 83.858, de 15 de agosto de 1979. Não é gratuito, mas sim pago pelo usuário por meio de uma tarifa – preço público – cobrada com a venda do selo que deve estar estampado no documento postal.

Mas, o que é correspondência, enquanto objeto jurídico da tutela constitucional? Em compasso com a Lei nº 6.538/78 (art. 9º), o monopólio do serviço postal confiado à ECT se circunscreve a três atividades: a) distribuição de carta e cartão-postal; b) distribuição de correspondência agrupada; e c) emissão de selo.

De qualquer forma, impõe-se definir quais os papéis que se inserem na qualificação de *carta*, *cartão-postal* ou *correspondência*

agrupada. O legislador, no desiderato de escoimar divergência, em interpretação autêntica, no art. 47 do Diploma Legal em referência, asserir:

“CARTA – objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

CARTÃO-POSTAL – objeto de correspondência de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.

CORRESPONDÊNCIA AGRUPADA – reunião, em volume de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.”

J. CRETELLA JÚNIOR (1990, p. 1364), imiscuindo-se no assunto, entende que o

“serviço postal abrange o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega em domicílio, colocada à disposição do destinatário nas próprias dependências do Correio, de (a) correspondência (carta, cartão-postal, impresso, ecograma), (b) encomendas ou objetos, valores (dinheiro, ordem de pagamento, recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista).”

Agrega CRETELLA JÚNIOR (1990) que não existe infração à Constituição o serviço postal do Estado-membro para a própria correspondência, o mesmo ocorrendo com o Município, com o Distrito Federal e com os Territórios. Dentro dessa linha de idéias, defende também não constituir infração o serviço postal próprio ou interno, consistente na comunicação epistolar na empresa da matriz para as filiais, a exemplo do que se verifica com diversas editoras, que transportam livros de uma loja para outra.

Noutro passo, sustenta que se encontra excluído, ainda, do monopólio o serviço postal quando *o expedidor, pessoalmente ou por empregado seu, nos negócios de sua economia, efetua o transporte.*” Nesse contexto, assevera que *a correspondência comercial bancária, compreendendo manuscritos e impressos, está excluída do monopólio postal, salvo quando as correspondências estiverem fechadas em forma de carta.* (CRETELLA JÚNIOR, 1990).

Por fim, ao analisar a definição de carta no art. 47 da Lei nº 6.538/78, deduz que *em mensagem ou comunicação escrita entre “remetente” e “destinatário”, inexistem carta ou missiva. Assim, títulos, valores e documentos não configuram a “carta”.* (CRETELLA JÚNIOR, 1990, p. 1368).

No apreciar embargos infringentes interpostos pela Epatil do ABC – Prestação de Serviços Ltda – empresa que fez a consulta ao ínclito Professor Celso Bastos –, o Egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região, por maioria de votos, tendo como relator funcionado o Juiz Ari Pargendler, decidiu que se compreende no monopólio postal toda espécie de comunicação de negócios, de débito pela prestação de serviços, de vencimentos de obrigações, ou seja, tudo aquilo que pode ser concebido, dentro da ótica legal, no conceito de carta<sup>4</sup>.

Em situação outra, em que se discutia quanto à permissibilidade do recebimento, transporte e distribuição de avisos bancários por empresa prestadora de serviços distinta da ECT, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, sem discrepância de entendimento, decidiu que, nesse caso, não há afronta ao monopólio postal da União, pois não se inclui no conceito de carta o aviso bancário. De fato, naquele julgamento, o aresto assim ficou ementado:

“Constitucional. Apreensão de documentos bancários da Assessoria Postal Ltda. pela ECT. Monopólio Postal. Lei nº 6.538/78 e OSP nº 039/80. I – O recebimento, o transporte e a distribuição de avisos de vencimen-

tos bancários não se inclui no conceito de 'carta' contido na Lei nº 6.538/78, não se enquadrando, portanto, em qualquer das hipóteses acima, no monopólio postal da União (OSP nº 039/80). II – Remessa Oficial desprovida” (IOB 11/91).

A Colenda Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, contudo, ao ter em mesa para exame processo em que se discutia se a entrega domiciliar de avisos de lançamento e guias de recolhimento de impostos violentava o monopólio estatal, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, em votação unânime, assim decidiu:

“ADMINISTRATIVO – MONOPÓLIO POSTAL – NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – LEI Nº 6.538/78. Os carnês de notificação de lançamento tributário constituem carta. Por isto, sua distribuição integra monopólio da ECT (Lei nº 6.538/78 – arts. 9º e 47)” (Lex 44/133).

Voltando os olhos para o tema deste estudo, cabe lembrar que o Decreto nº 83.858, de 15.08.79, no art. 17, alínea “n”, exclui, peremptoriamente, do monopólio da União, “o transporte e a entrega de aviso de cobrança relativo ao consumo de água, de energia elétrica, ou de gás, quando realizados pelo concessionário do respectivo serviço público”. Tem-se, assim, que o documento entregue aos consumidores, com a leitura dos hidrômetros e os respectivos valores das contas de consumo de água, não está inserido no conceito de “carta”, preceituado no art. 47 da Lei nº 6.538/78.

Até porque Carta é, na definição colhida do Aurélio, *a comunicação manuscrita ou impressa e devidamente acondicionada, remetida a uma ou várias pessoas*. Mas essa comunicação diz respeito à *mensagem*, no sentido de *missiva*. Não deve ser considerado como tal, por exemplo, o aviso de vencimento, porquanto corresponde à cobrança, que é o exercício do direito de ação extrajudicial, não se confundindo com mensagem

(comunicação). Com o seu encaminhamento à outra parte, não se está fazendo comunicação, no sentido de informá-la a respeito de algo, mas propriamente cobrando o que lhe é devido.

É o que ocorre com a entrega das contas de consumo de água. A concessionária, nesse caso, não está se correspondendo, no sentido de epistolar com a outra pessoa, e sim cobrando aos consumidores a importância que lhe há de ser paga, pelo fato de o consumo de água, em determinado período, ter correspondido àquele valor constante no documento apresentado.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar recurso ordinário em *habeas corpus*, por meio de sua Quinta Turma, em votação unânime, fez a distinção entre carta e encomenda, no escopo de estabelecer que tutela do sigilo da correspondência, plasmada na Constituição, abrange apenas as missivas trocadas entre pessoas, daí por que não há ofensa à Carta Maior a determinação de apreensão na agência dos correios de brinde contendo em seu interior substância entorpecente. Pela clareza com que redigida, merece transcrição a ementa do acórdão, vazada nos seguintes termos:

“Penal. Processual. Tigre de pelúcia contendo cocaína. Apreensão de encomenda na agência dos correios antes de ser entregue ao destinatário. Ação penal. Prova ilícita. Quebra de sigilo de correspondência.

1. Correspondência, para os fins tutelados pela Constituição da República (art. 5º, VII) é toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal ou telegráfica. (Lei nº 6.538/78).

2. A apreensão pelo Juiz competente, na agência dos Correios, de encomenda, na verdade tigre de pelúcia com cocaína, não atenta contra a Constituição da República, art. 5º, VII. Para os fins dos valores tutelados, encomenda não é correspondência.

3. Recurso Ordinário conhecido

mas não provido.” (DJU de 2.4.01, p. 311)<sup>5</sup> BRASIL (2003a).

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça, no julgado em apreciação, absteve-se de esmiuçar o alcance da garantia constitucional do sigilo da correspondência, evitando enfrentar a discussão a respeito do seu caráter absoluto ou relativo. Resolveu a questão fazendo a distinção entre *encomenda e correspondência*, para, daí, concluir que a primeira modalidade de comunicação não está tutelada pela norma constitucional.

