

Reunião: 31 de julho de 2020.

Relator: Dr. Moacir Rogério Tortato

Tema:

A quebra do sigilo dos dados do investigado na Constituição Federal

Resumo: No presente estudo se pretende fazer uma análise quanto ao limite de incursão do Estado na intimidade do cidadão, constitucionalmente permitido, a fim de se obter elementos investigativos aptos a produzir provas em investigação ou instrução criminal.

1- Introdução. 2- Princípio da legalidade nas investigações. 3- A proteção constitucional e infraconstitucional ao sigilo das comunicações. 4- Comunicações via aplicativo de celular e sua inviolabilidade. 5- Teoria dos frutos da árvore envenenada. 6- Violação do sigilo telefônico em estado de necessidade. 7- Conclusão.

1- Introdução –

A vida em sociedade demanda alguma renúncia. O próprio espírito gregário do homem, que o impulsiona a, em regra, viver inserido em um grupo, em uma coletividade, o obriga a se submeter à regras próprias desse convívio e talvez a mais básica delas seja a prevalência do interesse coletivo que visa acomodar harmonicamente os direitos dos cidadãos.

2 – A Constituição Federal e os Direitos Fundamentais –

A Constituição Federal de 1988, apelidada carinhosamente e com justiça de “Carta Cidadã”, trouxe em seu bojo a previsão de garantias e liberdades ao indivíduo que aprimoraram na sociedade brasileira o entendimento de cidadania e dignidade.

Os chamados direitos e garantias fundamentais permeiam a Constituição Federal do início ao fim, em pontos estratégicos, revelando a soberania de nosso Estado Democrático de liberdades e Direitos.

Uma das características dos direitos fundamentais é justamente a universalidade, que significa dizer que *“destinam-se, de modo indiscriminado, a todos os seres humanos. Como aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ‘... a ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu, não é nova. Os forais, as cartas de franquia continham enumeração de direitos com esse caráter já na Idade Média...’”*¹

Especialmente no artigo 5º e seus incisos está situada maior concentração dos ditos direitos fundamentais em nossa Constituição Federal. A vida, o maior dos bens e direitos está ali contemplada. A liberdade, a igualdade, a segurança e propriedade também ali estão. A liberdade de manifestação, do pensamento, de crença religiosa, intimidade, privacidade, inviolabilidade domiciliar, de sigilo de comunicação e tantos outros.

A norma constitucional, ao estabelecer tais direitos fundamentais, traz em si, intrinsecamente, o comando a todos inerente, de respeitá-los. Então, cada indivíduo é, a um só tempo, sujeito ativo de tais direitos, assim como sujeito passivo da obrigação de respeitar semelhantes garantias de seus concidadãos.

Por exemplo, o direito fundamental à propriedade de um indivíduo não pode ser exercido sem critérios e parâmetros. Não pode um proprietário, no uso de sua propriedade, ferir o direito de seus vizinhos.

Então chegamos a outra característica dos direitos fundamentais: a limitabilidade, o que significa dizer que *“os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex. direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos*

¹ Lenza, Pedro - Direto Constitucional Esquematizado; 13ª edição; Saraiva; pag. 672.

*direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição;*²

3 - O direito à intimidade e privacidade –

Tais direitos vêm estampados no inciso X do art. 5º da nossa Constituição Federal, nos seguintes termos:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O direito à intimidade, objetivamente, se relacionaria às noções do indivíduo sobre si e sobre o mundo, seus ideais, sentimentos, pensamentos, emoções, seus conceitos, enfim, sua humanidade, o que não é o objeto do presente estudo.

Direito à privacidade é o cerne da presente análise, ou seja, o espaço pessoal do cidadão, seu modo de se relacionar com o espaço exterior, sua paz, o direito de não ser importunado.

E para entendermos a importância da proteção constitucional, é necessário entendermos a grandeza do significado e abrangência do termo privacidade, que é algo complexo. A vida privada de um indivíduo é algo único, é seu espaço pessoal e a forma como interage com o mundo exterior, consubstanciada em suas relações particulares, suas relações de amizade, suas relações afetivas e familiares. Privacidade está na interação, nas conversas pessoais - presenciais ou com uso de tecnologia. Assuntos privados ou particulares sobre os quais não admita publicidade, ou queira tratar com alguém específico. Segredos, quem sabe?

