



Interceptação em sistemas informáticos e telemáticos

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, que o inciso XII do art. 5º do referido diploma legal, vem suscitando controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias quanto à interpretação do mesmo.

O dispositivo normativo em questão preconiza ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal.”

O ponto discordante e que a hermenêutica jurídica ainda não conseguiu tornar pacífico, versa sobre o “último caso” enunciado pelo inciso. Que último caso seria este? Compreenderia tal expressão apenas as comunicações telefônicas ou estas perfariam uma unidade, um conjunto com “dados” em decorrência da conjunção *e*?

A Lei nº 9.296, de 25 de julho de 1996, foi promulgada para elidir essas dúvidas. O “último caso” para o qual admiti-se interceptação da comunicação nos termos constitucionais, corresponde a dados e comunicações telefônicas, conforme o parágrafo único do art. 1º da referida lei.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Melo, já em 1992, na Questão de Ordem da Petição 577, havia tido idêntica interpretação do inciso supracitado.

Entretanto, a Lei nº 9.296/96, ao invés de solucionar as controvérsias, fomentou-as, pois insignes doutos bradam contra o parágrafo único do seu art. 1º alegando sua inconstitucionalidade.

O Magistrado Geraldo Prado preconiza que a lei autorizante da interceptação de comunicações em sistemas de informática, assim procede visando acompanhar a dinâmica sociocultural brasileira e mundial (PRADO, Geraldo. A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n.55, p.13, jun. 1997).

Na concepção de Geraldo Prado, concorde aos ensinamentos do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a comunicação de dados pode ser interceptada da mesma forma que as comunicações telefônicas, porque ambas possuem uma característica em comum: a instantaneidade, ou seja, consumadas as mesmas, nada sobra que possa ser retido como instrumento de prova de um ilícito penal, como ocorre com a correspondência e o telégrafo, hipóteses que permitem a apreensão de objetos tangíveis, quais sejam, a carta e o telegrama, suscetíveis de propiciarem uma investigação eficaz (*idem, ibidem*, p.14).

Assim, um delito pode ser planejado, executado, bem sucedido e até comemorado no ciberespaço, sem que qualquer informação fique inexorável e indelevelmente arquivada em qualquer lugar, podendo prejudicar a produção de provas contra os executores desse delito.

Diante disso, para evitar que criminosos ficassem à margem e a salvo da lei, protegidos por um eventual arcaísmo do Direito, é que o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96 abrangeu a comunicação de



dados como passível de interceptação legal.

Paralelamente a essa concepção, o Magistrado Geraldo Prado insiste no respeito ao inciso X, do art. 5º da CF/88, que garante a inviolabilidade da intimidade e da privacidade, inclusive quando os dados informáticos constarem de banco de dados, de arquivos virtuais, somente admitindo-se a interceptação quando tal não ocorrer (*idem, ibidem, loc. cit.*).

Primando a comunicação pela instantaneidade, pela fugacidade, urge sua interceptação nos termos legais, i.e., quando houver real necessidade em investigação criminal e instrução processual penal e mediante ordem judicial. Somente neste caso.

No entanto, como já o dissemos, há quem considere inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96.

Partindo de uma interpretação eminentemente literal, Vicente Greco Filho chega a dar aula de dicionarismo: “último significa derradeiro, o que encerra, e não usualmente, o segundo”. Assim, o último caso de que fala o inciso XII, do art. 5º, da CF/88, restringir-se-ia a comunicações telefônicas, pois estas vêm por último, por derradeiro, no breve elenco de formas de comunicação integrantes do inciso supracitado. Portanto, uma interpretação extensiva seria contrária à norma constitucional, posto que o sigilo é que é a regra, sendo a interceptação a exceção. E como é de praxe no ordenamento jurídico brasileiro, a hermenêutica deve ser restritiva quanto às exceções (GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.12).

Prosseguindo, o insigne Professor Greco Filho parece reconhecer que esta talvez não seja a interpretação mais conveniente à sociedade mutante a quem cabe o Direito servir, mas que esta é que se constitui na interpretação devida, cabível (*idem, ibidem, p. 13*).

Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho e Ada Pellegrini Grinover reafirmam essa concepção ao declararem que a CF/88 autoriza tão somente a interceptação telefônica *strictu sensu*, i.e., da voz, não compreendendo a comunicação **via** telefone, a telemática. Além disso, exceções devem ser interpretadas restritivamente, portanto, a interpretação extensiva na Lei nº 9.296/96 é inconstitucional (*As Nulidades no Processo Penal*. 6.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 181).

Diante desse impasse entre brilhantes juristas, quem pode estar com a razão?

Lembremos dos ensinamentos de Introdução ao Estudo do Direito, do Professor Paulo Nader, quando ele afirma que “as instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça que o Direito visa a atender exige procedimentos sempre novos. Se o Direito se envelhecer deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para a qual foi criado. Não basta, portanto o ser do Direito na sociedade; é indispensável o *ser atuante*, o *ser atualizado*.” (NÁDER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 11.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.22).



“Semelhante ao trabalho de um sismógrafo, que acusa as vibrações havidas no solo, o legislador deve estar sensível às mudanças sociais, registrando, nas leis e nos códigos, o novo Direito.” (*idem. Ibidem.* p.35).

O Ministro do STF Celso Mello concorda que, no Brasil, “há leis em demasia e ultrapassadas para antigas demandas; e escassas, ou inexistentes, para demandas novas, como os chamados crimes informáticos.” (Leis brasileiras pedem atualização. *O Liberal*. Belém, 10 nov. 1996, Painel, p. 7).

Voltemos ao inciso XII, do art. 5º, da CF/88. Se é para interpretá-lo literal e restritivamente, façamo-lo.

O inciso assegura o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas (primeiro caso), de dados e de comunicações telefônicas (segundo e último caso). Quando, em seguida prevê a exceção para o último caso, refere-se a **dados e comunicações telefônicas**, posto que a conjunção “e” corresponde a uma conjunção aditiva, ou seja, presta-se a juntar, a unir, a acrescentar, perfazendo uma unidade, um conjunto, um todo. Sendo assim, o “último caso” se refere ao conjunto “dados” mais “comunicações telefônicas”. Como não há um terceiro caso, o inciso não denomina este todo, este conjunto, de segundo caso. Já que é o último mesmo, assim o é chamado: último caso, posto ser o derradeiro.

Se coubesse ao inciso restringir-se às comunicações telefônicas, elencaria da seguinte forma: correspondência, comunicações telegráficas, dados, comunicações telefônicas. Mas, ao invés de preferir a vírgula após o substantivo “correspondência”, o legislador constituinte preferiu a conjunção aditiva “e”, compondo uma unidade integrada por correspondência mais comunicações telegráficas. Na seqüência, relacionou outro conjunto, outro todo, constituído das partes “dados” mais “comunicações telefônicas”.

Sendo este conjunto o que encerra a relação, a lista de meios ou formas de comunicação humana tratados no inciso, o mesmo é corretamente denominado de “último caso”.

E será que os elementos deste conjunto possuem alguma característica em comum que comprove ou reforce a idéia de que perfazem um todo? Sim. Essa característica é justamente a instantaneidade.

Dessa maneira, pode-se dizer que quando da forma de comunicação resultar algo tangível, perceptível materialmente e que, conseqüentemente, possa ser apreendido para fins de investigação ou processo criminal, então o sigilo será absoluto, não podendo a comunicação ser interceptada, como ocorre com a correspondência, com a comunicação telegráfica e mesmo com a comunicação de dados em sistemas informáticos quando os dados em questão repousarem em bancos ou arquivos próprios.

Sendo a fugacidade imanente do meio de comunicação, o sigilo desta se torna relativo, passível de interceptação por ordem judicial quando a necessidade de produção de provas em investigação ou processo criminal assim o exigir.



Portanto, para cogitar-se a quebra de sigilo de comunicação, cinco requisitos precisam ser atendidos: a instantaneidade da mesma; a existência de fortes indícios da autoria ou participação em infração penal; a ordem judicial competente; o procedimento plenamente vinculado (à Lei nº 9.296/96) e o fim legítimo (impossibilidade da prova ser feita por outros meios disponíveis).

Concordamos com a doutrina do Juiz Geraldo Prado quanto ao sigilo relativo das comunicações em sistemas informáticos e telemáticos, pois as normas, inclusive as constitucionais, têm de ser interpretadas teleológica, construtiva e finalisticamente.

Date Created

16/05/2000