

LUMEN JURIS

www.lumenjuris.com.br

EDITORES

João de Almeida

João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Freitas Câmara
Amiton Bueno de Carvalho
Augusto Zimmermann
Eugênio Rosa
Fauzi Hassan Choukr
Frlly Nascimento Filho
Flávia Lages de Castro
Flávio Alves Martins
Francisco de Assis M. Tavares
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
J. M. Leoni Lopes de Oliveira
Letácio Jansen
Manoel Messias Peixinho
Marcelo Jurena Villela Souto
Paulo de Bessa Antunes
Salvo de Carvalho

CONSELHO CONSULTIVO

Álvaro Mayrink da Costa
Aurélio Wander Bastos
Cinthia Robert
Elida Séguin
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina
de Pinho
José dos Santos Carvalho Filho
José Fernando de Castro Farias
José Ribas Vieira
Marcello Ciotola
Marcelius Polastri Lima
Omar Gama Ben Kaus
Sergio Demoro Hamilton

Rio de Janeiro

Av. Londres, 491 – Bonsucesso
Rio de Janeiro – RJ – CEP 21041-030
C.N.E.J.: 31.861.374/0001-81
Inscr. Est.: 77.297.936
TEL.: (21) 3868-5531 / 2564-6319
Email: lumenjuris@msm.com.br /
Home Page: www.lumenjuris.com.br

São Paulo

Rua Primeiro de Janeiro, 159
Vila Clementino – São Paulo, SP
CEP 04044-060
Telefone: (11) 5908-0240

Rio Grande do Sul

Rua Cap. João de Oliveira Lima, 160
Santo Antonio da Patrulha –
Pitangueiras
CEP 95500-000
Telefone: (51) 662-7147

Brasília

SHC/Sul C L 402 – Bloco B – Lj 35
Aba Sul – Brasília – DF
CEP 70236-520
Telefone (61) 340-9550

GERALDO PRADO

**LIMITE ÀS INTERCEPTAÇÕES
TELEFÔNICAS E A
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2005

Unid. XI – Interceptações e escutas telefônicas
PRADO, Geraldo. *Limites das Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

tratamento simétrico entre sujeitos que estão na mesma situação. Quem quer que seja suspeito de um roubo, em qualquer lugar do país, e tenha contra si indícios de autoria, deverá ser investigado.⁷⁵

59. Ao contrário, se o crime não é de ação pública incondicionada, a vontade da vítima funciona como requisito de admissibilidade da atuação do poder público, atuação igualmente voltada à investigação (artigo 5º, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Penal⁷⁶). Sem a manifestação da vítima não haverá investigação. Portanto, o *encontro fortuito*, que por óbvio prescinde dessa espécie de ma-

75 Sabe-se que na prática o sistema não funciona assim. Muitos fatores interferem e jogam peso significativo na decisão do quê ou de quem investigar (e não investigar). Os critérios informais de seletividade são estudados pela criminologia crítica e a real funcionalidade do sistema (assim como seu método) é revelada pela pena competente de Nilo BATISTA, Eugénio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA e Alejandro Revan, 2003. O que se quer sublinhar são critérios republicanos de decisão, que tornam públicas as razões que levam, ou não, à investigação. A idéia da obrigatoriedade como sustentada no corpo do texto está fundada nisso, ou seja, diante de situações equivalentes cabe ao poder público deferir o mesmo tipo de tratamento aos sujeitos.

76 Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:
I - de ofício;

...
§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá ser ela ser iniciado;

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

nifestação de vontade, não poderá ser levado em conta pelo juiz quando disser respeito a crimes de ação pública condicionada ou de ação penal de iniciativa privativa do ofendido.

60. Em síntese, a prova derivada do encontro fortuito será válida se relativa a crimes punidos com reclusão cuja ação penal seja pública incondicionada, independentemente de conexão ou continência. É preciso ter o máximo de cuidado para evitar a manipulação do Poder Judiciário, provocado para autorizar interceptação telefônica acerca de delito determinado⁷⁷ (intenção manifesta), quando na realidade o que se pretende é capturar provas de outra infração penal (intenção latente).

61. Encerramos a apreciação de questões pontuais, extraídas da aplicação da Lei nº 9.296, voltando ao tema da interceptação de dados, objeto de artigo publicado no Boletim IBCCRIM.⁷⁸ No início de 97 avançávamos posição acerca da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96 e, salvo por aspectos secundários, a nossa opinião não se modificou.

77 Artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96.

78 PRADO, Geraldo. A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos, *Boletim IBCCRIM*, nº 56, pp. 13/4, junho/1997.