#### 4. O sigilo da correspondência no Direito estrangeiro

No exame do Direito comparado, verifica-se que o sigilo da correspondência sempre vem reconhecido como garantia fundamental dos cidadãos<sup>6</sup>. Na França, em um primeiro instante, a Assembléia Nacional, ainda em 1789, deparou-se com a discussão quanto à licitude da violação do segredo contido em carta, para fins de investigação de atos contra-revolucionários. Defendia-se a legitimidade do uso desse instrumento probatório, ao argumento de que os atos conspiratórios, praticados em uma situação de guerra como a que estava vivendo o povo francês, justificavam o uso de força mais cogente para coibir as condutas. No entanto, findou prevalecendo entendimento sedimentado em texto histórico de Cícero, que repudiava a utilização de cartas trocadas entre marido e mulher e amigos (ALMEIDA JÚNIOR, 1960, p. 65), de modo que a assembléia manteve o segredo das cartas<sup>7</sup>.

Agrega João Mendes de ALMEIDA JÚNIOR (1960, p. 66), com suporte em doutrina de Helie, que mais tarde a doutrina francesa fez distinção no sentido de que as cartas dirigidas ao indiciado – ou que emanam dele – podem ser apreendidas pelo juiz de instrução na repartição dos correios; as cartas dirigidas a terceiro e que não emanam do indiciado, essas não podem ser apreendidas. Desse modo, no sistema francês, o sigilo da correspon-

dência não é absoluto, podendo ocorrer, assim, a utilização da carta em processo criminal. Essa posição se mostra afinada com o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, feita pelo povo francês, constituída em Assembléia Nacional, no dia 26 de agosto de 1789, que expressamente admite o estabelecimento de limites aos direitos fundamentais, desde que previstos em lei. No Direito francês, não há manifestação normativa específica sobre os limites do sigilo da correspondência, mas a doutrina evoluiu para entender que é possível a revelação do segredo contido na missiva, desde que mediante ordem judicial.

O Direito alemão, que construiu a dogmática do princípio da proporcionalidade, contempla a inviolabilidade da correspondência e das comunicações postais, telegráficas e telefônicas, dando-lhes o mesmo tratamento; todavia, na primeira parte do nº 2 do art. 10, esclarece que “só podem ser ordenadas limitações com base numa lei”<sup>8</sup>. Especificamente em relação à proibição da produção de provas em respeito a garantias fundamentais registradas na Constituição Alemã, o Tribunal Constitucional daquele país tem sufragado o *princípio da ponderação de interesses*, que dá orientação hermenêutica no sentido de que “... há de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade” (ANDRADE, 1992, p. 28).

Em exame do *leading case*, julgado em 21 de fevereiro de 1964 pela Suprema Corte Constitucional Alemã, conhecido como *o caso do diário*, ANDRADE (p. 31) informa que o *princípio geral de ponderação* coloca em primeiro plano a efetivação da justiça penal, cuja realização justifica e legitima o sacrifício de direitos fundamentais, daí por que

“(...) à semelhança do que acontece para as escutas telefônicas, também para os demais meios de prova a Constituição oferece ao legislador ordiná-

rio um campo considerável de possibilidades de compressão dos direitos fundamentais para, à luz do princípio da ponderação, dar resposta adequada à ameaça da criminalidade mais grave”.

ALEXY (2001, p. 87), doutrinador alemão que é referência obrigatória no trato dos direitos fundamentais, elaborou consistente teoria sobre essa espécie de direitos e deduziu, com desenganada inteligência, as bases científicas para a solução da colisão entre eles. Certo de que a aplicação independente de duas regras fundamentais conduz o intérprete a resultados incompatíveis, [...] *es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios*, ensina o festejado jurista que, quando há o atrito entre dois princípios fundamentais, como no caso em que um encerra uma permissão e o outro uma proibição, o deslinde da questão não enseja a escolha de eficácia de um com a conseqüente conclusão de que o outro é inválido, como ocorre na colisão de normas jurídicas, mas sim que, diante das circunstâncias que permeiam o caso concreto, um deles tem de ceder diante do outro (ALEXY, p. 89). Com suporte na análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão em um caso no qual se discutia a colisão entre o direito à instrução do processo penal e o direito à integridade física do acusado, ALEXY (p. 91-92), em concordância com a decisão alvitada pela Corte, arremata:

“Tomados em sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de

la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”.

Embasado nessas considerações, ALEXY (p. 268) assevera, mais adiante, que os direitos fundamentais, ainda que tais, estão sujeitos a restrições, de modo que podem ser delimitados ou limitados, encontrando-se superada a doutrina defendida por Klein, segundo a qual, de acordo com a lógica pura, isso não seria possível. A esse respeito, ressalta ALEXY (p. 269) que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em casos de colisão de direitos fundamentais, adota a teoria da ponderação, concebendo a possibilidade de haver a restrição de princípios.

Consoante se vê na doutrina acima exposta e mesmo da mera leitura do art. 10, n<sup>o</sup> 2, primeira parte, da Constituição da Alemanha, no Direito germânico, a fim de facilitar a efetivação da justiça penal, que é alçada à categoria de bem jurídico de dignidade constitucional próprio do Estado de Direito, o legislador ordinário tem ampla liberdade de prever, para os crimes mais graves, a possibilidade de restrição das garantias fundamentais, entre elas o sigilo da correspondência e das comunicações postais.

Já a Constituição espanhola contém norma garantindo [...] *o segredo das comunicações, em especial das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas*”, mas, na parte final, concebe que a decisão judicial determine a quebra do sigilo<sup>9</sup>. Como se nota, a Constituição da Espanha vai mais além, na medida em que não remete à lei a especificação das hipóteses que excepcionam a garantia do sigilo, mas sim confere ao juiz a possibilidade de examinar, no caso concreto, se é

pertinente, ou não, dotar o Estado de força maior na investigação do caso que está sob apreciação.

NAVARRETE (1991, p. 19), ao analisar o tratamento dos direitos fundamentais no sistema jurídico espanhol, adverte que, em todos os ramos do Direito daquele país, há de ter-se presente duas etapas bastante distintas: uma antes e outra depois da criação do Tribunal Constitucional Espanhol, que veio a lume com a Constituição de 1978. A partir de então, o mencionado tribunal passou a exercer grande influência no panorama jurídico, promovendo, com as suas decisões de extremo rigor técnico e alto conteúdo jurídico, o reengajamento social e mesmo popular espanhol, desde que as suas posições são acompanhadas com intenso interesse pelos cidadãos, devido à adequação à realidade sociopolítica. O mesmo autor alinha que o Tribunal Supremo, na esteira do entendimento do Tribunal Constitucional, sufragou a tese de que

“cualquiera que sea la concepción que se acepte para la fundamentación de los derechos humanos básicos o fundamentales de las personas, del ciudadano, tales derechos ni en su alcance, ni en su jerarquía, ni en su limitabilidad, ostenta, en ninguna de las tablas constitucionales contemporáneas, parigual significación, por lo que resulta necesario en los supuestos de colisión establecer una gradación jerárquica entre los mismos” (ALEXY, 2001, p. 56).

Tal entendimento denota que a jurisprudência espanhola parte da premissa de que os direitos fundamentais, por mais importantes que sejam, são relativos, passíveis de limitações, especialmente quando ocorre a colisão entre eles, devendo-se, na solução do problema teórico e prático, ter em conta o conceito de *relação de precedência condicionada*, manifestada por Alexy, no desiderato de formular a solução do caso com suporte na chamada *lei de colisão*.

