



LETRAS Jurídicas

Comissão Editorial de Artigos:

Leandro Caldeira Nava

Norberto Oya



ARTIGO JURÍDICO – 2016

LETRAS Jurídicas

**DESDOBRAMENTOS DA INVIOLABILIDADE DA
COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA E SIGILO DE DADOS**

**DEVELOPMENTS OF NON-INFRINGEMENT OF
TELEPHONE COMMUNICATION AND CONFIDENTIALITY
OF DATA**

Autores:

Rodrigo de Oliveira Marques

Silvia Helena de Almeida Stefano

Este texto é de responsabilidade do autor e não reflete necessariamente a linha programática e ideológica da Editora Letras Jurídicas.

DESDOBRAMENTOS DA INVIOABILIDADE DA COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA E SIGILO DE DADOS

DEVELOPMENTS OF NON-INFRINGEMENT OF TELEPHONE COMMUNICATION AND CONFIDENTIALITY OF DATA

1 - Rodrigo de Oliveira Marques

2 - Silvia Helena de Almeida Stefano

RESUMO: O respectivo artigo procura tecer algumas considerações a respeito dos principais aspectos jurídicos do princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações, apresentando entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do alcance do dispositivo constitucional inserto no inciso XII, do art. 5º da Carta Maior. Portanto, não se pode ignorar, pois, divergências tanto na doutrina quanto nos Tribunais pátrio acerca do referido princípio, alguns juristas defendem a inviolabilidade absoluta, no tocante ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, sendo admissível apenas a quebra do mesmo quando se tratar de comunicações telefônicas, a partir da edição da lei nº 9.296/96. Por outro lado, outros defendem a relativização do princípio, sob o argumento de que não há garantias individuais de forma absoluta.

Palavras-chave: Inviolabilidade, Sigilo de dados, Doutrina, Jurisprudência

ABSTRACT: The respective article seeks for weaving some considerations about the main legal aspects of the principle of inviolability of the secrecy of communications, presenting doctrinal and jurisprudential about the scope of the constitutional provision insert in item XII of article understandings. 5th of the Biggest Charter. Therefore, we cannot ignore, because differences in both doctrine and paternal Courts on the above principle, some lawyers argue the absolute inviolability, in respect to secrecy of correspondence and of telegraphic, being admissible only breaking even when dealing telephone communications, from the edition of Law No. 9,296 / 96.

On the other hand, others specialists argue the principle of relativity, arguing that there is no individual guarantees absolute.

Key-words: Inviolability, Confidentiality of data, Doctrine, Jurisprudence

1 - Rodrigo de Oliveira Marques, advogado e aluno no programa de mestrado em direito do Centro Universitário “Eurípides de Marília” – Univem.

2 - Silvia Helena de Almeida Stefano, advogada e aluna no programa de mestrado em direito do Centro Universitário “Eurípides de Marília” – Univem.



INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que há menos de dois séculos atrás, em 1819, Benjamin Constant, em célebre conferência, comparou a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Os antigos eram os povos de Atenas, Roma, Lacedemônia e Esparta, enquanto que os modernos eram os que viveram após a Revolução Francesa, concluindo em sua tese que os antigos tinham ampla liberdade política, já que decidiam em praça pública sobre os assuntos do Estado, sobre a paz e a guerra, sobre a vida e a morte, mas não tinham a menor privacidade, nem em seus lares.

Ao contrário, aos modernos se reconhecia o direito à privacidade, mas participação política limitada à fórmula da teoria da representação, ou seja, “uma parte ideal em uma soberania abstrata”.

Dois séculos mais tarde, os modernos do conferencista se tornaram os nossos antigos e, nós, os modernos. E as liberdades públicas também mudaram para assumir novos contornos. Atualmente, vivemos uma situação paradoxal: enquanto todas as Constituições dos países civilizados prescrevem o direito à privacidade, o que também faz a nossa de modo incontestado, o progresso tecnológico vai urdindo uma fina malha pela qual a privacidade é facilmente aprisionada.