62. A Lei nº 9.296, de 25 de julho de 1996, regulamentou a interceptação das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal e instrução processual penal, atendendo à antiga reivindicação da doutrina, com o objetivo evidente de superar indecifrável dissídio jurisprudencial. Vale destacar, todavia, que ao disciplinar a matéria o legislador ordinário aparentemente afastou-se do leito regulador previsto no inciso XII, do artigo 5º, da Constituição da República, para incluir entre as hipóteses de violação a interceptação da comunicação em sistemas de informática e telemática, podendo ensejar interpretação rigorosa, pela qual se conclua neste aspecto inconstitucional a norma inferior. Acreditamos, no entanto, não seja esta a melhor conclusão, pois o conteúdo da regra infraconstitucional, antes de afrontar a Constituição da República, está adequado a ela, uma vez que este conteúdo identifica na dinâmica da sociedade novas formas de violar gravemente bens jurídicos vitais. Para estas novas formas de violação de bens constitucionalmente tutelados cabe fazer operar a ação de investigação, sem desprezar a pessoa naquilo que lhe é mais precioso, sua individualidade.

63. Inicialmente, releve definirmos os objetos da nossa análise, para, assim, alcançarmos seguramente o conteúdo das normas constitucionais e ordinárias em condições de aqui-

latares a harmonia ou antinomia. Portugal adiantou-se à maioria dos Estados, editando legislação contemporânea ao moderno processo de revolução social, pelo uso doméstico, profissional e industrial dos computadores. A importância na vida das pessoas e das nações bem pode ser medida pela transformação – globalizante e imperativa – do antigo método industrial fordista de produção em um modelo tecnológico-industrial flexível,⁷⁹ por si só suficiente a exigir do Estado novas concepções jurídicas, outros paradigmas, enfim, tudo quanto, no mundo do Direito, seja necessário para evitar conflitos e perpetuar direitos fundamentais inalienáveis.

64. Com base em tais propósitos, o Direito lusitano passou a conhecer, desde 29 de abril de 1991, norma de proteção de dados pessoais em face da informática – a Lei nº 10/91. Segundo dispõe o mencionado diploma, define-se Sistema Informático como sendo o “conjunto constituído por um ou mais computadores, equipamento periférico e suporte lógico que assegura o processamento de dados” (artigo 2º, c). Pelo que seja do nosso conhecimento, as leis portuguesas não definiram Sistema Telemático, muito embora

79 A análise das alterações profundas vivenciadas pelo Direito na esfera do novo paradigma realiza-se com sensibilidade por José Eduardo FARIA, in *Direito e Globalização Econômica*, São Paulo, Ed. Malheiros, 1996.

seja a telemática entendida como "ciência que trata da manipulação e utilização da informação através do uso combinado de computador e meios de telecomunicação".⁸⁰ Em ambos os sistemas é possível encontrar um elemento comum, tal seja, o dado, objeto do processamento informatizado. Também em âmbito normativo, de proteção constitucional, conforme a norma já referida, importa sublinhar que foram feitas várias tentativas de defini-lo, desde o ponto de vista legal, como é o caso da lei portuguesa, que equipara dado à informação (artigo 2º, a e b, da Lei nº 10/91), culminando com o esforço da doutrina,⁸¹ cujo exemplo mais marcante consta da monografia exemplar, de autoria de Sandra Medeiros Proença de Gouvêa, publicada em 1995 na Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e posteriormente transformada em livro.⁸²

"Pode ser entendido como qualquer parte de uma informação, ou como algo que tem o poder de trazer qualquer informa-

80 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, in *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1986, p. 1.658.

81 PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. Comentários à Lei Contra o Crime Organizado, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1995, p. 56.

82 GOUVÊA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio de informática*, Rio de Janeiro, MAJAD, 1997.

ção. Também pode significar, quando relacionado com computadores e informática, uma informação numérica de formato capaz de ser entendido, processado ou armazenado por um computador ou parte integrante de um sistema de computador. Ou, ainda, uma informação preparada para ser processada, operada ou transmitida por um sistema de computador ou por um programa de computador. Os dados podem expressar fatos, coisas certas ou comandos e instruções" (Anexo I, Glossário).

60. Em todo caso, fica claro que dado ou informação têm sentido, de acordo com a norma constitucional, inseridos no contexto de um processo automatizado ou informatizado, gozando de proteção porque, para ficarmos com a posição de além-mar, "com a evolução da informática, os direitos e liberdades fundamentais podem ser postos em crise".⁸³ A violação da nossa intimidade, a penetração na esfera da nossa privacidade, tudo isso, com efeito, está em risco maior a partir do momento em que o computador, supremo regente da apressada vida moderna, passa a exercer a função de

83 EIRAS, Agostinho. *Segredo de Justiça e Controle de Dados Pessoais Informatizados*, Portugal, Coimbra, Ed. Coimbra, 1992, p. 66.

verdadeiro cofre dos nossos sentimentos e disposições mais pessoais. Com base na constatação de que modernamente a afirmação clássica *my home is my castle* está esvaziada pelo processo cortante da penetração informática em nossos segredos,⁸⁴ ergue-se a barreira normativo-constitucional, nos limites que adiante observaremos.