Enfim, todo esse arcabouço e muito mais, que compõe a vida e o comportamento privado do cidadão não podem simplesmente ser violados e expostos. Uma indevida exposição tem potencial para trazer devastação ao indivíduo.

² Lenza, Pedro - Direito Constitucional Esquematizado; 13ª edição; Saraiva; pag. 672

Daí a necessária proteção contida na Lei Maior e a possibilidade de violação somente em circunstâncias absolutamente excepcionais.

Voltando aos textos de nossa Carta Magna, o inciso XII do mencionado art. 5º, traz previsões complementares, reforços e ampliações de proteção ao direito fundamental à privacidade, mas também exceções para nos lembrar de que não se trata de direito absoluto.

No inciso XI do art. 5º da CF, o legislador constituinte consagrou o lar como asilo inviolável do cidadão, mas expressamente relativizou o direito ao facultar sua violação mediante ordem judicial.

Igual caminho seguiu o seu inciso XII, do mesmo artigo, ao tratar das comunicações do indivíduo, embora abrigue em seu bojo maiores questionamentos.

Compreendamos que também faz parte da privacidade da pessoa, seus contatos, suas conversas íntimas e particulares com seus familiares, seus amigos, amores, parceiros comerciais, enfim, com aquelas pessoas com as quais venha a ter algum relacionamento e comunicação.

Por certo o cidadão não poderá ser aviltado nesta faceta de sua privacidade de forma desarrazoada. Entretanto, mais uma vez, o direito fundamental à privacidade, inerente às comunicações pessoais, foi excepcionado. A privacidade, própria das comunicações pessoais, poderá ser violada por determinação judicial, desde que presentes graves circunstâncias que revelem seu uso nocivo, criminoso, em detrimento de terceiros ou da coletividade.

Havendo colidência entre interesses antagônicos, no caso, direitos fundamentais em situação de conflito, há de se aplicar a regra da máxima observância em conjunto com a mínima restrição de ambos, mas a acomodação ou pacificação da situação é absolutamente necessária.

Não há dúvidas de que uma trama criminosa afronta os direitos da coletividade e de diversas vítimas em potencial. Se, por exemplo, um cidadão planeja crimes em sua privacidade, com uso dos meios de comunicação que

lhes estão disponíveis, por certo tal conduta entra em conflito direto com os direitos fundamentais de suas vítimas.

Não se pode garantir ao homicida o direito fundamental à privacidade, quando este o usa para ferir o direito fundamental à vida, ao traficante, que o usa para ferir o direito à saúde, ao ladrão que fere o direito à propriedade. A relativização do direito fundamental do transgressor se dá justamente para salvaguardar similares direitos fundamentais das vítimas. Não há como cogitar a superioridade do direito do infrator.

4 - A proteção constitucional ao sigilo das comunicações -

Nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” e no inciso XII, reza 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 ou instrução processual penal.”

A interpretação literal do inciso XII em questão traz a suscitação de um questionamento. É que a forma de sua construção pode levar o interprete literal a entender que a inviolabilidade abrangeria de forma absoluta o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados, e que seria relativa somente a inviolabilidade das comunicações telefônicas, em razão do emprego do termo “**no último caso**”, em seguida a esta.

A hermenêutica é a ciência da interpretação, fornecendo a técnica para o interprete alcançar o sentido da norma. A interpretação literal é apenas o início do processo interpretativo, portanto incompleto, e quase sempre incapaz de conduzir ao seu pleno significado.

Então a interpretação meramente literal ao texto em questão, pode levar ao entendimento de que há proteção absoluta a algumas formas de comunicação, o que confronta com uma das características básicas de todos os direitos fundamentais, que é justamente a limitabilidade, ou seja, sua relatividade.

O intérprete deve avançar para além da mera literalidade, observando a norma de forma lógica, histórica, sistemática, teleológica e sociológica a fim de obter seu real significado.

