Proteção constitucional do sigilo

A Constituição, no artigo 5º, XII, protege o sigilo.

> **Art. 5º** (...)
>
> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A interceptação telefônica é uma forma de mitigação desse direito fundamental inscrito no artigo 5º, em função da segurança pública ou em razão de alguma investigação judicial.

“Em último caso”

Pela literalidade da redação do inciso XII, o entendimento que fica é que o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados são absolutamente invioláveis e, no último caso (comunicações telefônicas) é possível realizar a quebra judicial.

No entanto, a interpretação deve ser feita no sentido de considerar que todos os sigilos são passíveis de mitigação por ordem judicial e na forma da lei, e não só o sigilo telefônico.

- **Sigilo de correspondência**: O sigilo de correspondência é mitigado na Lei de Execuções Penais (LEP), que prevê a possibilidade de abertura das cartas enviadas pelos presos em caso de suspeita de atentados, ou planos de fuga.
- **Sigilo de dados**: A mitigação desse sigilo está prevista na LC 105/2001. Essa lei permite que as CPIs e os órgãos da administração tributária acessem informações bancárias independente de autorização judicial.

Direito Intertemporal e L. 9296/96

Surge a discussão sobre a natureza da lei de interceptação telefônica. Afinal, ela é uma processual penal mista, que impede a retroação, ou é lei processual penal pura que permite a aplicação a fatos anteriores à sua vigência?

Os artigos 10 e 10-A da L. 9296 prevê crimes a quem desobedece as disposições dessa lei. Por prever crimes, esses artigos só poderão ser aplicados a fatos ocorridos após a vigência desses dispositivos.

O restante da lei, por se tratar de regras procedimentais, e por isso podem ser aplicados nos processos em curso (aplicabilidade imediata).

Com relação às interceptações autorizadas antes da vigência dessa lei, com base no Código Brasileiro de Telecomunicações (L. 4.117/62). O STF entendeu que essa previsão do CBT não foi recepcionada pela CF, pois a Constituição previa expressamente nova e específica lei sobre o assunto. Todas as interceptações existentes com base no CBT foram consideradas nulas, provas ilícitas a serem desentranhadas dos autos.

Terminologia

Essas são algumas definições importantes para a compreensão da lei.

- **Comunicações Telefônicas**: Conversa por telefone, bem como transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia, estática ou móvel. (Ex.: e-mails, fax e o WhatsApp).
- **Comunicações Ambientais**: Realizadas diretamente no meio ambiente. Trata-se da conversa entre duas ou mais pessoas, em recinto privado ou público, não intermediada por tecnologia.
- **Interceptação em sentido estrito**: Captação da comunicação realizada por um terceiro, sem o conhecimento dos comunicadores (ex.: grampo).
- **Escuta**: A captação é realizada por um terceiro, havendo o conhecimento e consentimento de um dos interlocutores (ex.: ouvir ligação do sequestrador).
- **Gravação clandestina**: Quando um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, capta aquilo que foi conversado.