Na Itália, a Carta constitucional, ao tempo em que, na primeira parte do art. 15, diz que são invioláveis a liberdade e o segredo não só da correspondência, como também de qualquer meio de comunicação, na segunda, explicita que, uma vez observadas as garantias preceituadas em lei, a autoridade judiciária pode determinar a sua restrição<sup>10</sup>. A despeito de constar da norma constitucional que a limitação pode ocorrer por determinação da autoridade judiciária, o novo Código de Processo Penal italiano permite que o Ministério Público, em caso de urgência, execute a diligência sem a prévia intervenção do juiz, devendo este, em exame posterior, convalidar, ou não, a medida. Advertem BUONO e BENTIVOGLIO (1991, p. 143) que o Código de Processo Penal italiano de 1998 confere às comunicações por correspondência e telegráficas o mesmo tratamento, com a definição dos delitos que admitem a quebra do segredo. Tem-se, assim, que, na Itália, além de a garantia do sigilo da correspondência não ser absoluta, em casos excepcionais, pode ser quebrado sem a prévia autorização do Judiciário, sendo exercido o controle judicial apenas *a posteriori*.

A Constituição portuguesa de 1974, assim como os demais países analisados até agora, igualmente garante o sigilo das correspondências e das telecomunicações, “salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”<sup>11</sup> Sem embargo de cuidar do segredo das correspondências do mesmo modo como do sigilo das telecomunicações, o constituinte português teve a preocupação de dissipar dúvidas quanto à admissibilidade da imposição de limitações pelo legislador ordinário ao exercício das duas garantias. A despeito da literalidade do preceito constitucional português quanto à possibilidade de quebra do sigilo das correspondências, em compasso com lição haurida de CANOTILHO (1991, p. 615-616), os direitos fundamentais são relativos, e não absolutos, de modo que são conhecidos três tipos distintos de restrições, a saber:

“1. Limites constitucionais diretos ou imediatos = limites directamente estabelecidos pela própria constituição; 2. Limites estabelecidos por lei, mediante autorização expressa da constituição (reserva da lei restritiva); 3. Limites imanentes ou implícitos (= limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos e bens).”

Ancorado na doutrina de ALEXY (2001), CANOTILHO (1991) expõe que os direitos fundamentais são informados pela *cláusula da comunidade* ou dos *limites originários ou primitivos*, de modo que eles, ainda quando não haja previsão constitucional, longe de serem tidos como absolutos, sofrem *limites originários ou primitivos*, insitos a todos eles, que se justificam porque são (1) “*limites constituídos por direitos dos outros*”; (ii) *limites imanentes da ordem social*; (iii) *limites eticamente imanentes* para, daí, concluir que “haverá, pois, uma ‘cláusula da comunidade’ nos termos da qual os direitos das liberdades e garantias estariam sempre ‘limitados’, desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade.” O constitucionalista lusitano agrega que o exame da jurisprudência do Tribunal Constitucional português revela que, muito embora sem o *background* teórico formado sobre o assunto e sem uma uniforme retórica argumentativa, adotou-se a idéia dos *limites imanentes* dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 1991, p. 622).

Em suma, de todo o exposto, não resta dúvidas de que a doutrina e a jurisprudência da França, Alemanha, Espanha, Itália e Portugal não fazem distinção ontológica entre o sigilo da correspondência e o das comunicações telefônicas e que, em todos eles, é plenamente admissível a restrição do segredo das cartas. Merece registro, outrossim, que o entendimento sedimentado nesses países é o de que os direitos fundamentais, ainda que inspirados nos direitos naturais, não são absolutos, mas tão-somente

relativos, de modo que, mesmo quando não haja expressa previsão constitucional, nada impede que se imponha freios ao seu exercício, porquanto aplicável à cláusula dos *limites imanentes*.

Por fim, merece consideração que no projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, trabalho apresentado à comunidade científica em 30/31 de outubro de 2000, na cidade de Santiago do Chile, com a participação de vários pesquisadores latino-americanos e europeus (AMBOS; CHOUKR, 2001, p. 11), o art. 165, há a previsão expressa da interceptação e do seqüestro<sup>12</sup> da correspondência, admitindo-se, até mesmo, que, em casos de perigo pela demora, o Ministério Público e a polícia<sup>13</sup> possam fazer a interceptação sem a prévia autorização judicial, muito embora depois devam levar ao crivo deste, que avaliará a legalidade da medida tomada.<sup>14</sup>

##### 5. Assertivas que infirmam o caráter absoluto do sigilo da correspondência

Tal como redigido, o preceito da Constituição de 1988 que assegura a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telefônicas, a um primeiro exame, parece que o constituinte brasileiro se despartou dos paradigmas do Direito Comparado, com a intensão deliberada de conferir ao tema um abordagem singular, na medida em que teria erigido o sigilo da correspondência à categoria de direito fundamental absoluto, uma vez que somente excepciona a proteção à inviolabilidade do meio de comunicação quando se trata da hipótese de contato telefônico.

Se essa for a inteligência firmada sobre o assunto, implica conceber um regramento no ordenamento jurídico brasileiro peculiar, que rompe com a nossa tradição constitucional<sup>15</sup> e, como restou acentuado, com o disciplinamento jurídico previsto nas Constituições da França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, justamente os países que inspiraram decisivamente a elaboração de

nossa Carta vigente<sup>16</sup>. Todavia, não parece que assim seja, na medida em que três assertivas de caráter lógico infirmam posição nesse sentido, de modo que não é razoável sustentar-se a inviolabilidade, em caráter absoluto, do segredo da correspondência. Essas assertivas se escoram no entendimento de que *as garantias constitucionais são limitações ao direito de punir do Estado, que os direitos fundamentais são heterogêneos e se autolimitam* e que a *interpretação do alcance de um princípio deve ter em conta todo o sistema jurídico*, não sendo suficiente a explicação embasada apenas em sua expressão literal. Para melhor dissecá-las, é de boa ordem tratá-las em separado, como será feito a seguir.

### 5.1. *Garantias constitucionais como limitações ao direito de punir do Estado*

O exame da história dos povos, contemplando a transformação da sociedade primitiva em Estado, mostra que o homem, a despeito da percepção da necessidade de formalização do poder político, sempre se preocupou em estabelecer limites ao exercício do mandato por parte do governante, utilizando como um dos instrumentos mais importantes a declaração dos direitos fundamentais inerentes à própria condição humana, que subsistem independentemente da vontade dos governantes. Esses direitos fundamentais, porquanto indispensáveis para o ser humano, que ocuparam as preocupações mais profundas dos grandes filósofos, desde o início, foram postos como garantias delimitadoras dos poderes do Estado.

Os direitos naturais, normatizados nas Constituições, passaram à categoria de direitos fundamentais<sup>17</sup>, também denominados garantias constitucionais. Essas garantias nas searas dos Direitos Penal e Processual Penal, conservando a razão de sua origem, apresentam-se como limitações ao exercício do direito de punir, no que diz respeito não só à aplicação da sanção penal, como também à própria investigação criminal. O

Estado, nada obstante detenha o direito legítimo de encetar a persecução criminal, tem essa missão tutelada pelas normas constitucionais de ordem criminal, impondo a irrestrita obediência ao princípio da legalidade, tendo em mira preservar o direito de liberdade, na sua mais ampla acepção.

Por mais repugnante e hediondo que seja o comportamento daquele que violou a norma penal, ainda assim, na persecução quanto à aplicação da pena, só poderá o Estado agir dentro dos parâmetros gizados desde a Lei Fundamental. Os contornos da atuação do Estado no sentido de buscar a responsabilidade criminal estão plasmados nas garantias constitucionais e perfazem o que se convencionou chamar de *devido processo legal*. Sem a observância dessas regras, a atuação jurisdicional se dá fora do perfil do Estado Democrático de Direito.

