

Coordenação
Antonio Scarance Fernandes
José Raul Gavião de Almeida
Maurício Zanoide de Moraes

Sigilo no Processo Penal

eficiência e garantismo

Participam desta edição

Aleksandro Clemente
André Augusto Mendes Machado
Andre Pires de Andrade Kehdi
Antonio Scarance Fernandes
Danielle Souza de Andrade e Silva

Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza
Mário Sérgio Sobrinho
Maurício Zanoide de Moraes
Rosimeire Ventura Leite
Thaís Aroca Datcho Lacava

Sigilo no Processo Penal

eficiência e garantismo

Coordenação

Antonio Scarance Fernandes

José Raul Gavião de Almeida

Maurício Zanoide de Moraes

Participam desta edição Aleksandro Clemente. André Augusto Mendes Machado. Andre Pires de Andrade Kehdi. Antonio Scarance Fernandes. Danielle Souza de Andrade e Silva. Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza. Mário Sérgio Sobrinho. Maurício Zanoide de Moraes. Rosimeire Ventura Leite. Thaís Aroca Datcho Lacava.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Sigilo no processo penal : eficiência e garantismo / coordenação Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3318-1

1. Processo penal (Direito) – Brasil 2. Sigilo I. Fernandes, Antonio Scarance. II. Almeida, José Raul Gavião de. III. Moraes, Maurício Zanoide de.

08-07071

CDU 343.14(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Sigilo : Processo penal 343.14(81)

9

Sigilo das comunicações e de dados

ANDRÉ AUGUSTO MENDES MACHADO

Mestrando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP. Especialista em Direito Penal Empresarial pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Advogado.

ANDRÉ PIRES DE ANDRADE KEHDI

Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Advogado.

SUMÁRIO: Introdução – 1. O sigilo das comunicações: aspectos gerais: 1.1 Leitura histórica do art. 5.º, XII, da Constituição da República; 1.2 Dados ou comunicação de dados?; 1.3 Interpretação da expressão “no último caso” constante da norma constitucional; 1.4 Caráter da proibição de violação do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas – 2. O sigilo das comunicações telefônicas: 2.1 Delimitação conceitual; 2.2 A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova; 2.3 Análise da Lei 9.296/96; 2.4 Interceptação ambiental (ou entre presentes) e gravação clandestina – 3. O sigilo de correspondência: 3.1 Delimitação conceitual; 3.2 Aspectos de direito material. Criminalização da violação de correspondência; 3.3 Restrições ao sigilo de correspondência – 4. O sigilo de dados: 4.1 Delimitação conceitual; 4.2 O sigilo dos dados informatizados – Conclusão – Bibliografia.

Introdução

A comunicação, um dos aspectos da liberdade de manifestação do pensamento, é essencial ao desenvolvimento da vida social dos indivíduos. A neces-

sidade de se comunicar com outra pessoa é inerente à natureza humana.

Existem situações em que a comunicação deve ficar adstrita a um número reduzido de pessoas, por versar sobre assunto de foro íntimo, o chamado

segredo (informação de conteúdo confidencial). O segredo é protegido pelo sigilo: uma vez quebrado o sigilo da comunicação, viola-se o segredo contido na informação.¹

Segundo a teoria dos círculos concêntricos da vida privada, a esfera do segredo seria a mais restrita, circunscrita dentro das esferas da intimidade e da vida privada, caracterizada pela inacessibilidade absoluta de terceiros.

Na esfera do segredo, “a ciência daquilo que a preenche pertence somente ao indivíduo, que o comunica a terceiros, normalmente com discrição e de forma parcimoniosa, apenas segundo o seu próprio critério de pertinência. Esta esfera exige mais rigorosa proteção legal contra a indiscrição”.²

A Constituição da República, no art. 5.º, XII, garante a inviolabilidade do sigilo das comunicações. Trata-se de li-

1. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao tratar do sigilo das comunicações, aponta que “o sigilo não é o bem protegido, não é o objeto do direito fundamental. Diz respeito à faculdade de agir (manter sigilo, resistir ao devassamento), conteúdo estrutural do direito. Como faculdade, a manutenção do sigilo não está a serviço apenas da liberdade individual de ‘negação’ de comunicação. Serve também à sociedade e ao Estado” (Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano 1, p. 144, São Paulo, out.-dez. 1992).
2. BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: RT, 2003. p. 40.

berdade pública, ou seja, direito formalmente reconhecido pelo Estado, que norteia as relações dos indivíduos entre si e com o próprio Estado. Por meio desse dispositivo, resguarda-se tanto a liberdade de manifestação do pensamento quanto o direito à intimidade.

Dessarte, o presente artigo procura examinar a aludida garantia constitucional, delimitando o seu conteúdo e a sua extensão. Inicialmente, será analisada a redação do art. 5.º, XII, da Constituição da República, com enfoque nas alterações ocorridas no texto do dispositivo, desde a primeira proposta apresentada à Assembléia Constituinte até a redação atual, merecedora de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Em seguida, tratar-se-á do sigilo das comunicações telefônicas, bem como da regulamentação conferida pela Lei 9.296/96 à interceptação das conversas telefônicas. Nesse momento, serão abordadas as principais particularidades relacionadas à utilização da interceptação como meio de obtenção de prova.

O objeto do terceiro tópico será o sigilo de correspondência, o seu tratamento pelo direito material e os reflexos dessa garantia na legislação infraconstitucional.

Por fim, será estudado o sigilo de dados, com especial atenção aos dados informatizados, por ser tema atual e que se encontra em discussão no Congresso Nacional em razão de projeto de lei que visa controlar o acesso e uso desses dados, principalmente no âmbito da internet.

1. O sigilo das comunicações: aspectos gerais

1.1 *Leitura histórica do art. 5.º, XII, da Constituição da República*

O referido dispositivo constitucional é objeto de intensa controvérsia, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Necessário, portanto, esclarecer o alcance da norma que deve ser o ponto de partida de qualquer interpretação sobre o sigilo das comunicações e dos dados no direito pátrio.³

A solução dessa questão passa por uma leitura da gênese do texto em análise. Na obra *Novas tendências do direito processual*, Ada Pellegrini Grinover⁴ frisa que, juntamente com o Grupo de Trabalho da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, às Mesas de Processo Penal e a Comissão de Estudos e Assessoramento Constitucional para

3. Como salienta Lênio Luiz Streck, na verdade, sendo “uma norma jurídica válida tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão acerca do sentido de (e da Constituição). Não se interpreta, assim, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei etc.) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição” (*As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, cidadania e violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 37-38).

4. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 78-80.

Assuntos Municipais de São Paulo, fez a seguinte proposta à Assembléia Constituinte, inspirada no art. 32, § 6.º, da Constituição portuguesa de 1976: “É inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações e dos arquivos particulares, salvo por ordem judicial, nos casos e na forma que a lei estabelecer, para fins de instrução processual”.

Seguindo o trâmite, o projeto aprovado pela Comissão Temática ficou da seguinte forma: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas ou telefônicas, salvo por ordem judicial, nos casos e na forma que a lei estabelecer, para fins de instrução processual”.

Em seguida, acrescentou-se “e de dados”. O Projeto aprovado, em redação final, pela Comissão de Sistematização, foi assim redigido: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, salvo por ordem judicial, nos casos e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal e de instrução processual”.

Até aqui, portanto, referia-se o texto constitucional efetivamente às comunicações, fossem elas telegráficas, telefônicas, de dados ou por correspondência. A ressalva que permitia a sua violação aplicava-se a todas essas formas de transmissão de informações.

A redação aprovada em primeiro turno pelo Plenário da Constituinte, por sua vez, embora tenha mantido como objeto as comunicações, restringiu a ressalva para o *último caso*, em vez de aplicá-la, como anteriormente, a to-

das as hipóteses: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, salvo neste último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal e instrução processual”.