A privacidade, em tempos modernos, é posta em risco por grampos telefônicos, microcâmeras poderosas que captam imagens dentro do lar, microgravadores potentes que gravam conversas a grande distância, pela invasão de uma imprensa por vezes sensacionalista e irresponsável, pela circulação de dados individuais fornecidos para um determinado fim e utilizados para outro, pela quebra de sigilos constitucionais, especialmente pelas CPIs que estão se multiplicando a partir da que investigou com sucesso o ex-presidente Fernando Collor de Mello, pelas intervenções corporais realizadas pela polícia em suspeitos de infração criminal, somente possíveis em uma sociedade tecnológica e economicamente complexa em que o cidadão, para conviver e para sair do isolamento não mais possível no limiar do século XXI, é obrigado a estabelecer relações sociais e econômicas e, assim, expor ao público uma parcela de sua privacidade e de sua família.

1. Breve conceito histórico a respeito do direito à privacidade

Não há unanimidade quanto à existência ou não de uma diferença conceitual entre direito à intimidade e direito à privacidade. Para uma corrente não existe mesmo qualquer distinção, sendo ambos equivalentes, decorrentes do direito da personalidade. Para outra corrente, há distinção e ela decorre de o direito à intimidade ser mais restrito que o direito à vida privada, correspondendo a uma esfera mais recôndita da personalidade. Ainda há um terceiro grupo que sustenta que o direito à intimidade seria abrangente de vários outros dele decorrentes, como o próprio direito à vida privada.

Nesse prisma, pode-se confundir com o direito da personalidade, este reconhecidamente aglutinador de diversos direitos, como o direito ao nome, a imagem, à obra artística e literária, à inviolabilidade de domicílio, ao segredo ou sigilo.

De qualquer modo, se não se conseguiu discernir claramente um do outro, depois de tantas tentativas, melhor considerá-los uma mesma coisa. Nesse contexto, passemos à sua conceituação. De tantos conceitos existentes, é possível sintetizar o direito à intimidade como sendo o direito de interditar pessoas, nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções.

Há, em questão dois planos distintos aos quais se dirige a proteção: um como limite à intervenção estatal na órbita privada; outro, servindo de limite e contrapeso aos demais direitos do homem, de modo que cada um respeite a esfera privada do outro.

Recentemente, porém, por exigência da vida em sociedade, impõe-se mais um plano de atuação do direito à intimidade, desta feita para limitar o direito à informação e a liberdade de imprensa, ambos também direitos fundamentais, de reconhecida estatura jurídica e política. O embate destes dois direitos, a intimidade e a livre informação, desenham um capítulo particularmente difícil para a ciência jurídica delimitar, cuja solução não pode ser postergada. Nesse viés, a jurisprudência desempenha um papel importante, proporcionando adequada resposta aos conflitos de interesses.

O grande impulso para o reconhecimento do direito à intimidade veio com o Cristianismo. Depois, com as declarações de direito do século XVIII, especialmente as cartas norte-americanas e a francesa Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Enfim, a Declaração da ONU, de 1948, prevê o direito à intimidade no artigo 12, o mesmo ocorrendo com diversas declarações e convenções internacionais contemporâneas.

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, consagra vários princípios que conformam um direito à intimidade. A doutrina alemã elaborou a teoria das esferas da intimidade: a individual que assegura a personalidade na vida pública; e a da vida privada que garante a personalidade em seu retiro.

Posteriormente a teoria foi ampliada para conceber três esferas: a íntima que seria um espaço pessoal de tranquilidade; a da vida privada, correspondente ao círculo familiar, amigos e colegas de trabalho; e a esfera pública, que corresponderia à liberdade de notícias e de informação. Na França, a partir de uma reforma em 1970, que incluiu uma disposição no Código Civil, o direito à intimidade passou a ter proteção legal.

Na Itália há discussão acerca do artigo 2º da Constituição, se teria ou não positivado o direito, sendo que os juristas mais modernos se inclinam por responder afirmativamente à questão. De qualquer modo, o País aderiu à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que o consagra.