A garantia constitucional tem o seu comando voltado no sentido de expandir a garantia do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada e, até mesmo, da honra e da imagem, quanto à violação a que esses bens jurídicos estão sujeitos, não só por parte dos órgãos públicos, como também pelas pessoas físicas e jurídicas de Direito Privado. Em primeira nota, a norma seria destinada, tão-somente, àqueles que pautam o seu agir de conformidade com as normas jurídicas postas perante o grupo social, não socorrendo aqueles que agem de forma errante, trazendo prejuízos à coletividade. Contudo, as garantias constitucionais expostas pelo constituinte têm incidência, via de regra, no campo penal, como é o caso do sigilo das correspondências, ainda mais pelo fato de ter-se deixado expresso, mais adiante, no inciso L do art. 5º, que “são inadmissíveis, no processo, as provas ilícitas”. A premissa é que a defesa do agente é a mais ampla possível, mas o Estado tem de conformar o seu agir dentro daquilo que for previsto pela norma, daí por que não poderá levar em consideração uma prova obtida de

forma ilícita, a fim de condenar quem quer que seja, seja qual for o crime.

Uma vez concebido o sigilo da correspondência como uma garantia do cidadão contra o Estado na sua persecução criminal, tem-se que não é defesa a edição de norma jurídica que venha a regulamentar a quebra do sigilo da correspondência, no sentido de viabilizar a sua utilização como meio de defesa a quem responde a processo criminal. Isso porque, se a garantia da inviolabilidade do sigilo da correspondência, na sede criminal, é encarada como uma limitação do direito de punir, não haveria contradição com a norma constitucional permitir essa violação, desde que o seja para possibilitar ao acusado o direito de contestar a pretensão punitiva contra ele exercida. Essa constatação é suficiente para fazer ruir a tese de que o sigilo da correspondência se manifesta inquebrantável, com caráter absoluto, como se não fosse possível, em nenhuma hipótese, a sua restrição ou limitação<sup>18</sup>.

Outra ótica que se desdobre da premissa de que as garantias constitucionais penais traduzem comandos relativos à limitação do direito de punir do Estado é que o agente do Estado ou a quem atribuída a função de coibir a prática de crime pode, nada obstante as normas constitucionais, independentemente de autorização judicial, no exercício do poder de polícia, agir a fim de embargar conduta ilícita. Veja-se que a Constituição, a par de assegurar a inviolabilidade do domicílio, permite, expressamente, que o agente do Estado, desde que esteja ocorrendo um crime em seu interior, quebre essa garantia constitucional, independentemente de autorização judicial. Do mesmo modo, a norma fundamental assegura o direito de liberdade, mas possibilita que o agente do Estado ou quem suas vezes fizer restrinja essa garantia, quando o autor do ilícito for surpreendido em flagrante delito.

Pode-se dizer, é verdade, que, nessas hipóteses mencionadas supra, o constituinte, expressamente, previu as circunstâncias em

que a garantia constitucional-penal poderia ser violada pelo agente do Estado, independentemente de autorização judicial, de modo que, como em relação ao sigilo da correspondência o legislador não fez nenhuma ressalva, não seria correto estender a ilação para abarcar também essa hipótese. Mas, ainda assim, vamos raciocinar. A Constituição da República, quando assegura o direito à vida, não diz, em tempo nenhum, que o Estado ou quem agir em seu nome pode legitimamente matar quem quer que seja. O direito à vida, nos termos da Constituição, seria absoluto, até porque não se encontra, em nenhum dos seus artigos, nenhum comando normativo que autorize matar alguém.

O direito à vida, portanto, estaria protegido, em qualquer circunstância. Não é assim, porém. Devemos partir do princípio. A norma ou normas que protegem o direito à vida na seara criminal expressam limitação do direito de punir, e não à atuação do Estado no sentido de manter a ordem, quando do exercício do poder de polícia, pois, para o fim de coibir a prática de atos ilícitos, se for necessário, ainda que vedada a pena de morte, pode ser tirada a vida de um pessoa, sem que isso represente afronta ao direito à vida, nem acarrete responsabilidade penal ou mesmo civil.

O que o Estado não pode é aplicar a pena de morte ou, então, para investigar um crime, torturar o agente até a morte, no desígnio de fazê-lo confessar e, assim, descobrir a verdade. Agora, se um agente está praticando um crime, ainda que não o tenha consumado, se preciso for, o agente do Estado pode, independentemente de autorização judicial, sendo necessário, usar da violência para expungir o ato ilícito, coartando o direito de liberdade, ou mesmo, ainda que a Constituição não apresente ressalva, tirando a vida do indivíduo.

Esse direito do Estado, de até mesmo retirar a vida de quem está praticando crime, sem que essa forma de agir seja ilícita, está implicitamente regulado na Constituição e,

expressamente, no Código Penal, ao incluir, entre as causas de justificação, o *estrito cumprimento de dever legal*. Daí por que, nada obstante o constituinte assegure o sigilo da correspondência sem apresentar qualquer ressalva, é possível que o agente do Estado, para sustar a conduta criminosa, quebre essa garantia, independentemente, até, de autorização judicial, desde que as circunstâncias assim imponham que se proceda.

FERNANDES (1994, p. 72), malgrado tenha como suporte o princípio da proporcionalidade, lembrando que, em determinados casos, para garantir o direito à própria vida, há necessidade de ser violado o sigilo da correspondência, lança a seguinte assertiva: “Imagine-se que alguns presos, através de troca de correspondência, preparam a fuga, na qual será sequestrada e morta uma autoridade. Estranho que não se permita a violação dessa correspondência se há notícia do plano, com o intuito de abortá-la.” Nesse caso, entende o autor citado que o valor maior, a vida, há de ser preservado, afirmação com a qual não se há de tergiversar<sup>19</sup>.

Imagine-se a situação da carta-bomba. Diante da garantia do sigilo absoluto, sem possibilidade de restrições, ela não poderia ser interceptada? Só poderia ser interceptada caso o destinatário consentisse? E se o destinatário fosse um suicida? Vale lembrar os acontecimentos posteriores ao 11 de setembro de 2001, com as cartas enviadas para americanos, contendo a substância química letal identificada como “antraz”. Consoante noticiário jornalístico, nos Estados Unidos, em muitos casos, ante meras suspeitas, cartas foram interceptadas e abertas, no escopo de evitar males que viessem atingir não apenas o próprio destinatário, mas também a terceiros.

Em síntese, ainda que se entenda que o sigilo da correspondência é absoluto, mesmo assim, esse comando normativo teria seu raio de alcance restrito à inadmissibilidade da quebra do segredo da missiva, no intuito de não permitir que o seu conteúdo seja va-

lorado como instrumento probatório, nunca, porém, como óbice para que, no legítimo exercício do poder de polícia, o Estado ou mesmo qualquer do povo intercepte ou obstrua uma correspondência utilizada como o próprio instrumento do crime, como no caso imaginado da carta-bomba.

## 5.2. *Os direitos fundamentais são heterogêneos e se autolimitam*

Enquanto reminiscência da discussão em torno da existência de um direito natural e que subsistisse em virtude da própria natureza do ser humano, indispensável à satisfação das necessidades humanas, BOBBIO (1992, p. 20), em *a Era dos Direitos*, com lucidez, enfrenta a temática, desenvolvendo o seu pensamento sobre o assunto, partindo da premissa de que não há direito absoluto. A seu sentir, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são realidades históricas, surgidos em razão de determinadas condições de vida, sendo, portanto, apenas relativos, não resultando, como defendiam os jusnaturalistas, da própria natureza do homem. Em sua concepção, os direitos fundamentais do homem podem ser definidos por naturais tão-somente sob a ótica de assim considerados porque cabem ao homem pela sua própria condição de ser, não dependendo da vontade do soberano<sup>20</sup>.