67. Sobre o âmbito demarcado dos nossos segredos, não surpreende a ninguém, pois a afirmação de que a personalidade possui contornos tais, dentro dos quais o que nos diz respeito deve ficar fora do alcance de outras pessoas. É a intimidade, cuja revelação depende exclusivamente da vontade livre do sujeito do direito, que pode, entretanto, estabelecer um círculo mais ou menos restrito, dentro do qual admite compartilhar suas vivências, experiências – a família, o clube que frequenta, o ambiente profissional. É a vida privada.

68. Considerando a importância do privado,⁸⁵ o legislador constituinte marcou posição, assegurando a esfera mínima de inviolabili-

84 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2; São Paulo, Saraiva, 1989, p. 71.

85 Convém, nesta perspectiva, ler de NEVES, Serrano, *A Tutela Penal da Solidão*, Ed. Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1981, e de COSTA JR., Paulo José da, *O Direito de Estar Só – Tutela Penal da Intimidade*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

dade, sem prejuízo de delimitar, obedecendo a critério de transparência, o direito de informação – art. 5º, inciso XIV, da CR – quer quanto a ser informado como quanto a informar, de acordo com a ética e velando pelo princípio da autenticidade do que se informa.⁸⁶ Neste tópico convém frisar que a adoção do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade há de ser invocado para resolver eventual conflito produzido pela colisão dos direitos fundamentais, porém fica evidente o desígnio do legislador de que não existe uma esfera absoluta de privacidade, quando o processo comunicativo versar sobre fatos do interesse público ou comum.

69. Assim, enquanto a tutela da intimidade nos assegura não sermos invadidos para revelarmos nosso modo de pensar ou as razões do nosso agir, não importando ao mundo exterior o que se passa em nós, ao contrário, quando decidirmos nós mesmos compartilhar os nossos íntimos segredos com outrem, nos posicionamos na condição de vermos violada a privacidade se e na medida em que o interesse social reclamar. Não somos livres, pois, para deliberarmos

86 Ver, de CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti, *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1994.

sobre o ilícito, extravasando a nossa pretensão de delinquir.

70. Deste modo, ao realizarmos o processo comunicativo, ao interagirmos, a nossa privacidade corre o risco de ser violada legalmente. Desde que se justifique, mediante o devido processo legal e à consideração pelo juiz da extrema necessidade da medida, a privacidade pode ser afetada. Isso pode ocorrer, com freqüência, quando dois ou mais agentes resolvem pôr em prática, executar, projeto criminoso. Se o fazem, comunicando-se entre si por meio de cartas, estas podem ser apreendidas, uma vez que há justo motivo. É bem verdade que não podem ser interceptadas, pois o processo comunicativo há de ser preservado à luz da Constituição. Não obstante, repousadas em poder do destinatário, poderão ser arrecadadas, desde que haja ordem judicial neste sentido, emanada em verdadeiro procedimento penal de índole cautelar.⁸⁷

71. A proibição da interceptação obedece à intenção clara do legislador de impedir o devassamento irrestrito da nossa intimidade, com os danos morais e patrimoniais que a devassa possa ocasionar, sem prejuízo do uso ilícito e descontrolado das informações.

87 BARROS, Romeu Feres de Campos, *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982

72. No exemplo dado, porém, não é difícil perceber que a carta - com ela também o telegrama e os dados contidos em bancos de dados - repousa ao final em poder do destinatário, conferindo exequibilidade à medida destinada a apreendê-la, com relativo grau de segurança. O mesmo não acontece com a comunicação telefônica, conforme salientou com extrema lucidez Tercio Sampaio Ferraz Junior, referindo-se à norma constitucional:

"Note-se, antes de mais nada, que dos quatro meios de comunicação ali mencionados - correspondência, telegrafia, dados, telefonia - só o último se caracteriza pela sua instantaneidade".⁸⁸

73. Portanto, se os dados da comunicação desaparecem imediatamente após esta ser concluída, nada existe a apreender que possa ser objeto de uma ação investigativa eficaz, salvo se a própria comunicação for violada. Como salientou Tercio Ferraz, não são os dados o objeto da proteção constitucional, mas sim a sua comunicação, que poderá excepcionalmente ser afetada, quando de outro modo