José Afonso da Silva ensina, tratando de hermenêutica constitucional, que “o sentido do texto se reconstrói de duas perspectivas distintas e complementares: de dentro para fora, a partir da análise interna das muitas pistas nele espalhadas; de fora para dentro, por meio das relações contextuais. A Constituição é um texto, um texto normativo, um texto jurídico; por isso sua interpretação – ou seja, a captação de seu sentido, a descoberta das normas que esse texto veicula – também se submete às relações de contexto.”³

E adiante o doutrinador complementa, afirmando que “a hermenêutica contextual refere-se à exploração da influência do contexto sobre o sentido da Constituição e, reciprocamente, desta sobre o contexto em que ela se situa. É pela hermenêutica contextual que se descobre que duas passagens, dentro da mesma Constituição, podem ter sentidos diversos, consoante o lugar que ocupam relativamente ao texto como um todo. Aqui se tem que o contexto intrínseco (ou contexto interno) é que indica ao intérprete o sentido de uma norma dentro de uma estrutura normativa específica dentro da totalidade normativa da Constituição.”⁴

Devemos então buscar no sistema constitucional, no contexto, comparativamente, a justificação para uma proteção absoluta ao sigilo de correspondência, telegrafia e de dados e apenas relativa para o da comunicação telefônica.

E não há nada que justifique qualquer diferença de tratamento legal a essas diversas modalidades de comunicação. Observe-se que o cidadão tem a seu dispor, em função de serviços prestados pelos correios e em razão das modernas tecnologias, diversas modalidades de comunicação privada. Por certo pode ele se utilizar, nas suas relações, de comunicação por

³ Da Silva, José Afonso – Comentário Contextual à Constituição – Malheiros, 4ª edição, pag. 13.

⁴ Da Silva, José Afonso – Comentário Contextual à Constituição – Malheiros, 4ª edição, pag. 16.

correspondência, telegrafia, dados, telefonia e outros, cada qual com sua característica e apropriada a determinado momento ou função.

Por exemplo, o envio de algum documento original exige uma correspondência via correios. Uma conversa urgente exige um telefonema. Uma impossibilidade de qualquer das partes em falar naquele exato momento pode exigir uma mensagem de aplicativo. Um e-mail pode ser adequado para uma consulta de informações, ou envio de cópias ou arquivos anexos. Mas, com exceção dessas peculiaridades, inerentes muito mais às funcionalidades de cada um, não há fundamento legal para dispensar-lhes diferentes graus de proteção.

Parece evidente que o inciso em questão não criou direito fundamental absoluto. Basta observarmos que o direito à vida, primeiro, maior e mais valioso direito de qualquer pessoa e do qual decorrem todos os demais, foi relativizado na própria constituição, quando previu a possibilidade da pena capital em caso de guerra, conforme artigo 5º, XLVII, “a”.

Seria um contrassenso defender que a vida é direito fundamental relativo e que seria absoluto o direito ao sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados.

Tal entendimento encontra dois obstáculos intransponíveis. De um lado dispensaria uma espécie de superproteção a alguns direitos fundamentais, ditos absolutos, contrariando a característica da limitabilidade inerente aos mesmos, e, de outro lado, recusaria proteção aos demais direitos fundamentais que com estes viessem a colidir, anulando-os.

Se investigados por uma trama de homicídio se utilizam, para planejar o crime, de meio de comunicação juridicamente inacessível, ou considerado direito fundamental absoluto do criminoso, por certo o direito fundamental à vida da vítima é aviltado.

Não parece minimamente razoável entender que o indivíduo que mantenha comportamento pernicioso e que afronte à coletividade vá gozar de imunidades legais ou garantias absolutas para perpetuar seu comportamento ilícito.

E não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

... Interceptação telemática e prorrogações. Mencionada incompatibilidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96 com o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade não verificada. Inexistência no ordenamento jurídico constitucional vigente de garantias individuais de ordem absoluta. Doutrina e precedentes. Exceção constitucional ao sigilo que alcança as comunicações de dados telemáticos, visto que cláusula tutelar da inviolabilidade não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (HC nº 70.814/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 24/6/94). Recurso ordinário não provido.

10. O Supremo Tribunal, em julgamento paradigmático, reconheceu, já sob a égide do ordenamento constitucional vigente, que o sigilo de correspondência não é absoluto, tendo esta Corte conferido validade à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, “eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas” (HC nº 70.814/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 24/6/94).