Os direitos não são absolutos, até porque eles não nascem de uma só vez, pois resultam da luta pela melhor qualidade de vida, sendo gerados quando devem, ou mesmo podem nascer, sendo passíveis de modificações com o tempo, em compasso com a evolução das necessidades crescentes do ser humano. De acordo com o pensamento de Kant, mencionado por BOBBIO (1992), o único direito irresistível seria a liberdade, enquanto direito inerente ao ser humano, tais como o direito de comer, beber, casar, namorar, trabalhar, etc., porquanto os direitos do homem, considerados como categorias ínsitas à condição humana, seriam aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer,

aos homens, indispensáveis ao aperfeiçoamento da pessoa humana ou para o desenvolvimento da civilização. De qualquer forma, reconhecia Kant que a extensão do direito de liberdade de uma pessoa tem os seus limites determinados pela necessidade de obediência ao direito de liberdade dos demais indivíduos.

De qualquer forma, na visão de BOBBIO (1992), manifesta-se extremamente complexo definir os direitos do homem, uma vez que o alcance do enunciado fica à mercê dos valores cultivados pelo intérprete. Ademais, e aqui penso que a idéia de Bobbio atinge o âmago da questão, os direitos fundamentais, caso entendidos como absolutos, não poderiam ser cumpridos de forma global, a um só tempo, porque, a fim de que fossem observados num mesmo instante, seria necessária a conciliação, que os direitos interagissem de forma sistêmica, para que um não anulasse o outro.

Ainda assim, como os direitos do homem são históricos, eles pertencem a uma classe variável, que se cria no tempo, modifica-se com ele e continua a modificar-se com a alteração das condições históricas, com base nos interesses e necessidades das classes no poder, no surgimento ou desaparecimento dos meios indispensáveis à realização dos direitos e, sobretudo, nas inovações de ordem tecnológica, o que nos leva a supor que, no futuro, poderão surgir direitos inimagináveis atualmente. Por isso mesmo, alguns bens fundamentais mereçam valores universais, muito do que se apresenta como direito fundamental para uma determinada era histórica e numa certa civilização não o é em relação a outras épocas e em outras culturas ou mesmo às vezes não tem conteúdo idêntico.

Atento para essas peculiaridades, malgrado reconheça que há alguns direitos que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente, como o caso do direito de não ser escravo ou de não ser torturado, adverte BOBBIO (1992, p. 18) que os direitos são heterogêneos e, muitas das ve-

zes, incompatíveis entre si, daí por que direitos que possuem fundamentos tão diversos devem ser limitados, quando sopesados entre si, no desiderato de que todos sejam observados, perfazendo um sistema harmônico.

Por fim, realça o filósofo italiano que, além de notar-se em muitos casos o contraste entre o direito fundamental de uma categoria e de outra, deve-se verificar que, as mais das vezes, exsurge antinomia entre direitos invocados pelas mesmas pessoas, acrescentando que, paradoxalmente, à medida que os poderes dos indivíduos aumentam, mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos, visto que “os direitos fundamentais garantidores da liberdade consistem em poderes, exigindo dos outros (incluídos os poderes públicos) obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de determinados comportamentos, ou então obrigações positivas” (BOBBIO, p. 21-22).

Tem-se, assim, que, para fins de preservação da dignidade humana, há a necessidade de serem previstos direitos fundamentais, muitos deles guardando certa antinomia. Dessa forma, não há um direito fundamental absoluto, mas direitos fundamentais relativos, tidos, historicamente, diante de certas circunstâncias, como imprescindíveis para o desenvolvimento da pessoa humana e da civilização. Voltando ao tema central deste escrito, não se pode perder de vista existir, ao lado do direito ao sigilo das correspondências, que procura tornar efetiva a proteção à intimidade, à vida privada, e até à imagem e à honra, o direito de defesa geral dos cidadãos contra a utilização dessa garantia como forma de perpetrar os crimes mais variados, até mesmo tendo como resultado a morte.

No meu entender, o Código Penal, ao estabelecer que, ao agir em estrito cumprimento de dever legal, o agente do Estado não pratica nenhum crime, está a permitir, por linhas transversas, que, sendo o caso, desde que necessário para o cumprimento

do dever de polícia quanto ao desempenho da segurança pública, restrinja-se o sigilo da correspondência. Ora, ainda que, à primeira vista, essa posição pareça despropositada, ela se torna razoável, na medida em que imaginarmos a possibilidade de o agente do Estado, no estrito cumprimento de dever legal, agredir fisicamente o agente do ilícito, até mesmo lhe ocasionando a morte, em afronta ao bem jurídico maior de todo e qualquer ordenamento jurídico, que é a vida, mas não possa, também para evitar, impedir a consumação ou fazer com que a atividade criminosa cesse, interceptar a correspondência, ainda que sem autorização judicial. Se alguém está prestes a matar outrem, utilizando-se de um revólver, o agente do Estado pode intervir e, no estrito cumprimento de dever legal, prendê-lo, violando o seu direito de liberdade ou, até mesmo, se for o caso, matá-lo para evitar que o crime ocorra. Nesse caso, a ação não só é legítima como também é legal, ainda que se arranhe o direito de liberdade ou o próprio direito à vida do agressor. Porém, se o agente do crime, astutamente, enviar uma carta-bomba a outrem, não poderia o agente do Estado intervir, porque essa atitude violaria o direito ao sigilo? Não seria razoável que assim se entendesse.

Se até o direito à vida, como vimos, não é absoluto, não só porque a constituição ressalva, expressamente, a possibilidade da pena de morte, em caso de guerra declarada, como também porque no exercício do poder de polícia, em casos extremos, o agente do Estado pode legitimamente ceifar a vida do autor do ilícito, não se mostra coerente sustentar que o sigilo da correspondência o seja. Ademais, essa garantia, igualmente, não tem apenas limitações implícitas, mas também pelo menos uma expressa. É quando na Constituição deixa plasmado, no art. 136, § 1º, que, durante o estado de defesa, o decreto que o instituir deverá determinar o tempo de sua duração, além de especificar as garantias constitucionais restringidas, entre elas o sigilo da correspondência.

BARROS (2000, p. 160), forte na doutrina de Canotilho, não põe dúvidas quanto à existência de limites ou restrições para os direitos fundamentais, que podem estar expressos diretamente pela Constituição, indiretamente pela lei e implícitos, uma vez que imanescentes devido à coexistência de princípios opostos. Pondera a autora que os limites imanescentes se justificam na medida em que as normas de direitos fundamentais influem na relação mantida entre os próprios cidadãos, titulares de garantias que merecem igual proteção, e, não raro, essa colisão se destaca entre *direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, como a saúde pública, segurança pública, defesa nacional* (BARROS, p. 169).

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, emitiu pronunciamento sufragando a tese de que não há, no nosso sistema jurídico, garantia constitucional absoluta, apresentando-se, todas elas, apenas de forma relativa, daí por que é válido afirmar que, como regra de princípio, os direitos fundamentais possuem limites, quando não expressos, que lhes são imanescentes. Com efeito, ao deferir medida liminar no Mandado de Segurança nº 23.669-DF, o Ministro Celso de Mello<sup>21</sup>, ao longo da decisão, afirmou:

“Na realidade, como já decidiui esta Suprema Corte, não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello).