Embora criticável por, aparentemente, não permitir a violação do sigilo da correspondência, esse texto não deixava dúvidas sobre a possibilidade de conhecimento do segredo referente apenas às comunicações telefônicas. Ao final, no entanto, a redação ficou ainda pior, sendo a norma vigente escrita da seguinte forma: “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”.⁵

5. A professora Ada, em trabalho posterior, sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo promulgado. Segundo ela, a redação aprovada em segundo turno pelo plenário da Assembleia Constituinte (e, portanto, a que, a teor do art. 3.º da EC 26, que a convocou, deveria ser a vigente) era assim: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual”. As palavras “comunicações”, “no último caso” e “penal” teriam sido acrescentadas posteriormente à aprovação pela Comissão de Redação, que não tinha competência para isso. Conclui, assim,

Manteve-se a ressalva que permitia a violação “no último caso”. Aos dados, contudo, não mais se atrelou o termo comunicação. Agora, em vez de dizer “comunicações telegráficas, de dados e telefônicas”, há um salto: “Comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”.

1.2 Dados ou comunicação de dados?

Com base na evolução das opções do Constituinte, não há dúvida de que o Texto Maior tutela, ao lado do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, a inviolabilidade dos dados em si e não simplesmente da sua comunicação. Em outras palavras, é o próprio conteúdo dos dados que a Constituição protege e não somente o sigilo do ato que os transmite de um ponto ao outro.

Vale dizer: do resultado de uma comunicação telegráfica – o telegrama – pode tomar conhecimento terceiro não incluído na comunicação, preenchidas as exigências legais (busca e apreensão). O que não se pode violar é a sua transmissão. Quanto aos dados, entretanto, nem o seu conteúdo nem o seu ato comunicativo podem ser violados, porque amplamente cobertos pelo sigilo constitucional.

que o texto do art. 5.º, XII, como promulgado, é formalmente inconstitucional por vício de competência e desrespeito ao processo legislativo (GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 17, p. 112-126, São Paulo, jan.-mar. 1997).

A reforçar essa orientação, não se pode perder de vista que o conteúdo dos dados também é protegido pelo direito à intimidade, previsto no art. 5.º, X, da Constituição da República.

Por conta disso, contesta-se o posicionamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem “o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação”.⁶⁻⁷

Até porque, não bastasse a clara intenção que se extrai do Constituinte originário, é sabido que “estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana”.⁸

Parece mais correta, portanto, uma leitura ampliativa e literal da garantia prevista na norma constitucional. Nesse passo, sustentam diversos autores que a Lei Fundamental estabelece “a inviolabilidade do sigilo de comunicações e de dados pessoais”, deixando

claro que a garantia refere-se tanto às comunicações dos dados quanto ao seu próprio conteúdo.⁹

1.3 Interpretação da expressão “no último caso” constante da norma constitucional

Ademais, infere-se outra questão a partir da redação da norma constitucional em lume: a que se refere à expressão *no último caso*.

Três correntes formaram-se a respeito do tema. Considerando o objeto da violação do sigilo, pode-se nomeá-las: (i) *restritiva*, que é a majoritária e permite a quebra do sigilo apenas das comunicações telefônicas;¹⁰ (ii) *inter-*

6. Op. cit., p. 146.

7. Nesse sentido – aliás, sempre com expressa adesão à tese sustentada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior – o entendimento do Min. Sepúlveda Pertence, do STF (ver, entre outros, seus votos nos Mandados de Segurança 23.452, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999; e 21.729, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.10.1995, RTJ 179/225).

8. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.p. 332.

9. Cf.: TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 404. Miguel Reale Jr. interpreta que, da forma como escrito o inciso, a proteção se dirige aos “dados em geral” (Incompetência do Ministério Público para a quebra de sigilo bancário. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 124.). No mesmo sentido: SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 100; CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. v. 1, p. 269.

10. Cf.: SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal... cit.*, p. 100; GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 212-213; GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 9-13; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas*

mediária, que abrange os dados e as comunicações telefônicas;¹¹ e (iii) a *ampliativa*, que estenderia a possibilidade de intromissão à correspondência, às comunicações telegráficas e telefônicas e aos dados.¹²

A primeira, a *restritiva*, é de logo refutada: há conjunções “e” que ligam, de um lado, as duas primeiras hipóteses (o sigilo da correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas, que compõem o primeiro grupo) e, de outro, as duas últimas (o sigilo de dados e o sigilo das comunicações telefônicas, componentes do segundo grupo). Dessa maneira, correspondência e comunicações telegráficas, em nenhuma interpretação que se possa fazer, estariam dentro da expressão *no último caso*: essa poderia englobar tão-somente ou o último grupo (de dados e das comunicações telefônicas) ou a última hipótese (comunicações telefônicas).

Não se pode negar que a leitura da norma constitucional é dúbia e dá mar-

tendências... cit., p. 81; GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: RT, 1997. p. 91-92 etc.

11. Entre outros, ver: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit.; REALE JR., Miguel. A inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário estabelecido pelas Leis Complementares 104/2001 e 105/2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 39, p. 251-263, São Paulo, jul.-set. 2002; TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 411.
12. Hipótese interpretativa aventada em: GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 10.

gem a uma ou outra interpretação. Fica, enfim, realmente uma dúvida (que, de resto, é comprovada pela larga gama de opiniões sobre o assunto, esquematizadas nas três correntes citadas).

A partir de uma interpretação histórica do dispositivo, infere-se que o posicionamento intermediário é o mais razoável. A primeira vez que se inseriu a ressalva no texto constitucional foi no dispositivo que restou aprovado em primeiro turno, supratranscrito. Nele, o sigilo era das *comunicações telegráficas, de dados e telefônicas* e a exceção aplicava-se *neste último caso*. Mantida essa redação, não haveria qualquer problema sobre o alcance da ressalva, mas a opção pelo sigilo do conteúdo dos dados, e não só do seu trânsito, acabou por criar os dois grupos – (i) “o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas”; e (ii) o sigilo de “de dados e das comunicações telefônicas” – já mencionados, entre os quais só o último é violável:

Antes: “Art. 6.º, § 12. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, salvo neste último caso (...)”.

Agora: “Art. 5.º, XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso (...)”.

Manteve-se o conjuntivo “e” que unia a correspondência às comunicações. Como foi necessário desvincular os dados da locução que só protegia a sua transmissão, inseriu-se o termo *comunicações* antes de *telefônicas*. Aí a

confusão. Tivesse a Constituinte substituído o primeiro conjuntivo “e” por uma vírgula, a conclusão seria diversa, ou seja, permitir-se-ia a violação apenas das comunicações telefônicas. Todavia, com a atual redação, a única interpretação plausível é a intermediária, acima aludida.¹³

13. A esse respeito, vale transcrever as palavras do Min. Marco Aurélio no julgamento da Petição 577 perante o STF, *verbis*:

“Leio o que poderia ser o art. 5.º, XII: ‘é inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas’ – e aqui já operei uma adaptação, suprimindo o conectivo ‘e’ – ‘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’.

“ Sr. Presidente, fosse este o teor do inc. XII do art. 5.º, não teria a menor dúvida em reconhecer a existência de quatro casos contemplados na norma. O primeiro, alusivo à ‘correspondência’; o segundo, referente às ‘comunicações telegráficas’; o terceiro, aos ‘dados’ e o quarto, às ‘comunicações telefônicas’. A ressalva à preservação do sigilo estaria, sob essa óptica, ligada apenas ao último caso, atinente às comunicações telefônicas.

“ No texto, vejo o emprego de dois conectivos ‘e’ a revelar que temos, na verdade, não quatro casos, mas apenas dois: o primeiro, abrangendo a ‘correspondência’ e as ‘comunicações telegráficas’: ‘é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas’; o segundo, a envolver ‘dados’ e ‘comunicações telefônicas’. Se estou certo neste enfoque, rechaço

Verificado o verdadeiro alcance da exceção – que admite violação do sigilo de dados e das comunicações telefônicas desde que por determinação judicial, com base em lei que estabeleça as suas hipóteses e a sua forma, para fins exclusivamente de persecução penal –, vejamos qual é o caráter da proibição estabelecida quanto ao sigilo das demais hipóteses.

1.4 *Caráter da proibição de violação do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas*

Perante o silêncio do dispositivo em estudo sobre a possibilidade de violação dos sigilos não abrangidos pela exceção nele prevista, inevitável a questão: é absoluto ou relativamente inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas? No primeiro caso, seria totalmente proibido o seu afastamento; no segundo, não, podendo ceder se preenchidos determinados e excepcionais requisitos.