11. Em face da concepção constitucional moderna de que inexistem garantias individuais de ordem absoluta, mormente com escopo de salvaguardar práticas ilícitas (v.g. HC nº 70.814/SP), a exceção constitucional ao sigilo alcança as comunicações de dados telemáticos, não havendo que se cogitar de incompatibilidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96 com o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Precedente e doutrina.⁵

Aliás o princípio da razoabilidade e proporcionalidade é inafastável nesta análise, já que a quebra do direito fundamental à privacidade só deve ocorrer quando outro direito fundamental estiver sendo afrontado. Em uma espécie de balança, há de se observar a razoabilidade na decisão judicial autorizadora do afastamento do direito em questão, equilibrando-se a máxima proteção

⁵ Supremo Tribunal Federal – RHC 132115, Relator: Ministro Dias Toffoli, julgamento: 06/02/2018, publicação: 19/10/2018.

com a mínima intervenção aos direitos fundamentais em conflito. Isso fica claro quando observamos no art. 2º, inciso III, da Lei 9.296/96, uma restrição qualitativa dos delitos que podem ser investigados mediante afastamento do sigilo do imputado. Por certo não seria razoável a quebra de um direito fundamental para investigar um delito menor, que não fira outro direito fundamental, assim como não é razoável negar direitos fundamentais da vítima sob o pretexto de ter o réu um hiperbólico direito à privacidade.

5 – Quebra de sigilo e publicidade.

A autorização judicial para a quebra de sigilo de comunicações e dados em investigação criminal, não implica em necessária autorização de publicidade do material obtido.

Autorização de quebra de sigilo é o ato pelo qual o juiz admite aquele meio de obtenção de prova, consentindo nas diligências para tal finalidade. O material obtido será publicizado somente se interessar ao processo, gozando de relevância probatória.

Aquele material restante obtido mediante autorização judicial, mas que não se revele pertinente, não poderá ter publicidade. É que o direito fundamental à privacidade não cede com relação a tal material, e, caso venha a ser exposto por qualquer autoridade atuante no processo, poderá ela incorrer no delito do art. 10 da Lei 9.296/96, havendo semelhante proteção no art. 28 da lei 13.869/2019 (Abuso de Autoridade).

Para a preservação do sigilo que permanece com relação ao conteúdo do material não interessante às investigações, é que deve ser dada vazão ao que dita o art. 9º da mesma lei, com sua inutilização.

Então, mesmo havendo fundamentos iniciais para a quebra de determinado sigilo de comunicações em uma investigação criminal, se do seu conteúdo não exurgir nenhum elemento de prova do ilícito, por certo o material deverá ser arquivado sem que lhe seja dada qualquer publicidade.

6- Núcleo intangível da privacidade -

O direito fundamental à privacidade, sendo relativo, pode ser afastado por força de decisão judicial, em circunstâncias específicas e excepcionais. A

proporcionalidade deve ser sempre observada quando da restrição em questão. Existem diversos níveis de crimes, no que tange à concretude de sua gravidade, assim como existem diversas camadas na esfera da privacidade do indivíduo. Alguns pontos da privacidade do cidadão são tão sensíveis que se aproxima de um direito absoluto, sendo este o seu núcleo intangível, que equivaleria ao recôndito mais profundo e próximo do inviolável, até mesmo para uma decisão judicial.

Então em uma investigação, o aviltamento à privacidade do suspeito há de encontrar ressonância de razoabilidade na gravidade dos fatos por ele supostamente praticados. O juiz deve se utilizar de parcimônia ao deferir, por exemplo, uma escuta ambiental na casa de um investigado por crime menor. Talvez uma escuta ambiental no quarto do casal fira em demasia a privacidade do suspeito e não seja razoável. Critério diverso certamente poderia ser adotado se o crime investigado fosse de gravidade extremada e com potencial de resultar danos intensos.

Caso recente ocorrido em nosso País revelou a importância da utilização de um firme critério de razoabilidade na violação da privacidade, em que um colaborador, após acordo firmado com o Ministério Público, visitou seu delatado em um leito de hospital, moribundo, gravando-o naquelas condições. O fato, sem dúvidas, chegou a causar repulsa em muitos juristas.

Então, os níveis de afronta ao direito fundamental à privacidade, advinda de uma decisão judicial, não de respeitar o critério de proporcionalidade com o próprio fato investigado. A razoabilidade há de ser observada, sob pena de subversão dos próprios conceitos de justiça e injustiça.

7- Conclusão –

Nosso sistema constitucional não abriga direitos absolutos. Reconhecer como tal qualquer direito fundamental do investigado em ação penal ou investigação criminal implica necessariamente na neutralização de direitos fundamentais de vítimas.

Em sede de investigação criminal ou ação penal, o direito fundamental à privacidade do investigado, seu sigilo de correspondência, dados e quaisquer outros, deve ceder por decisão judicial fundamentada, a fim de preservar direito fundamental alheio.