Com essas considerações, não se tem dúvidas de que o art. 233 do Código de Processo Penal que, *a contrario sensu*, admite

como prova as cartas interceptadas ou obtidas sem o consentimento do emitente ou do destinatário, desde que não tenha sido utilizado meio ilícito, continua em plena vigência, diante de sua compatibilidade com a Constituição de 1988, da mesma forma como se afinava com as Cartas de 1937, 1946 e 1967. Como desenvolvimento do mesmo raciocínio, também se chega à conclusão de que o art. 240, § 1º, letra *f*, do Ordenamento Processual Penal é plenamente compatível com os ditames da Constituição, de modo que a medida cautelar de busca e apreensão, determinada de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, em decisão fundamentada do juiz, constitui-se no instrumento hábil para se colher a correspondência para fins de que ela instrua o processo na qualidade de prova.

### 5.3. Interpretação sistêmica

Nenhuma regra jurídica existe isoladamente, pois o direito, antes de tudo, é sistema, devendo os preceitos constitucionais ser interpretados conforme os princípios da civilização. O legislador, ainda que se trate do constituinte, não detém o dom de prever todas as circunstâncias da vida que recomendam a solução alvitrada pela norma jurídica. A visão do legislador, logicamente, é preconcebida dentro daquelas circunstâncias vislumbradas, daí por que, as mais das vezes, o alcance da norma, para determinados casos, em razão da peculiaridade da situação, é restringido ou alargado. O que se quer dizer é que o verdadeiro alcance de uma norma não está de pronto revelado com o seu enunciado, mas sim quando se examina a extensão com que ela deve ser interpretada, dentro de um determinado contexto fático.

Cabe ao exegeta, portanto, enxergar o direito enquanto sistema organizado, fazendo as distinções necessárias para adequar a norma aos seus verdadeiros fins, de modo que se, diante das circunstâncias, são feitas as distinções desacertadamente, com a con-

seqüente valoração inadequada, o erro é do operador jurídico, e não da norma em si. Até porque o direito é instrumento de vida, forma de pacificação social, que ordena o desenvolvimento e as realizações das necessidades humanas dentro dos valores colimados pelo grupo social, de modo que nunca conduz ao absurdo, a não ser que o operador jurídico trilhe o caminho errado.

Muito embora a dicção normativa encartada na Constituição da República, no inciso XII do art. 5º, deixe consignado que 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* e, em sua leitura isolada, leve a crer que o constituinte ressalvou a possibilidade de quebra, ainda que mediante autorização judicial, apenas das comunicações telefônicas, por motivos óbvios, essa não é a forma mais adequada de se procurar enxergar o alcance da cláusula em destaque.

A primeira interpretação que ressaí da norma, e é a mais fácil de ser vista, leva a crer que o constituinte deixou expresso que seria “inviolável o sigilo da correspondência”. Se ele quisesse restringir, assim como o fez em relação às comunicações telefônicas, o direito ao sigilo quanto à correspondência, às comunicações telegráficas e aos dados, não teria utilizado a expressão “salvo no último caso”. Porém, interpretações outras, mais consentâneas com a realidade, emergem do enunciado *sub studio*. Até porque, na seara do direito, a norma jurídica, sempre e sempre, admite, no mínimo, duas inteligências diametralmente opostas. É nesse contexto hermenêutico que se pode defender a idéia de que o dispositivo encerra dois comandos: o primeiro se refere ao sigilo em si das fontes que enuncia e o segundo relaciona-se à comunicação desses elementos informativos de prova que, nessa linha, poderia ser interceptada, pois quando o constituinte disse *salvo, no último caso [...]* es-

taria se referindo a qualquer hipótese de comunicação, e não apenas àquela veiculada pela via telefônica.

Aliás, parece que o Legislativo assim está a entender que a expressão *salvo, no último caso [...]* está se referindo a qualquer um dos casos de comunicação, a partir do instante em que editou norma, contida no art. 6º, VIII, alínea “a”, da Lei Complementar nº 75, de 20 de março de 1993, expondo competir ao Ministério Público da União representar ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual [...], preceito aplicável também ao Ministério Público dos Estados, por força do art. 80 da Lei 8.625, de 12.02.93. Em exame sistemático, a interpretação emprestada quando da feitura da Lei Complementar nº 75, de 1993, é a que melhor se compatibiliza à lógica, desde que não haja justificativa para que se permita, apenas, a quebra do sigilo por meio das comunicações telefônicas, afastando toda e qualquer forma de ingerência nas demais modalidades. Isso porque não há distinção ontológica entre uma forma e outra de comunicação. Veja-se que aqui se mostrou que, na história do nosso Direito Constitucional, o sigilo da correspondência permaneceu sendo assegurado desde a Carta Imperial de 1824, mas sempre se entendeu que ele era de caráter relativo e nunca tinha havido nenhum tratamento diferente em relação a essas formas de comunicação (cf. tópico 2). Por outro lado, na apreciação da doutrina e da jurisprudência de países cujas Constituições serviram de paradigma para a elaboração da nossa de 1988 – França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal –, em todos eles o sigilo da correspondência é tido como relativo e ele recebe o mesmo tratamento que é dispensado para a comunicação telefônica (cf. tópico 4).

A única diferença que se poderia fazer entre a comunicação por correspondência e aquela por meio de telefone seria que a primeira se faz por meio da escrita, enquanto a

segunda por meio da fala. Porém, a escrita é a mera reprodução, em símbolos, da fala, ou seja, é uma representação da fala. Se a fala, que é representada pela escrita, pode ser interceptada, por que não a escrita, que é apenas a sua imagem? A escrita, à semelhança da fala, é forma de expressão da língua, não havendo distinção ontológica entre uma e outra, a justificar tratamento diferenciado no que respeita à proteção mediante a preservação do sigilo.

Ademais, o telefone, hoje, com o avanço da tecnologia, também possibilita o contato por meio da escrita. É o que ocorre com o fac-símile. Qual a diferença entre a correspondência postal e aquela feita por fac-símile, que justifique a distinção quanto à possibilidade de quebra de apenas uma delas? Sem falar no correio eletrônico que, em consonância com a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, pode ter o seu sigilo quebrado, meio de comunicação que em nada difere da carta, senão quanto ao instrumento que veicula a transmissão da mensagem escrita<sup>22</sup>. É por isso que a interpretação literal é odiosa, para não dizer que ela, sozinha, não se presta para determinar o alcance do preceito, especialmente quando se trata de um princípio cujo enunciado, pela sua própria natureza generalizante, compreende conceito polissêmico de complexa compreensão. Não parece razoável querer expressar o conteúdo de um princípio com suporte somente na interpretação literal de sua expressão normativa.

De qualquer forma, a despeito da Lei Complementar nº 75/93, ainda há a Lei de Execução Penal que, no art. 41, parágrafo único, diz que o direito do preso à correspondência pode ser suspenso ou restringido, mediante ato motivado do diretor do estabelecimento penal. Para quem defende que o sigilo da correspondência é absoluto, nem mesmo a correspondência dos detentos pode vir a ser interceptada, o que conduziria ao absurdo de permitir que o encarcerado, de dentro do estabelecimento prisional, continuasse a comandar o crime, protegido

pelo sigilo. Sob enfoque de outro ângulo, seria possível coibir que o detento, por meio das comunicações telefônicas, desse continuidade a sua participação na prática de ilícitos, mas nada pudesse fazer quando o meio utilizado fosse a correspondência.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, mantendo coerência com a sua concepção de que os direitos fundamentais são relativos, chamado a dirimir controvérsia na qual se discutia a constitucionalidade do art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210, de 1984 – Lei de Execução Penal –, que permite à administração penitenciária, por medida de segurança do estabelecimento, mesmo sem autorização judicial, a interceptação da correspondência dos presos, assim se posicionou:

“[...] A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (BRASIL, 2003d).