Nos textos constitucionais anteriores, exceto o de 1937,¹⁴ não havia

a possibilidade de se ter o sigilo relativo a ‘dados’ como inafastável. O sigilo, a meu ver, pode ser afastado mediante a aplicação do que se contém na parte final do preceito, conforme a expressão: ‘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’” (STF, Pleno, Pet. QO 577, rel. Min. Carlos Velloso, j. 23.03.1992, RTJ 148/366).

14. “Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no

ressalva. Sob a égide da Carta autoritária de 1969, defendeu Ada Pellegrini Grinover a sua tese *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Nesse trabalho, que posteriormente veio a ser publicado e se tornou o mais importante estudo pátrio sobre o tema, sustentou a possibilidade de realização das interceptações telefônicas. Como não havia permissão do texto fundamental para que se pudesse violar o sigilo dessa modalidade de comunicação, afirmou, principalmente com base na obra de Jean Rivero (*Les libertés publiques*, 1973), que “as liberdades públicas não são mais entendidas como em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias”.¹⁵

País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 6.º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei;”. A Constituição de 1824 considerou inviolável “o segredo das cartas” no inc. XXVII do art. 179; a de 1891 o fez quanto ao “sigilo da correspondência”, no art. 72, § 18. Assim também as demais: 1934, art. 113, 8; 1946, art. 141, § 6.º; 1967, art. 150, § 9.º e a EC 1, de 1969, no art. 153, § 9.º, todas, como se disse, sem ressalvas.

15. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 251.

Adotada pelo STF e repetida à exaustão pela doutrina posterior, a linha de raciocínio relativizadora dos direitos ganhou ares de verdade absoluta. Mesmo contra o “aparente” texto constitucional, que só permitia o afastamento do sigilo no caso de Estado de Sítio e nas medidas de emergência, defendia-se a possibilidade de interceptação telefônica.

É essa a base da corrente que, hoje, sustenta serem relativos os sigilos não excepcionados pelo inc. XII do art. 5.º da Constituição da República. De acordo com esse entendimento, “a questão central, segundo o constitucionalismo moderno, não é se o legislador pode ou não restringir direitos, senão se sua intervenção se dá dentro de limites excepcionais e proporcionais”.¹⁶

Para outros, contudo, a proibição tem caráter absoluto.¹⁷ Como a Consti-

16. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica...* cit., p. 173. No mesmo sentido, entre outros: JESUS, Damásio Evangelista de. *Interceptação de comunicações telefônicas*. Notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. RT, São Paulo: RT, v. 735, p. 458-473, jan. 1997; MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 169. No STF: Pleno, Pet. QO 577, rel. Min. Carlos Velloso, j. 23.03.1992, RTJ 148/366. No julgamento do HC 70.814, o Min. Celso de Mello invocou a teoria para entender lícita a violação de correspondência de preso pela administração após fazer longa transcrição do trabalho de Ada Pellegrini Grinover (1.ª T., j. 1.º.03.1994, RTJ 176/1136).

17. GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 9-13; TUCCI, Rogério Lauria. *Op. cit.*, p. 406;

tuição só excepcionou alguns casos de sigilo, certamente só estes entendeu violáveis. Se quisesse de outra forma, teria estendido a ressalva às outras hipóteses previstas no dispositivo em comento.

À clareza do regramento interpretado, soma-se um importante fator sistemático: o Constituinte, nas ocasiões em que entendeu oportuno, excepcionou as garantias inscritas no texto constitucional. De fato, segundo a Constituição da República, apenas no Estado de Defesa (art. 136, § 1.º, I, *b e c*) e no Estado de Sítio (art. 139, III) são legítimas as restrições ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas.

Ora, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio são hipóteses extremas, nas quais se verificam situações calamitosas e extravagantes. Nelas, o Estado tem, dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição da República, possibilidade de maior intervenção e restrição das garantias individuais.

As medidas excepcionalmente permitidas nesses casos pela Carta Política são tão graves que só podem ser legitimamente implementadas com a aprovação (posterior, no Estado de Defesa, e anterior, no de Sítio) da maioria absoluta do Congresso Nacional. O Legislativo, ademais, se estiver em recesso, será convocado em cinco dias para a decisão, e não poderá deixar de funcionar durante o tempo

em que durar a situação excepcional (arts. 136, §§ 4.º a 6.º, 137, parágrafo único, e 138, §§ 2.º e 3.º).

Além disso, o Estado de Defesa só é utilizável – e, portanto, apto a restringir as garantias individuais em comento – se existir lei que o permita, nos termos da exigência contida no art. 136, § 1.º, da Constituição da República. Inexistente a lei, impossível a tomada de medidas coercitivas.

Se a exigência de lei é genérica para aquela modalidade de exceção, a hipótese do Estado de Sítio retira qualquer dúvida acerca da importância e do tratamento minucioso que o Constituinte dispensou à garantia do sigilo das comunicações: entre as sete medidas restritivas que podem ser tomadas (art. 137, I a VII, da Constituição da República), apenas as “relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão” o serão “na forma da lei”.

Em outras palavras, para violação do sigilo das comunicações, no Estado de Sítio, além do decreto presidencial, é preciso que haja norma ordinária regulamentando a invasão da intimidade e da privacidade.

A Constituição da República, portanto, quando trabalhou o tema, o fez de forma minuciosa. Deixou mais do que clara a excepcionalidade da situação em que permite a violação do sigilo: apenas e tão-somente nos Estados de Defesa e de Sítio. Nessa última hipótese, a par de permitir diversas me-

didadas gravíssimas contra as liberdades públicas, só impôs reserva de lei para a intromissão nas comunicações.

Se lá exigiu norma ordinária, é porque deu importância redobrada para a garantia a ser violada. Diante disso, considerando que a Constituição da República não previu expressamente a possibilidade de afastamento do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas no estado de normalidade das coisas, é porque, indubitavelmente, nesse caso, vetou de forma absoluta a atuação estatal.

Forçoso concluir que, com a atual redação da Constituição da República, não se pode violar o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, salvo nas excepcionais hipóteses previstas nos Estados de Sítio e de Defesa. Ainda que se entenda que os direitos não devem ser revestidos de valor absoluto, esse caráter é uma opção do Constituinte, que é autônomo e onipotente, nas palavras de Canotilho: “É um poder autónomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve ‘dar-se’ uma constituição à Nação. É um poder onipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo”.¹⁸

Pensar de outra forma seria subverter a ordem hierárquica das coisas e ler o ordenamento jurídico de baixo para cima: não obstante a clara opção da Car-

ta, só se entenderia invioláveis tais sigilos se a lei ordinária o proclamasse!

Com direitos fundamentais não se tergiversa. É preciso dar a máxima eficácia ao Diploma Político; é preciso crer em e dar valor às suas opções. A relativização daquilo que por ele foi posto em termos absolutos tem por consequência seu enfraquecimento; a perda, pelo povo, da crença na sua força normativa; a corrosão, enfim, da base da sociedade democrática e legitimamente instituída.

Talvez seja por isso que, mesmo sem abordar a posição constitucional sobre os Estados de Defesa e de Sítio, Ada Pellegrini Grinover, em posterior obra coletiva (elaborada com Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho), tenha mudado de entendimento, passando a defender que, embora seja reprovável, a opção do Constituinte foi a de tornar absoluta a vedação contida no art. 5.º, XII, da Constituição da República.¹⁹

Como prepondera, tanto na jurisprudência²⁰ como na doutrina,²¹ a po-

18. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 94.

19. *As nulidades...* cit., p. 212-213. Também em trabalho individual esta posição foi por ela externada (*O regime brasileiro...* cit., p. 115).

20. A respeito da incidência do princípio da convivência das liberdades públicas para quebra do sigilo das comunicações, vale conferir acórdão proferido no julgamento do MS 23.452, pelo STF, relatado pelo Min. Celso de Mello.

21. Por todos: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato: “A comunicação de dados, assim como as comunicações telegrá-

sição de que é relativa a vedação, resta-nos enfrentar os principais aspectos processuais sobre o tema.