1. Desdobramentos da inviolabilidade da comunicação telefônica e sigilo de dados

Conforme assinalado, o direito à intimidade ou direito à vida privada, que aqui são considerados como termos equivalentes desdobram-se em diversos outros direitos, ampliando, assim, seu raio de proteção ao homem. Estão compreendidos o direito ao sigilo bancário, sigilo fiscal, sigilo telefônico, sigilo de correspondência, etc.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e

comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil:

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

XII - e 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. (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

Conforme art 5º dos direitos fundamentais, inciso XII, expõe a inviolabilidade das Correspondências, comunicações de dados, telegráficas, telefônicas, e o inciso coloca a salvo, que por meio de estabelecer fins de investigação criminal ou instrução penal a quebra de sigilo telefônico poderá ser feita.

Embora o que está expresso na lei seja claro, colocando a salvo somente a quebra de sigilo telefônico, o inciso é citado é objeto de discussão, pois coloca a salvo somente um meio de comunicação, e não há outros meios, que também são uma forma de transferência de informação.

Ao considerar a doutrina e jurisprudência, tal inciso deve ser matéria de interpretação não de maneira literal, mas levando em consideração que nenhum direito fundamental é absoluto, e se for para o bem, para fins processuais.

Conforme o doutrinador, a interpretação mais razoável do dispositivo constitucional, ou seja, o 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, à telefônica.

A Constituição, no artigo 5º, XII, assegura a inviolabilidade da comunicação de dados, ao lado da inviolabilidade de correspondência e da comunicação telefônica, admitindo, apenas para esta última, uma possibilidade de restrição.

A representação convencional de fatos, conceitos ou instruções forma apropriada para comunicação e processamento por meios automáticos; informação em forma codificada.

A Resolução nº 21 da Comissão de Ministros do Conselho da Europa definiu banco de dados como todo o sistema eletrônico de informação que tem por escopo a reunião de dados relativos à pessoas e que seja apto a difundi-los.

A segunda dificuldade é delimitar a proteção constitucional: somente a comunicação de dados, ou seja, aquela feita em rede de computadores, transmitida normalmente por linha telefônica, ou também dados armazenados. A rara doutrina sobre o assunto caminha no sentido de considerar que não estão compreendidos na proteção constitucional os dados armazenados ou estanques, ou melhor, os que estão sendo transmitidos.

2. O Princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações

O preceito constitucional objeto da presente análise, encontra-se inserido no Título II, da Constituição Federal, o qual é intitulado “dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Reservou-se tal seção do referido diploma legal para a tutela do particular contra a ação infundada, ou lesiva, do estado e dos demais membros da coletividade.

Não há como negar que existem certas manifestações da pessoa que se destinam a permanecer inacessíveis ao conhecimento alheio, ou acessíveis a um grupo reduzido de pessoas, a quem o sujeito permita tal comunicação.ⁱ

Cada indivíduo, ao manter suas relações sociais utilizando-se de instrumentos de comunicação, tem o direito de ter suas conversas ou informações mantidas no mais absoluto sigilo, sem que as mesmas sejam objeto de divulgação a outras pessoas.

*Sobre os progressos tecnológicos, especialmente na área de telefonia, Luiz Torquato Avolio diz que: “O emprego de meios eletrônicos para conhecer ou documentar o conteúdo de conversações telefônicas é, atualmente, bastante comum e difundido. Devido aos progressos da tecnologia, são, na prática, acessíveis não apenas às autoridades públicas, mas também ao homem comum”.*ⁱⁱ

No Brasil, a difusão dos recursos eletrônicos de captação de conversas telefônicas é alarmante e indiscriminada. É muito comum encontrarmos nos jornais anúncios de detetives que oferecem, dentre outros serviços, instalação de escutas telefônicas. Antônio Magalhães Gomes Filho, ao tratar da questão da proteção constitucional do sigilo das comunicações, ensina que:

*Tradicionalmente, até porque essa era a única forma de comunicação entre as pessoas que estavam em lugares diversos, o objeto da proteção estava limitado à correspondência epistolar, mais recentemente, com os avanços da tecnologia, problemas correlatos e delicados surgiram igualmente em relação às formas modernas de comunicação, e especialmente as telegráficas, de dados informatizados e telefônicos.*ⁱⁱⁱ

Exatamente em função desta evolução e para manter uma postura que já se propagava em Constituições anteriores, o

Constituinte de 1988 estabeleceu no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal 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 nas formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A tutela do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas representa dispositivo indispensável para a consecução de um estado de Direito, com respeito às prerrogativas do indivíduo.

Os direitos individuais devem ceder em face de interesses mais abrangentes, que repercutem em toda a sociedade. Assim, a própria norma constitucional, *in fine*, prevê exceção à exigibilidade do sigilo dos dados acima mencionados.

Porém, é importante que se diga que essa exceção não é de entendimento unânime na doutrina e jurisprudência dos Tribunais, conforme analisaremos a seguir.

Estabeleceu-se, assim, expressamente que a intimidade da pessoa deve ser protegida, inclusive sua privacidade de comunicação através dos diversos meios, dentre os quais, os telefônicos.

Deve, ainda, ser lembrado o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que integra o sistema constitucional brasileiro, e que consagra o respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência, dispondo, ainda, que “ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”, assegurando a todas as pessoas o direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas (arts. 9º e 11).

Como afirmado, neste século, o desenvolvimento na área de telecomunicações foi assustadora, e com o telefone se transformando

num instrumento imprescindível das relações sociais, cresceram, também, de forma avassaladora, os meios de violação às conversações, pó isto a preocupação cada vez maior com a proteção da vida privada de cada indivíduo.

De acordo com o que se depreende do artigo supracitado (CF, art. 5º, inciso XII), o mesmo foi e continua sendo motivos de grandes discussões processuais, visto que o Constituinte abriu uma “brecha” para a possibilidade do ingresso no direito à intimidade das comunicações telefônicas, transformando-o não em um direito absoluto (haja vista que nenhum direito constitucional é absoluto, pois tem que conviver com os demais), mas em um direito que admite exceções.

Ora, não é por menos que a Professora Ada Pellegrini Grinover, a despeito dessas exceções e equívocos deixados pelo legislador Constituinte quando da redação dada ao inciso XII, do art. 5º, CF/88, afirma de forma contundente que:



Foi a Comissão de Redação que, exorbitando de seus poderes, acrescentou ao texto as palavras “comunicações”, “no último caso” e “penal”, limitando consideravelmente o alcance da norma constitucional legitimamente aprovada em plenário. (...) No meu sentir, a redação restritiva do inciso XX do art. 5º da Constituição é formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo. (...) resta saber se o vício teria ficado superado pela promulgação. Tudo indica que não: assim como a sanção não sana o defeito de iniciativa, no tocante às normas infraconstitucionais, do mesmo modo parece-me que a promulgação, em bloco, não teve o condão de convalidar a norma, viciada pela competência e pela violação ao processo legislativo (votação em dois turnos).^{iv}

Nesse mesmo cerne, queda-se o posicionamento do Professor Luiz Flávio Gomes, que ao tecer comentários acerca da origem e da *ratio legis* da Lei 9.296/96, assim leciona:

Como se percebe, garantiu-se como regra o direito à intimidade (ao sigilo das comunicações telefônicas), mas ao mesmo tempo abriu-se a possibilidade (de modo explícito) de uma lei regulamentadora, conformadora ou limitadora do direito constitucional em questão. Estamos, como se nota, diante de uma “reserva de lei”, mais precisamente frente a uma “reserva legal qualificada”, porque já no texto maior acham-se presentes alguns requisitos mínimos que compulsoriamente deveriam ser contemplados pelo legislador infraconstitucional.^v

Ultrapassada a fase de discussões acerca da redação dada ao art. 5º, durante muito tempo se discutiu se o Código de Telecomunicações supriria aquela exigência de legislação reguladora (no final do inciso XII, do art. 5º da CF), decidindo-se pela não aplicabilidade, fazendo com que, em 1996, o legislador infraconstitucional publicasse a lei nº 9.296 (Lei das Interceptações Telefônicas) que regula a parte final do referido inciso da Constituição Federal.