É interessante observar que, no caso da norma jurídica em estudo, permite-se que a interceptação seja feita independentemente de autorização judicial, porém, mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, diante das peculiaridades da relação entre o administrador penitenciário e os detentos, tem como justificada a restrição nela imposta ao sigilo da correspondência.

Outra interpretação razoável do art. 5º, XII, da Constituição de 1988 poderia sobressair da análise dos vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, nos quais a Suprema Corte delimitou as hipóteses em que as comissões parlamentares de inquérito, detentoras de poderes investigatórios

próprios das autoridades judiciárias, podem determinar a quebra de garantia constitucional, ou seja, independentemente de ordem emanada de juiz. Na discussão sobre o alcance *dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais* que são outorgados pela Constituição às comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º), o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas vezes, sufragou a tese de que, quando a Constituição estabelece a garantia, mas expressamente diz que ela pode ser restringida mediante ordem, autorização ou decisão judicial<sup>23</sup>, somente a autoridade judiciária, o juiz, no exercício da atividade tipicamente judicante, pode determinar a sua quebra, como ocorre nos casos de prisão cautelar e de inviolabilidade do domicílio. É o que se chama *reserva de jurisdição*.

De outro lado, quando o direito fundamental está previsto, mas não há nenhum tipo de ressalva, antes de isso querer dizer que ele não tem limite, em verdade, não apenas o juiz pode determinar a quebra da garantia, como até mesmo a comissão parlamentar de inquérito. Por isso mesmo, a comissão parlamentar de inquérito não pode determinar a invasão domiciliar, a prisão cautelar nem a interceptação de comunicação telefônica, porquanto as normas que garantem esses bens jurídicos contêm cláusula de *reserva de jurisdição*. Mas a comissão parlamentar de inquérito pode, por exemplo, quebrar os sigilos fiscal e bancário e o sigilo do rastreamento dos contatos telefônicos, pois a preservação desses dados encontra-se lasmada no art. 5º, X, da Constituição, que não contém cláusula de *reserva de jurisdição*<sup>24</sup>.

Seguindo essa linha de pensamento, se se entender que a ressalva “... salvo no último caso”, estampada no art. 5º, XII, da Constituição, aplica-se apenas às comunicações telefônicas, implica reconhecer que a cláusula de *reserva de jurisdição* quanto à garantia ali prevista se circunscreve a essa forma de contato, daí sendo lícito deduzir que o sigilo da correspondência pode ser quebra-

do não só por ordem judicial, mas também por decisão de comissão parlamentar de inquérito.

## 6. Conclusão

O Direito brasileiro, desde sempre, deu guarida ao sigilo da correspondência, tratamento normativo que principiou ainda na Constituição Imperial de 1824 e permaneceu incólume em todas as Cartas do período republicano. Também mereceu atenção do Código Criminal do Império e do atual Código de Processo Penal, sempre sendo tratado, em sede constitucional e infraconstitucional, como direito fundamental limitado.

O exame do Direito comparado evidenciado no das Constituições, da doutrina e da jurisprudência de países como França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, fontes que guiaram os passos dos constituintes de 1998, mostra que nele se confere tratamento idêntico para os sigilos da correspondência e das comunicações telefônicas, com imposição de limites quanto ao exercício das duas garantias, na medida em que admitem a interceptação e a utilização de seus conteúdos como elemento de prova em processo criminal.

Os direitos fundamentais, na seara criminal, apresentam-se como limitações constitucionais quanto ao direito de punir do Estado, compreendendo-se, nessa assertiva, as espécies de penas e a forma de exercício da pretensão punitiva, com inclusão da investigação policial, daí por que, ainda que fosse o caso de se entender que a garantia do sigilo da correspondência se manifesta com caráter absoluto, ter-se-ia de considerar que ela não alcança o momento em que o Estado, no exercício do poder de polícia, deve agir para manter a ordem pública. Desse modo, ainda que fosse absoluto o sigilo da correspondência, seria permitido que o agente do Estado ou quem suas vezes fizer, com base no art. 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal, no estrito cumpri-

mento de dever legal, quebrassem o sigilo da correspondência, a fim de sustar a prática de ilícito criminal.

O sigilo da correspondência não é absoluto, uma vez que os direitos fundamentais, diante da sua heterogeneidade, que faz com que eles mesmos entrem em colisão, autolimitam-se. Sem embargo desse aspecto, há limitação expressa na Constituição quanto ao sigilo da correspondência, na medida em que se admite a restrição dessa garantia quando da decretação do estado de defesa.

A interpretação mais razoável do dispositivo do inciso XII do art. 5º da Lei Maior é de que a expressão “salvo no último caso” diz respeito aos casos de comunicação em si, e não apenas às comunicações por meio de contato telefônico, até porque não há razão, de natureza ontológica, para proteger absolutamente todas as outras espécies de comunicação, pondo-se ressalva, apenas, àquela que é feita pela via telefônica.

Os dispositivos encartados na Lei Complementar nº 75/93, na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal que limitam o sigilo da correspondência são constitucionais, de modo que o procedimento para se interceptar a correspondência é aquele que rege a busca e apreensão criminal.

## Notas

<sup>1</sup> MIRANDA (2002, p. 71 et seq.). Nesse estudo, Jorge MIRANDA insere o sistema constitucional brasileiro na família que tem como paradigma o modelo português. De todo modo, o autor, em bosquejo histórico do constitucionalismo brasileiro, mostra que, em alguns momentos, as Cartas Constitucionais do Brasil exerceram influência nas Constituições portuguesas. Em reforço a essa tese, demonstra que as Constituições de Portugal de 1826 e de 1911 foram orientadas, respectivamente, pelas Constituições do Brasil de 1824 e de 1891. Mais adiante, acrescenta que as constituições brasileiras de 1937, 1946, 1967 e 1988 se inspiraram fortemente nas Constituições portuguesas, principalmente a que se encontra em vigor (MIRANDA, p. 144-145).

<sup>2</sup> O dispositivo em foco ainda continha uma segunda parte, assim redigida: “A administração

do correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste artigo.”

<sup>3</sup> O teor da ementa é o seguinte: “Inviolabilidade da correspondência. Está sujeita a exame pelos agentes fiscais a correspondência comercial. O interesse público sobrepõe-se ao interesse privado. Não há direito líquido e certo para a recusa à fiscalização dos papéis constantes de arquivo comercial. Recurso de mandado de segurança não provido”. (BRASIL, 2003b)

<sup>4</sup> “Monopólio postal. Abrange as comunicações de negócio, de débito pela prestação de serviços, de vencimentos de obrigações, de posição de saldo bancário, enfim, de tudo que, do ponto de vista legal, é considerado carta, *v.g.*, objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário (Lei 6.538, de 1978, art. 47). Embargos Infringentes rejeitados, sem o conhecimento da questão superveniente de saber se o monopólio postal subsiste em face da Constituição Federal de 1988” (IOB, 20/91).

<sup>5</sup> O relator do acórdão foi o Ministro Edson Vidigal.

<sup>6</sup> A expressão aqui está empregada em sentido amplo, no escopo de abranger todas as pessoas que devem ser tratadas com dignidade.

<sup>7</sup> João Mendes de ALMEIDA JUNIOR (1960) relata que Camus se opôs à admissibilidade da utilização como prova das cartas particulares por considerar “... uma carta fechada como uma propriedade, e não se pode, sem atacar abertamente os mais sagrados direitos, romper os segredos das cartas”. Cita ainda o referido autor que Mirabeau, indignado, exclamou: “Que é isto?! Um povo que quer tornar-se livre, emprestando as máximas e os processos da tirania?! (...) É sem utilidade alguma que seriam violados os segredos das famílias, o comércio dos ausentes, as confidências de amizade, a confiança entre os homens. Dir-se-ia de nós na Europa: em França sob pretexto de segurança pública, são privados os cidadãos de todo o direito de propriedade sobre as cartas que são as produções do coração e o tesouro da confiança.”