Nessa trilha, Antonio Scarance Fernandes, em obra individual, recorre ao art. 153 do CP, que trata do crime de violação de segredo, para esclarecer as hipóteses em que se admitiria como prova o conteúdo confidencial de uma comunicação. Segundo esse dispositivo, configura crime: “Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem”.

Sendo assim, existindo justa causa, a divulgação do segredo seria lícita. Nas palavras do jurista, “a aferição da justa causa envolve a aplicação do princípio da proporcionalidade e só se justifica a utilização do conteúdo secreto como prova quando, em determinado caso, há necessidade de se dar proteção a bem de maior valor do que o preservado pelo sigilo do segredo, desde que

ficas e a correspondência, são colocadas pelo legislador constituinte em termos de proibição absoluta, já que só abre exceção expressa à interceptação das comunicações telefônicas. A proibição, na verdade, é aparentemente absoluta, já que no concerto das liberdades públicas todos os valores devem ser encarados relativamente, de molde a encontrar-se uma harmonia no sistema” (*Provas ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 173).

também esteja amparado constitucionalmente”.²²

2. O sigilo das comunicações telefônicas

2.1 Delimitação conceitual

Há divergência quanto ao que venha a ser comunicação telefônica. Para a corrente mais tradicional, que se pode denominar *restrita*, trata-se apenas da “que se caracteriza pela transmissão de voz entre interlocutores”,²³ excluídos outros conteúdos de comunicação que também podem ser transmitidos pelo sistema telefônico. Para uma linha *ampla*, nesse conceito estariam incluídas todas as formas de “transmissão, emissão, recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio da telefonia, estática ou móvel (celular)”.²⁴

O segundo entendimento há de prevalecer, uma vez que a linha telefônica, nos dias de hoje, é utilizada para muito mais atividades do que quando idealizada, e isso é notório. Por essa

22. SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal... cit.*, p. 94.

23. GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 9. Entre outros, também neste sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades... cit.*, p. 217-218.

24. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica... cit.*, p. 100. Nos tribunais: TRF 3.^a Reg., ApCrim 2000.61.81.007596-0, rel. Juíza Suzana Camargo, j. 03.08.2001.

razão é que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), em seu art. 60, define telecomunicação como “transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

A restrição pretendida pela primeira corrente, ademais, não encontra respaldo na própria *praxis* do legislador. Já em 1940 estabeleceu-se a diferença entre comunicação e conversação no art. 151 do CP,²⁵ distinção que não pode simplesmente ser deixada de lado em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio.²⁶

25. Esse dispositivo, que prevê, no seu *caput*, o delito de violação de correspondência, descreve, nos incisos do seu § 1.º, o crime de violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica: “II – quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas; III – quem impede a comunicação ou a conversação referidas no número anterior”.

26. A importância prática da conceituação de “comunicação telefônica” revelou-se com o advento da Lei 9.296/96. Diversos doutrinadores debateram a constitucionalidade do alcance dado pelo parágrafo único do art. 1.º àquela norma, possibilitando a “interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”. O dispositivo teve sua validade, por causa disso, discutida no STF (Pleno, MC. na

Por outro lado, os dados telefônicos são as informações relacionadas às ligações telefônicas pretéritas, isto é, dia, horário, duração, número das linhas chamadas etc. Tais dados, por sua vez, diferem dos cadastrais, que são aqueles usualmente fornecidos para a contratação do serviço (de qualquer serviço hoje em dia, aliás, inclusive o bancário): nome, filiação, documento de identidade (RG, RNE), cadastro de pessoa física (CPF), endereço etc.

Os dados telefônicos e os cadastrais integram a intimidade do indivíduo e, como tal, recebem proteção constitucional (art. 5.º, X e XII, segundo a já sustentada leitura intermediária). Assim, para a violação do seu sigilo, deverá haver ordem judicial devidamente motivada e com respaldo em lei forjada na forma do princípio da proporcionalidade.

Não há, contudo, para ambos os casos, a imprescindível previsão legal. A Lei 9.296/96 só trata das “co-

ADIn 1.488, rel. Min. Néri da Silveira, j. 07.11.1996, v.u., DJU 20.03.2001), que indeferiu o pedido de liminar por inexistência de *periculum in mora* e, ao final, por entender ser a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol) carecedora de legitimidade passiva, negou seguimento à ADIn.

A discussão, contudo, adotada a leitura intermediária (2.3, supra) do art. 5.º, XII, da Constituição da República, não tem razão de ser, porque, deste ponto de vista, o parágrafo único tão questionado estaria apenas e tão-somente integrando aquela norma no que diz respeito à comunicação de dados.

municações telefônicas” (art. 1.º) e o § 1.º do art. 6.º (“No caso da diligência possibilitar a gravação”) deixa isso claro. Como não é cabível a analogia para a restrição de direitos fundamentais, pode-se entender que, da mesma maneira que se posicionou o STF quanto às interceptações antes do advento daquela Lei,²⁷ deveria a nossa jurisprudência ter-se colocado quanto à violação do sigilo dos dados telefônicos e dos dados cadastrais. Não foi o que ocorreu: prevalece o entendimento de que, embora não seja imprescindível a norma ordinária, impõe-se a decisão judicial.²⁸

27. STF, HC 69.912, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.12.1993.

28. A pedido do Ministério da Justiça, formou-se comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Almeida Castro, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Guilherme Vieira para realizar nova proposta de lei para as interceptações telefônicas. O Anteprojeto que surgiu desse trabalho foi encaminhado em 2003 para aquele órgão da Função Executiva do Poder onde, ao que se sabe, ainda não tomou qualquer andamento, mas a sua exposição de motivos foi publicada pela professora que encabeça o grupo (Novo anteprojeto de lei disciplina a quebra de sigilo das comunicações telefônicas. *Revista Literária de Direito*, ano 9, n. 47, p. 19-21, São Paulo, jun.-jul. 2003). O seu art. 5.º, § 1.º prevê que podem “(...) o Ministério Público e a autoridade policial requisitar das prestadoras dos serviços de telefonia, exclusivamente para os fins da formulação do pedido, o cadastro relativo ao

Por fim, importante anotar que o art. 3.º da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) estabelece que “o usuário de serviços de telecomunicações tem direito: (...) V – à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas; VI – à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso; (...) IX – ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço”.

2.2 *A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova*

Nota-se, atualmente, desenvolvimento crescente de meios eletrônicos de captação de provas como maneira de se perseguir a criminalidade moderna, própria da sociedade contemporânea marcada pelo avanço tecnológico e pela globalização.

Entre esses instrumentos probatórios, encontra-se a interceptação tele-

nome, número de telefone e endereço do titular da linha ou do local onde o aparelho estiver instalado”. A constitucionalidade do dispositivo idealizado é questionável, não só porque, como já se disse, os *dados* (quaisquer, inclusive os telefônicos) só são violáveis se respeitadas as exigências do art. 5.º, XII (leitura *intermediária*), mas também porque, ainda que assim não fosse, nossos Tribunais têm decidido que, neste campo, exige-se sempre decisão judicial ou, quando muito, de comissão parlamentar de inquérito, por força de equiparação constitucional.

fônica, isto é, a captação de conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores (interceptação telefônica em sentido estrito) ou com o conhecimento de apenas um deles (escuta telefônica). O traço característico da interceptação, portanto, é a intervenção de terceiro.²⁹ Se a conversa é gravada por um dos interlocutores, não haverá interceptação, mas gravação clandestina.

A respeito dos diversos tipos de captação eletrônica da comunicação, seja telefônica ou ambiental, vale citar o magistério de Grinover, Scarance e Magalhães:

“Vê-se daí que existem várias modalidades de captação eletrônica da prova: (a) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; (b) a interceptação de conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; (c) a interceptação da conversa entre presentes, por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; (d) a interceptação da conversa entre presentes por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; (e) a gravação clandestina da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; (f) a gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presen-

tes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s)”.³⁰

A Constituição pátria, no art. 5.º, XII, admitiu, expressamente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas, “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Com o objetivo de regulamentar essa norma, adveio a Lei 9.296/96, que tratou do procedimento da interceptação telefônica. A partir desse marco, a interceptação telefônica passou a ser um meio válido de obtenção de prova.