Assim, até a edição da Lei nº 9.296/96, o entendimento do Tribunal era no sentido da impossibilidade de interceptação telefônica, mesmo com autorização judicial, em investigação criminal ou instrução processual penal, tendo em vista a não-recepção do art. 57, II, e da Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações).

Ao analisarmos o texto da lei nº 9.296/96, Ada Pellegrini Grinover assevera que:

Não se duvida da urgente necessidade de promulgação de lei disciplinadora da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, que até tardou demais, principalmente em face da firme posição do Supremo Tribunal Federal quanto à indispensabilidade para legitimar as ordens judiciárias autorizadas. Mas é forçoso reconhecer que a lei nº 9.296/96 apresenta inúmeros defeitos, não configurando o projeto de que se originou a melhor proposta entre as oferecidas ao Congresso Nacional.^{vi}



CONCLUSÃO

Pode-se concluir em linhas gerais que a proteção constitucional ao sigilo da correspondência apresenta-se como um mecanismo essencial de proteção da intimidade e da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito. Tal garantia constitucional não é, entretanto absoluta ou ilimitada, devendo ser entendida em harmonia com as normas reguladoras do funcionamento do Estado. Assim, o princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações objetiva proteger o direito das pessoas de se comunicar livremente, sem que possa ser exposto à curiosidade pública ou de estranhos a intimidade das mensagens transmitidas.

No entanto, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que se refere à exceção explícita no inciso XII, do art. 5º, da Carta Magna. Alguns argumentam que em decorrência de um erro cometido pela Comissão de Redação do Congresso Nacional, em 1988, quando da redação final do texto constitucional, ocasionou entendimentos díspares.

Assim, boa parte da doutrina considera a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas como direito fundamental absoluto considerando toda e qualquer prova obtida com violação desses direitos como inadmissível no processo.

Por outro lado, outra parte da doutrina sustenta não existir garantias individuais de forma absoluta, advogando a tese de que os direitos e garantias individuais existem para assegurar ao homem espaço para o integral desenvolvimento de sua personalidade, sem interferências do estado, e não para acobertar crimes e comportamentos nocivos à coletividade e a todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: In. *Revista dos Tribunais*, 2003.

FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977.

FREGADOLLE, Luciana. **Direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES, Luiz Flavio. **Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24.07.96**, São Paulo: In. *Revista dos Tribunais*, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: In. *Revista dos Tribunais*, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica (considerações sobre a lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. In. *Revista de Direito Administrativo*, n. 207.

GRINOVER Ada Pellegrini; FERNANDES Antônio Scarance e GOMES FILHO Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, São Paulo: In. *Revista dos tribunais*, 2001.

LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. **“Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da lei 9296/96 (lei da interceptação de comunicações telefônicas)”**. Artigo retirado do site: www.jus.com.br/doutrina, acesso em 27/10/2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6. ed. São Paulo: In. *Revista dos Tribunais*, 2000.

SILVA, César Dário Mariano da. **Provas ilícitas**. 2. ed. São Paulo: Leud, 2001.

Notas:

ⁱ FREGADOLLE, Luciana. **Direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 87.

ⁱⁱ AVOLIO, Luiz Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.90.

ⁱⁱⁱ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: revista dos Tribunais, 1997, p. 121.

^{iv} GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. In. *Revista de Direito Administrativo*, n. 207, p. 21.

^v GOMES, Luiz Flavio. **Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24.07.96**, São Paulo: In. *Revista dos Tribunais*, 1997, p. 84

^{vi} GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob cit, p. 21.