<sup>8</sup> Art. 10 - “1. O sigilo da correspondência e das comunicações postais, telegráficas e telefônicas é inviolável.

2. Só podem ser ordenadas limitações com base numa lei. Se a limitação tiver por finalidade proteger a ordem constitucional liberal e democrática ou a existência e a segurança da Federação ou de um Estado, a lei poderá determinar que a limitação não seja levada ao conhecimento do indivíduo afetado e que, em vez de seguir a via judicial, o controle seja efetuado por órgãos principais e auxiliares designados pela representação do povo.”

<sup>9</sup> Art. 18, 3: “É garantido o segredo das comunicações, em especial das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas, salvo decisão judicial em contrário.”

<sup>10</sup> A norma está assim redigida: “A liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis.

Sua limitação pode ocorrer somente por determinação da autoridade judiciária, mantidas as garantias estabelecidas pela Lei.”

<sup>11</sup> Art. 34, nº 4: “É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”

<sup>12</sup> No Código de Processo Penal brasileiro, o instituto que confere lastro à apreensão da carta é a busca e apreensão.

<sup>13</sup> Conferir esse poder de interceptação e seqüestro ao Ministério Público e à polícia, independentemente de autorização judicial, mesmo que reservado à hipótese de perigo pela demora, dá margem muito grande à prática de abusos. Nesse aspecto, a proposta merece crítica.

<sup>14</sup> A norma proposta tem a seguinte redação: “Art. 165. Seqüestro de correspondência. Quando for de utilidade para a averiguação poder-se-á ordenar a interceptação e o seqüestro da correspondência postal, telegráfica ou teletipográfica e os envios dirigidos ao imputado ou por ele remetidos. A ordem será expedida pelo juiz de instrução... O Ministério Público e a polícia poderão expedir a ordem em caso de perigo pela demora. Porém, deverão proceder segundo o art. 162 e a correspondência ou ‘envio’ não lhes será entregue, mas ao tribunal competente. Se dentro de três dias, a ordem não é ratificada pelo tribunal, cessará a interceptação e o seqüestro, e as peças serão liberadas a quem correspondam.” (AMBOS; CHOUKR, 2001, p. 303).

<sup>15</sup> Confira-se o que restou dito no nº 2.

<sup>16</sup> Raul Machado HORTA (2001, p. 64), sem desconsiderar as influências internas que guiaram o constituinte de 1988, afirma que foram sentidas as influências externas que “provieram do constitucionalismo europeu, através da Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e das Constituições da Itália de 1947, da França, de 1958, da Espanha, de 1978, e de Portugal, de 1976”.

<sup>17</sup> Nesse sentido, conferir José F. Lorca Navarrete (1991, p. 14). Jorge MIRANDA (2002, p. 145) afirma que as atuais Constituições de Portugal e do Brasil – respectivamente de 1974 e de 1988 – guardam muita identidade, exemplificando com “a extensão das matérias com relevância constitucional, o cuidado posto na garantia dos direitos de liberdade, a promessa de numerosos direitos sociais, a descentralização, a abundância de normas programáticas”. Finaliza o constitucionalista português: “E a Constituição brasileira consagraria

regras ou institutos indiscutivelmente provindos da portuguesa: a definição do regime como 'Estado Democrático de Direito', *alguns direitos fundamentais*, o estímulo ao cooperativismo, o alargamento dos limites materiais da revisão constitucional, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão" (Os grifos não constam do original). A influência da Constituição portuguesa na elaboração da Constituição brasileira de 1988 foi mais forte do que se imagina.

<sup>18</sup> Como as normas constitucionais penais representam, antes de tudo, limitações ao direito de punir do Estado, a cláusula encartada na Lei Fundamental, consubstanciada na ampla defesa, é contemplada somente ao acusado. Ainda dentro dessa linha de idéia, deve-se concluir que, quando no inciso seguinte do art. 5º, o constituinte diz que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", evidentemente que, no processo cível, a proibição alcança não só o autor como também o réu, mas, no processo penal, já que se trata de uma limitação do direito de punir, a norma é direcionada unicamente à pessoa que exerce a titularidade da ação penal. O que quero dizer, sem tirar nem pôr, é que a Constituição implicitamente permite que o acusado, no exercício da sua ampla defesa, utilize-se das provas necessárias para a comprovação de sua inocência ou mesmo para atenuar a sua culpabilidade, ainda que obtidas de forma ilícita. Essa tese se sustenta na cláusula constitucional que veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos dirigida para o Estado, de modo que, em sua essência, quer dizer que ela não poderá ser valorada para o fim de dar suporte à condenação, mas nada obsta que venha a subsidiar o juízo de absolvição.

<sup>19</sup> Cf. jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referida no tópico 5.3 (BRASIL, 2003d).

<sup>20</sup> Lembra BOBBIO (1992, p. 5) que os direitos fundamentais, erroneamente definidos como absolutos, são fruto da criação das declarações dos direitos do homem, que foi uma necessidade histórica, sendo ampliados ou restringidos ao sabor das circunstâncias da vida. Depois, vieram os direitos da segunda geração, os chamados direitos sociais, e, agora, os da terceira, ainda heterogêneos e vagos, a exemplo do direito a um meio-ambiente puro.

<sup>21</sup> (BRASIL, 2003c)

<sup>22</sup> A Lei nº 9.296, de 1996, regulamentou a interceptação das comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, o que abrange a correspondência eletrônica.

<sup>23</sup> A Constituição não usa uma terminologia uniforme. Quando tratou do sigilo das comunicações, o constituinte utilizou a expressão *ordem judicial*, ao se reportar à prisão cautelar, preferiu a terminologia *ordem escrita e fundamentada*, ao passo

que, ao cuidar do sigilo do domicílio, escolheu *determinação judicial*. Sem embargo da nomenclatura empregada, em todos esses casos em que se exige a prévia manifestação do judiciário, o pronunciamento do juiz se faz por meio de decisão, necessariamente escrita e, obviamente, fundamentada.

<sup>24</sup> Cf. "A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. Precedente: MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello (Pleno). Princípio CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO E QUEBRA DE SIGILO POR DETERMINAÇÃO DA CPI. – O princípio constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) – não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas". Na linguagem usada na jurisprudência do STF, interceptação de comunicação telefônica não se confunde com quebra do sigilo telefônico, uma vez que este diz respeito apenas ao acesso ao registro dos contatos telefônicos, sem que se tenha conhecimento do conteúdo do contato.

## Bibliografia

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

\_\_\_\_\_. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, [19--?].

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: < <http://www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 2 jan. 2003a. Expressão de busca: encomenda e cocaína.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em: 2 jan. 2003b. Expressão de busca: correspondência e sigilo.
- \_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos>>. Acesso em: 4 jan. 2003c. Expressão de busca: direitos fundamentais e absoluto.
- \_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 6 jan. 2003d. Expressão de busca: interceptação e correspondência.
- BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo-saxônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 152 p.
- CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 615-616
- CHINA. *Constituição da República Popular da China*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.
- MIRANDA, Jorge. (Org.). *Constituições de diversos países*. Organização Jorge Miranda. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 1986. 2 v.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Comentário a constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- CUBA. *Constituição da República de Cuba*. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1987.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Constituição de republica, código de processo penal e sua reforma*. In.: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal: críticas e sugestões*. São Paulo: RT, [1994] 95 p.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NAVARRETE, José F. Lorca. *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1991.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.