O resultado da interceptação constitui fonte de prova. Já a gravação, que permite a reprodução sonora do objeto da prova, e a degravação (documento que introduz a conversa telefônica nos autos da investigação ou do processo) configuram meios de prova.

Ressalte-se que a interceptação telefônica tem natureza cautelar, uma vez que visa assegurar a realização de prova acerca de determinado fato, tal como ele se apresentava no momento da conversa. Por se tratar de medida cautelar, a interceptação deverá atender aos pressupostos típicos da cautelaridade, quais sejam, *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

2.3 Análise da Lei 9.296/96

O art. 1.º da Lei 9.296/96 limita a incidência do estatuto legal à interceptação de comunicações telefônicas

29. Luiz Francisco Torquato Avolio destaca também, como marca da interceptação, a intenção do terceiro “de tomar conhecimento de circunstâncias que, de outra forma, lhe permaneceriam desconhecidas” (op. cit., p. 92).

30. *As nulidades...* cit., p. 208.

de qualquer natureza. Por mencionar os termos *interceptação e telefônica*, conclui-se que o legislador pretendeu tratar apenas das formas de captação de comunicação feita por terceiro (pessoa diversa dos interlocutores) e por meio do telefone. Assim, excluem-se do âmbito de abrangência da lei as gravações clandestinas (realizadas por um dos interlocutores) e a captação de conversa ambiental.

Discute-se se a escuta telefônica (interceptação telefônica realizada com o conhecimento de um dos interlocutores) seria disciplinada pela Lei 9.296/96. Para Luiz Francisco Torquato Avolio, o legislador ordinário apenas cuidou da interceptação telefônica em sentido estrito, sem mencionar a escuta telefônica, que, no entanto, poderia ser autorizada judicialmente por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade.³¹ Já para Luiz Flávio Gomes, o diploma legal englobaria todas as formas de interceptação telefônica, inclusive com a ciência de um dos interlocutores.³²

O art. 2.º da Lei 9.296/96 estabelece os casos em que não será permitida a interceptação. Extraem-se da interpretação dessa norma, conjugado ao disposto no art. 5.º, XII, da Constituição da República, os requisitos necessários à realização da interceptação telefônica, a saber: (i) decisão judicial; (ii) motivação; (iii) utilização na esfera penal;

(iv) *fumus boni juris* (probabilidade da autoria e da ocorrência de infração penal); (v) *periculum in mora* (inexistência de outros meios disponíveis para realização da prova); e (vi) crimes punidos com reclusão.

Grinover, Scarance e Magalhães criticam a redação desse artigo, pois inverteu a orientação dada pela Constituição da República, no sentido de ser o sigilo a regra e a sua quebra, a exceção.³³

Além disso, em vez de permitir a interceptação da comunicação telefônica em casos taxativos, o legislador pátrio optou por adotar forma genérica, possibilitando a interceptação em todos os crimes apenados com reclusão. Desse modo, admitiu a interceptação telefônica para a prova de crimes em que seria desnecessária e impediu a sua realização em casos nos quais consistiria valioso meio de obtenção de prova (v.g., delitos contra a honra e de ameaça praticados por telefone).³⁴

Melhor seria se o legislador tivesse procedido como no direito compa-

33. *As nulidades...* cit., p. 218-219.

34. Antonio Magalhães Gomes Filho chega a entender ser inconstitucional, por violação ao princípio da proporcionalidade, o mencionado dispositivo, na medida em que desrespeita o art. 5.º, XII, que certamente não pretendia dar ao legislador ordinário uma *carta branca* para que autorizasse a apuração de todos os crimes punidos com reclusão (A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96. *Bol. IBCCrim*, n. 45, p. 14, São Paulo, ago. 1996).

31. *Op. cit.*, p. 163.

32. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica...* cit., p. 96.

rado, no Projeto Miro Teixeira,³⁵ ou ainda no Anteprojeto apresentado em 2003 ao Ministério da Justiça,³⁶ em que se prevê um rol taxativo de crimes que, por sua gravidade ou maneira peculiar de execução, são passíveis de medida extrema.

35. O art. 1.º previa como passíveis de interceptação as comunicações apontadas em investigação ou instrução processual penal relativa a “I – terrorismo; II – tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; III – tráfico de mulheres e subtração de incapazes; IV – quadrilha ou bando; V – contra a ordem econômica e financeira; VI – falsificação de moedas; VII – extorsão simples e extorsão mediante seqüestro; VIII – contrabando; IX – homicídio qualificado e roubo seguido de morte; X – ameaça ou injúria quando cometidas por telefone; XI – outros decorrentes de organização criminosa”.
36. Assim como o Miro Teixeira, previu um rol no seu art. 1.º: “I – tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; II – tráfico de seres humanos e subtração de incapazes; III – tráfico de armas, munições e explosivos; IV – tráfico de espécimes da fauna silvestre; V – lavagem de dinheiro; VI – contra o sistema financeiro nacional; VII – contra a ordem econômica e tributária; VIII – contra a administração pública, desde que punidos com pena de reclusão; IX – falsificação de moeda ou a ela assimilados; X – roubo, extorsão simples, extorsão mediante seqüestro, seqüestro e cárcere privado; XI – homicídio doloso; XII – ameaça quando cometida por telefone; XIII – decorrente de ações praticadas por organização criminosa; XIV – decorrente de ações de terrorismo”.

A teor do que exige a Constituição da República, somente o juiz pode determinar o afastamento do sigilo telefônico. De outra parte, indaga-se quem poderia requerê-lo.

Segundo o art. 3.º da Lei 9.296/96, a interceptação telefônica poderá ser determinada de ofício pelo juiz ou requerida pela autoridade policial ou pelo representante do Ministério Público.³⁷ Equívocou-se o legislador ao não conferir, tal como se faz no Anteprojeto,³⁸ legitimidade ao acusado para pleitear a medida, uma vez que ela poderia ser útil a sua defesa. Todavia, ante o princípio da ampla defesa, a interceptação telefônica poderá por ele ser requerida, não obstante a falta de previsão legal.³⁹

Quanto à vítima, é silente a lei atual. Pela amplitude de crimes a que se aplica (entre eles, por exemplo, o de estupro, que, em regra, é de ação penal privada), não se poderia excluir a legitimidade para propor a interceptação. Também aqui, portanto, melhor a posição adotada no Projeto Miro Teixeira e no Anteprojeto de 2003.

37. O Ministério Público tem legitimidade para requerer a interceptação telefônica, mas não para conduzi-la diretamente, como já decidiu o TJRJ: ApCrim 2025/2005, rel. Des. Valmir de Oliveira Silva, j. 09.08.2005.
38. Art. 5.º, § 2.º: “O suspeito ou acusado e, no caso do inc. XII do art. 1.º, o ofendido ou seu representante legal, poderá formular o pedido mediante requerimento dirigido ao juiz competente”.
39. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit., p. 184.

As comissões parlamentares de inquérito (CPIs) não podem determinar a interceptação telefônica, em virtude do princípio da reserva de jurisdição.⁴⁰ Tampouco podem requerê-la, na medida em que, além de não estarem entre os sujeitos do art. 3.º, não se consubstanciam em investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5.º, XII, da Constituição da República).

Por outro lado, Luiz Flávio Gomes afirma que as CPIs, por terem poderes investigatórios equiparados aos dos juízes (art. 58, § 3.º, da Constituição da República), poderiam quebrar o sigilo de dados telefônicos, ressalvando a necessidade de verificação judicial *a posteriori* da legalidade da decisão.⁴¹

Tal entendimento, predominante na jurisprudência,⁴² esbarra na leitura *intermediária* do art. 5.º, XII, da Constituição da República. Como já mencionado, também os dados telefônicos e os dados cadastrais estão encobertos pela reserva de jurisdição, logo, as CPIs não estão autorizadas a requisitar diretamente essas informações.