88 FERRAZ, Tercio Sampaio. *Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado*, Cadernos de *Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 1, pp. 76-90, out./dez. 1992.

não for possível apreender a informação.
Destaca:

"Ora, como vimos, o inciso XII (proteção à comunicação de dados) impede o acesso à própria ação comunicativa, mas não aos dados comunicados".⁸⁹

74. Desde o início sublinhamos que a todos surpreende a velocidade dos tempos modernos. Não nos assustemos, pois, se concluímos que mesmo o constituinte não haja conseguido elaborar um tipo capaz de conter todas as situações práticas possíveis. No Brasil, em 1988, era impensável falarmos em Internet, na instantaneidade dos dados transmitidos via telemática ou informática, sem suporte ou repouso em banco de dados. O e-mail, a caixa postal informática, que a um simples teclar de máquina faz desaparecer a mensagem (instrumento da comunicação e a um só tempo seu objeto), não constava das nossas cogitações, à semelhança do Direito português (artigo 187º do Código de Processo Penal) e diferentemente do italiano, em cujo modelo parece haver se inspirado a nossa lei (artigo 266 bis do Codice di Procedura Penale). Assim dispõe a lei italiana: "Nei procedimenti relativi ai reati indicati nell'

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 85.

articolo 266, nonché a quelli commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche, è consentita l'intercezione del flusso di comunicazioni relativi a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi".

75. É razoável concebermos, especialmente em determinado tipo de criminalidade, duas pessoas que projetem e executem ação delituosa, comunicando-se via Internet, sem deixar rastros do teor da comunicação. A apreensão da máquina – hardware – não oferecerá condições ao investigador de descobrir as provas da ação praticada. Sem dúvida, a intervenção na ação comunicativa, nestas circunstâncias, oferece riscos. Não são diferentes, entretanto, dos riscos que a comunicação telefônica interceptada oferece, e para arrostá-los a lei prevê medidas de segurança, calcadas no devido processo legal.

76. Quando os dados informáticos repousarem em bancos de dados, a sua comunicação não poderá ser objeto de interceptação, pois assim estaria sendo violada a Constituição. Porém, interpretada sistemática e teleologicamente, não haverá contraste com a norma de garantia a interceptação determinada à luz do *due process of law*, para fins de instrução criminal ou investigação da mesma natureza, quando se tratar de dados transmissíveis de modo a não repousarem em banco de dados ou forma similar, que permita a apreensão.

77. É preciso, assim pensamos, ter em mente os fins da tutela deferida pelo constituinte, que em momento algum poderá ter construído regra que pudesse servir de escudo para a prática de crimes, assegurando-se, sem questionamentos, a intimidade e, nos limites da licitude da comunicação, a vida privada.

78. Com efeito, é possível colocar em relevo:
- a) O objeto da proteção constitucional (inciso XII do artigo 5º) é a comunicação;
 - b) A comunicação telefônica, em determinadas circunstâncias, não se insere na proteção;
 - c) A exceção é ditada pela instantaneidade da comunicação telefônica, não permitindo a apreensão da informação, de outro modo, para fim de prova;
 - d) A comunicação de dados, por qualquer meio automatizado, desde que os dados repousem em banco de dados ou em algo similar, não é passível de interceptação;
 - e) Nem todos os dados informáticos, porém, repousam ao final do processo comunicativo em banco de dados;
 - f) Neste último caso, as razões que autorizam a interceptação das comunicações telefônicas são as mesmas, prevalecendo o brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*, não conflitando com o sistema e a finalidade da imposição da regra constitucional.

Palavras Finais

79. Reafirmamos o que foi dito no início. Este texto não foi concebido para ser lido como análise artigo por artigo da Lei nº 9.296/96. Certos aspectos foram ressaltados, especialmente na parte final, para deixar o leitor a par das idéias que nos orientam em termos de hermenêutica aplicada ao processo penal. O viés constitucional é evidente. Ao menos esse era nosso propósito.

80. A verdadeira razão de publicar o texto está, todavia, sublinhada na introdução e na colocação do problema, capítulos iniciais que registram nossa tese central. A base de interpretação da Lei nº 9.296/96 – e das que vierem a sucedê-la, regulando a matéria – é a metódica constitucional. E por metódica constitucional não se deve entender a simples subsunção da norma infraconstitucional a artigo da própria Constituição da República, mas ao conjunto sistemático da Constituição, a ser apreciado mediante a identificação das categorias jurídicas que definem cada assunto.

81. No caso, trata-se de limitação ao exercício de direitos fundamentais. É no campo das restrições ao exercício destes direitos – e, por oposição, no das suspensões – que de-