Conforme o disposto no art. 5.º da Lei 9.296/96, a interceptação deverá ser realizada no prazo determinado de

15 dias, prorrogável por igual período, desde que demonstrada a indispensabilidade do “meio de prova”. A maior parte da doutrina espousa que, presentes os pressupostos autorizadores da medida, o juiz poderá prorrogar a interceptação indeterminadamente, enquanto se fizer necessária.⁴³

Em sentido contrário, aduz Sérgio Marcos de Moraes Pitombo que o prazo máximo de 30 dias para a manutenção da interceptação telefônica não poderá ser alargado, pois se trata de norma limitadora de direito individual e que, por conta disso, deve ser interpretada restritivamente.⁴⁴ Uma leitura sistemática do ordenamento jurídico parece conduzir à mesma conclusão adotada por esse jurista, ou seja, o prazo para a interceptação telefônica não poderá ser superior a 30 dias.

A esse respeito, sustenta Geraldo Prado, com base na interpretação da Constituição da República, que a delimitação temporal de 30 dias é razoável e não pode ser extrapolada. Para tanto, o autor fundamenta-se nas normas atinentes ao Estado de Defesa. O § 2.º do art. 136 da Carta Magna prevê que o “tempo de duração do estado de defesa não será superior a 30 dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que

40. Nesse sentido: STF, MS 23.452, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999.

41. GOMES, Luiz Flávio. Quebra do sigilo dos dados ou registros telefônicos pelas CPIs. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 16 out. 2000.

42. Remete-se, mais uma vez, à leitura do seguinte acórdão: STF, Pleno, MS 23.452, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999.

43. GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, ANTONIO; GOMES FILHO, ANTONIO Magalhães. *As nulidades...* cit., p. 226; GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 31-32.

44. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Op. cit.*, p. 7-8.

justificaram a sua decretação”. O prazo máximo daquela exceção dirigida ao restabelecimento da normalidade institucional é, portanto, de 60 dias.

Daí concluir, após profunda incursão sobre a diferença entre o que motiva a restrição e o que motiva a suspensão dos direitos fundamentais, que supor “que o mais grave estado de instabilidade social deve ser tratado com medidas mais brandas que as dirigidas ao controle da criminalidade comum, ainda que envolvida em crimes violentos, praticados por organizações criminosas ou contra a ordem econômica, não é razoável!”.⁴⁵

Atenta a isso, a Comissão que ofereceu o Anteprojeto ao Ministério da Justiça previu o seguinte texto, que parece estar plenamente adequado à leitura sistemática da Constituição:

“Art. 9.º O juiz fixará a duração das operações até o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual período, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida.

“§ 1.º Após a primeira renovação, as demais, por igual período, dependerão da verificação da excepcionalidade do caso concreto, baseada na apresentação ao juiz competente de relatório circunstanciado a respeito do resultado das operações já desenvolvidas, não podendo, contudo, o prazo má-

ximo das operações técnicas exceder a 60 (sessenta) dias, exceto quando se tratar de investigação relativa a crime permanente, enquanto não cessar a permanência.

“§ 2.º Para cada prorrogação, será necessária nova ordem judicial, devidamente motivada, observado o disposto no art. 6.º”.

A interceptação telefônica tramitará em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou processo criminal, devendo ser assegurado o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas (art. 8.º da Lei 9.296/96). O sigilo é necessário em relação a terceiros, para se evitar publicidade indevida das conversas telefônicas, que podem conter informações íntimas das partes ou de terceiros.

Importante, nessa fase, a garantia do contraditório – ainda que diferido – ao acusado para que ele verifique a idoneidade da operação de interceptação, bem como a licitude da prova dela decorrente.

Grinover, Scarance e Magalhães asseveram que o contraditório deverá instaurar-se “(...) tão logo se considere que o conhecimento do resultado da diligência não importará em prejuízo ao prosseguimento das investigações ou do processo. (...) Por isso, não se pode aceitar o critério fixado pela lei sobre o momento do apensamento – com a conseqüente inauguração do incidente –, regulado no parágrafo único do art. 8.º, como devendo ocorrer imediatamente antes do relatório da autoridade policial ou na conclusão

45. PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 25-45. O trecho está especificamente na p. 40.

do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407 e 502 do CPP”.⁴⁶

É essa a posição adotada no atual Anteprojeto. Nele, ademais, está previsto um incidente probatório. Assim que possível, é dada ciência ao Ministério Público, ao investigado ou acusado e ao seu defensor. Após contato com a prova gravada, cada um indica os trechos a serem transcritos, cabendo, inclusive, recurso em sentido estrito contra a decisão (arts. 16 e 17). O sigilo das gravações e dos autos, como era de se esperar, deve ser escrupulosamente mantido (art. 28).

2.4 *Interceptação ambiental (ou entre presentes) e gravação clandestina*

A interceptação ambiental (gravação sub-reptícia de conversa entre presentes realizada por terceiro no ambiente em que os interlocutores se encontram) e a gravação clandestina (registro de conversa feita por um dos interlocutores) não estão acobertadas pelo sigilo previsto no art. 5.º, XII, da Constituição da República, que cuida apenas das comunicações telefônicas.

Todavia, essas duas formas de comunicação encontram tutela no art. 5.º, X, da Carta Magna, que garante os direitos à intimidade e à vida privada.⁴⁷

46. *As nulidades...* cit., p. 227-228.

47. É o magistério de Antonio Scarance Fernandes: “A Constituição Federal cuidou expressamente da interceptação telefônica, admitindo-a, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que fosse estabelecida em lei, para fins

Mais recentemente, a Lei 10.217/2001 introduziu norma na Lei dos Crimes Organizados a respeito da interceptação ambiental. Reza o art. 2.º, IV, da Lei 9.034/95: “Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”.

No tocante à gravação clandestina, a divulgação de conversa mantida com outrem, se não estiver acobertada por justa causa (em regra, alguma excludente de ilicitude como, por exemplo, a legítima defesa), pode caracterizar o crime de violação de segredo, prescrito no art. 153 do CP.⁴⁸ O dispositivo fala em “documento” ou “correspondência”. A nenhum desses equivale uma gravação...

de investigação criminal e instrução processual penal (art. 5.º, XII, parte final). Abrange-se aí a interceptação feita por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores ou com conhecimento de um deles. Não fica incluída a gravação de conversa por terceiro ou por um dos interlocutores, à qual se aplica a regra genérica de proteção à intimidade e vida privada do inc. X do mesmo dispositivo constitucional” (*Processo penal...* cit., p. 95).

48. Sobre a licitude da gravação clandestina, confira-se paradigmático julgado do STF: HC 75.338-RJ, rel. Min. Nelson Jobim, j. 11.03.1998.

Nesse passo, recorde-se o ensinamento de Luiz Francisco Torquato Avolio: “Qualquer pessoa pode gravar sua própria conversa. O que se proíbe é a divulgação indevida. Isto porque, em nosso ordenamento, a comunicação do teor da carta ou de outros dados, pelo destinatário a terceiro, sem o assentimento do remetente, não configura crime contra a inviolabilidade da correspondência, embora possa tipificar o de divulgação de segredo”.⁴⁹

O autor faz distinção entre dois momentos do direito à intimidade: o direito ao segredo (direito a impedir que a atividade de terceiro desvende as particularidades da privacidade alheia) e o direito à reserva (direito a impedir a divulgação de notícias particulares legitimamente conhecidas pelo divulgador). Dessarte, a proibição de divulgar conversa gravada por um dos interlocutores situar-se-ia no âmbito do direito à reserva.

Se o conteúdo captado clandestinamente não for secreto e inexistir a obrigação legal de guardar sigilo, a gravação poderá ser empregada como prova, sendo considerada lícita. Mesmo quando se tratar de prova ilícita, a gravação clandestina pode vir a ser admitida como prova, por força da aplicação do princípio da proporcionalidade, desde que em favor do acusado (prova ilícita *pro reo*).⁵⁰

A respeito da gravação clandestina, esclarece José Laércio Araújo que “(...)

mesmo sem disciplina legislativa, a jurisprudência e a doutrina não consideram ilícita essa prova, admitindo-a, todavia, tão-somente no que diz respeito à defesa dos próprios direitos e interesses. Essa prova, embora ilícita, poderia ser utilizada não para a prova de culpa do interlocutor que desconhecia a gravação, mas, sim, como meio de defesa para provar os direitos, a inocência da pessoa que gravou a conversa”.⁵¹

Prevê o Anteprojeto no seu art. 4.º, em consonância com a jurisprudência consolidada no STF, que “não se sujeita a esta lei a gravação de conversa própria, sem conhecimento do interlocutor, por telefone ou por outros meios, mas sua divulgação só será permitida para o exercício regular de um direito”.

3. O sigilo de correspondência

3.1 Delimitação conceitual

Entende-se por correspondência, em sentido amplo, o instrumento habitual por meio do qual uma pessoa notícia uma situação ou um fato a outra, que se encontra fisicamente distante.⁵² Engloba, portanto, toda comunicação escrita e verbal, pelo espaço, por cartas, telegramas, telefone, radiotelefonia e radiotelegrafia. Em sentido estrito, correspondência seria apenas as missivas, enquanto forma de comunicação escrita.

51. ARAÚJO, José Laércio. *Intimidade, vida privada e direito penal*. São Paulo: Habeas, [s/d]. p. 98.

52. SCALISI, Antonino. *Il diritto alla riservatezza*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 125-126.

49. Op. cit., p. 100.

50. Idem, p. 201-202.

Antonino Scalisi identifica, na carta, dois elementos distintos: um material (a substância da qual a carta é feita) e outro imaterial (o conteúdo informativo da carta). Sobre esses elementos recaem diversos direitos, como o direito à propriedade, o direito à privacidade e o direito ao segredo.⁵³

O sigilo de correspondência decorre do interesse na preservação da intimidade, sendo ainda correlato ao direito à inviolabilidade do domicílio. Tal sigilo encontrou ampla proteção nos diplomas internacionais de direitos humanos. De fato, essa garantia está prevista no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem; art. 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; art. 8.º da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem; e art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No direito pátrio, o sigilo de correspondência está previsto no citado art. 5.º, XII, da Constituição da República, bem como no art. 233 do CPP, segundo o qual “as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”.

O sigilo de correspondência deve ser visto sob dois aspectos. De um lado, no que tange ao remetente, garante a livre manifestação do pensamento, ou seja, a liberdade de comunicar. De outro, com relação ao destinatário, assegura o direito de receber a informação. Ressalta José Laércio Araújo que, “com o recebimento da carta, seu destinatário

transforma-se em seu proprietário e, em conformidade com a tutela da intimidade, não se reveste de autoridade e do poder de divulgá-la a seu talante”.⁵⁴

Segundo o autor, o destinatário poderá publicar a carta se ela não tiver cunho confidencial e não representar obra literária, passível de direito autoral. Já a publicação de cópia da carta pelo remetente, após a sua entrega, só poderá ser feita com autorização do destinatário, pois poderá trazer informações confidenciais relacionadas a este. De igual maneira, o terceiro, eventualmente referido na carta, gozará da mesma forma de tutela.⁵⁵

Scalisi assevera que a obrigação do destinatário de não divulgar o conteúdo da carta é subordinada ao caráter confidencial da missiva ou à referência feita a fatos íntimos.⁵⁶

3.2 Aspectos de direito material. *Criminalização da violação de correspondência*

O legislador preocupou-se em tutelar o sigilo de correspondência também no âmbito do direito material. De fato, o art. 151, *caput*, do CP criminaliza a conduta de “devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem”. O § 1.º, I, do mesmo artigo, tipifica a conduta de sonegar ou destruir correspondência alheia. O art. 152 do CP cuida, especificamente, da correspondência comer-

53. Op. cit., p. 128.

54. Op. cit., p. 91.

55. Idem, p. 92.

56. Op. cit., p. 133.

cial. Por fim, o art. 153 do CP veda a divulgação de segredo, sancionando a difusão do conteúdo de correspondência confidencial por parte do destinatário ou detentor da carta.

3.3 Restrições ao sigilo de correspondência

Como mencionado anteriormente, a partir da redação do art. 5.º, XII, da Constituição da República, infere-se que o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas é absoluto.

Nessa trilha, seria admissível a violação ao sigilo de correspondência apenas nas situações excepcionais de Estado de Sítio e de Defesa.

Por conta disso, seriam inconstitucionais todos os regramentos tendentes a restringir o sigilo de correspondência, a saber: arts. 355 a 363 do CPC (exibição de documento ou coisa); art. 376 do CPC (cartas como meio de prova); art. 233, parágrafo único, do CPP (exibição das cartas em juízo); art. 234 do CPP (requisição de documento pelo juiz); art. 240, § 1.º, f, do CPP (busca e apreensão de cartas).

No entanto, como salientado, a maior parte da doutrina e jurisprudência defende a inexistência de garantias fundamentais absolutas, em razão do princípio da convivência das liberdades públicas. Dessa ótica, ainda seriam válidos os dispositivos legais supra-referidos.

A esse respeito, o STF já teve a oportunidade de afirmar que a "(...) administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança

pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas".⁵⁷

4. O sigilo de dados

4.1 Delimitação conceitual

O art. 5.º, XII, da Constituição da República, tutela o sigilo de dados, corolário da garantia à privacidade, vista como o direito de o indivíduo excluir do conhecimento alheio aquilo que só a ele é pertinente e que diz respeito ao seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada.⁵⁸

Como destaca Antonio Scarance Fernandes, *dados* podem ser conceituados de maneira restrita ou ampla. Em uma acepção restrita, seriam apenas os registros constantes do computador de um indivíduo, que contivessem segredos a respeito de sua vida. Em um sentido amplo, dados seriam quaisquer anotações pessoais e reservadas, como as constantes de um diário.⁵⁹

Mesmo que se entendesse que dados, em sentido amplo, não estariam

57. STF, HC 70.814, rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.03.1994, RTJ 176/136.

58. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 141.

59. *Processo penal...* cit., p. 94.

protegidos pela referida norma constitucional, subsistiria a proteção genérica da intimidade, positivada no art. 5.º, X, da Constituição da República. Ademais, o art. 5.º, LXXII, da Constituição prevê o *habeas data* como instituto específico a efetivar a tutela do sigilo de dados.

Sobre a extensão do sigilo de dados, no dizer de José Laércio Araújo, abrangeria todas as informações prestadas ao banco de dados, inclusive aquelas meramente qualificativas, como nome, endereço, data de nascimento etc.⁶⁰

4.2 O sigilo dos dados informatizados

O dado informatizado é 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.

O sigilo dos dados informatizados, em nível infraconstitucional, está assegurado no art. 2.º, VIII, da Lei 7.232/84 (Lei de Informática), *verbis*: “A Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios: (...) VIII – estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e vei-

culados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas”.

Entre os dados informatizados, sobleva-se a importância das informações bancárias, aptas a revelar fatos importantes e íntimos de um indivíduo. Por conta disso, as instituições financeiras têm o dever de, salvo justa causa, não as revelar. O sigilo financeiro mereceu proteção especial, sendo regulamentado pela LC 105/2001.

Também estão acobertados pelo sigilo os dados, normalmente informatizados, constantes de arquivos oficiais (v.g., órgãos fiscais, cartórios eleitorais) ou privados (v.g., companhias telefônicas, serviços de proteção ao crédito).

Importa destacar que tramita atualmente no Congresso Nacional projeto de lei destinado a regulamentar o uso de sistemas informatizados e, principalmente, o acesso à internet. Esse projeto, cujo relator é o senador Eduardo Azeredo, traz diversas matérias controversas. Em primeiro lugar, tipifica uma série de crimes cibernéticos, como o dano por difusão de vírus eletrônico; a manipulação indevida de informação eletrônica; a divulgação de informações depositadas em banco de dados; a falsificação de cartão de crédito ou débito ou qualquer dispositivo eletrônico portátil de armazenamento e processamento de informações; etc.

Em segundo lugar, prevê a obrigação de identificação prévia dos usuários da internet, antes de iniciarem qualquer operação que envolva interatividade. O acesso sem prévia identificação confi-

60. Op. cit., p. 112.

guraria crime punido com dois a quatro anos de reclusão e multa.⁶¹ De outro lado, aquele que permitisse o acesso anônimo seria punido com detenção de um a dois anos e multa.⁶²

Além disso, o mencionado projeto estabelece, para fins de investigação, a obrigação dos provedores de acesso à internet de conservar os dados de conexões e comunicações pelo prazo de cinco anos.⁶³

Conclusão

A evolução do texto inicialmente apresentado e daqueles que foram sen-

61. “Art. 154-A. Acessar indevidamente, ou sem autorização, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado: “Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”
62. “Art. 154-F. Permitir, aquele que torna disponível o acesso a rede de computadores, a usuário, sem a devida identificação e autenticação, qualquer tipo de acesso ou uso pela rede de computadores.
“Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.”
63. “Art. 154-E. Deixar de manter, aquele que torna disponível o acesso a rede de computadores, os dados de conexões e comunicações realizadas por seus equipamentos, aptas à identificação do usuário, endereços eletrônicos de origem e destino no transporte dos registros de dados e informações, data e horário de início e término da conexão, incluindo protocolo de internet ou mecanismo de identificação equivalente, pelo prazo de cinco anos.
“Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) meses, e multa.”

do, ao longo da Constituinte, emendados revela que o art. 5.º, XII, da Constituição da República, objeto de imensa controvérsia quanto à sua interpretação, protege os dados em si, o seu próprio conteúdo, e não tão-somente a sua comunicação.

Também a partir da leitura das várias propostas que, aprovadas e emendadas, vieram a corporificar o texto vigente, conclui-se que o referido dispositivo separa as hipóteses tratadas em dois grupos: (i) correspondência e comunicações telegráficas; (ii) dados e comunicações telefônicas. A expressão *no último caso*, que restringe a aplicação da ressalva autorizadora da violação do sigilo, refere-se ao segundo grupo.

Para finalizar o estudo do art. 5.º, XII, da Constituição da República, demonstrou-se, com base em uma leitura sistemática do Texto Político, que, quando quis, fez a própria Carta a ponderação de interesses, deixando-a expressa em suas normas. A partir daí, esclarecendo-se o perigo representado pela relativização dos direitos fundamentais, sustentou-se que a proibição existente naquele dispositivo no tocante ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, em caráter de normalidade (excluídos, portanto, o Estado de Defesa e o de Sítio), é absoluta.

Além disso, mostrou-se que, na atualidade, deve-se conceituar a comunicação telefônica como aquela que inclui “transmissão, emissão, recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de

qualquer natureza, por meio da telefonia, estática ou móvel (celular)",⁶⁴ na medida em que, desde 1940, já havia a distinção entre "comunicação" e "conversa" no Código Penal (art. 151, § 1.º, II e III).

Diferenciaram-se, na seqüência, as comunicações telefônicas dos dados telefônicos (informações relacionadas às ligações telefônicas pretéritas, isto é, dia, horário, duração, número das linhas chamadas etc.) e dos dados cadastrais (aqueles costumeiramente fornecidos para a contratação do serviço, como nome, filiação, documento de identidade, CPF, endereço etc.). Estes também, por força da leitura intermediária do art. 5.º, XII, da Constituição, são violáveis apenas se presente lei específica que autorize, em casos excepcionais, para fins de persecução penal, a decisão judicial constritiva.

Destacaram-se, em seguida, as características da interceptação telefônica, meio de prova de natureza cautelar, que tem por traço distintivo a intervenção de terceiro na comunicação realizada entre dois indivíduos que a desconhecem, diferenciando-se, assim, da escuta telefônica e da gravação clandestina.

Da conjugação dos dispositivos constitucionais com os previstos na Lei 9.296/96 inferiu-se que são requisitos para a interceptação: (i) decisão judicial; (ii) motivação; (iii) utilização na esfera penal; (iv) *fumus boni juris* (pro-

babilidade da autoria e da ocorrência de infração penal); (v) *periculum in mora* (inexistência de outros meios disponíveis para realização da prova); e (vi) crimes punidos com reclusão.

Demonstrou-se, outrossim, que, não obstante o silêncio do legislador, além do Ministério Público e da autoridade policial, também o investigado ou acusado é, no regime atual, legitimado a requerer a interceptação, caso essa seja a única possibilidade de exercer sua defesa. Quanto à vítima, defendeu-se o texto do Anteprojeto de Lei apresentado em 2003 ao Ministério da Justiça, no qual se previu a possibilidade, em casos restritos, da realização do pedido.

Com base na leitura intermediária do art. 5.º, XII, da Carta Política, ademais, demonstrou-se a impossibilidade de a CPI requerer a interceptação telefônica ou determinar diretamente a quebra de sigilo de dados cadastrais ou telefônicos, a despeito da jurisprudência equivocadamente consolidada em contrário, em razão da reserva de jurisdição e pelo fato de o procedimento entabulado neste órgão não se tratar de "investigação criminal ou instrução processual penal".

A partir de uma interpretação sistemática da Constituição da República e da Lei 9.296/96, defendeu-se a razoabilidade do prazo máximo de 30 dias de interceptação telefônica. Pensar da mesma maneira defendida pela jurisprudência e doutrina hoje majoritárias é sustentar que o atual estado de normalidade é mais agudo do que

64. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica...* cit., p. 100.

aquele que autoriza o Estado de Defesa, um contra-senso que dispensa qualquer consideração. Nessa medida, de todo coerente o prazo máximo de 60 dias previsto no art. 9.º do novo Anteprojeto de Lei.

Por fim, ainda na análise pontual – mas não exauriente – da Lei de Interceptação, esposou-se, nos moldes do que vem previsto no novo Anteprojeto, a apresentação do resultado das interceptações ao Ministério Público, ao imputado e ao seu defensor tão logo tal medida não torne inócua a obtenção da prova, de maneira a permitir o pronto conhecimento e a possibilidade de reação, ainda que diferida, do interessado.

A correspondência, que pode ser conceituada de forma ampla ou restrita, tem dois elementos distintos: um material e um imaterial, sobre os quais recaem direitos diversos, como à propriedade, à privacidade e ao segredo.

Decorrente do interesse na preservação da intimidade, o sigilo da correspondência encontra respaldo em diversos diplomas internacionais de direitos humanos e, no ordenamento pátrio, está assegurado, ordinariamente, por diversos dispositivos, como os arts. 233 do CPP e 151 a 153 do CP.

A despeito do posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, sustentou-se que, perante o caráter absoluto da inviolabilidade estabelecida pela Constituição, são inconstitucionais todos os dispositivos legais que, de alguma maneira, permitem, em período de normalidade, a violação do sigilo de correspondência.

A preocupação do Diploma Político com os dados não se revelou apenas nos incs. X e XII do art. 5.º, mas também com a previsão, inédita, do *habeas data* (inc. LXXII da mesma norma).

Já os dados informatizados, que são uma informação numérica, de formato capaz de ser entendido, processado ou armazenado por um computador ou parte integrante de um sistema de computador – e que abrangem, por óbvio, aqueles contidos em arquivos oficiais ou privados –, estão, em nível infraconstitucional, assegurados pelo art. 2.º, VIII, da Lei 7.232/84 (Lei de Informática).

Tamanha a importância do assunto, corre no Congresso Nacional Projeto de Lei que criminaliza diversas condutas voltadas contra os dados informatizados, seja quanto ao seu conteúdo, seja quanto à sua comunicação.

Bibliografia

- ARAÚJO, José Laércio. *Intimidade, vida privada e direito penal*. São Paulo: Habeas, [s/d].
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: RT, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CRETILLA JR., José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. v. 1.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, ano 1, p. 141-154, out.-dez. 1992.
- FRANCO, Alberto Silva et al. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 1.
- _____. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96. *Bol. IBCCrim*, São Paulo, n. 45, p. 14, ago. 1996.
- _____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. Quebra do sigilo dos dados ou registros telefônicos pelas CPIs. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 16 out. 2000.
- _____; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: RT, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.
- _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- _____. Novo anteprojeto de lei disciplina a quebra de sigilo das comunicações telefônicas. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, ano 9, n. 47, p. 19-21, jun.-jul. 2003.
- _____. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 17, p. 112-126, jan.-mar. 1997.
- _____; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Interceptação de comunicações telefônicas. Notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. *RT*, São Paulo: RT, v. 735, p. 458-473, jan. 1997.
- LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei 9.296/96 (Lei de interceptação de comunicações telefônicas). *Bol. IBCCrim*, São Paulo, n. 56, p. 3-4, jul. 1997.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Sigilo nas comunicações: aspecto processual penal. *Bol. IBCCrim*, São Paulo, n. 49, p. 7-8, dez. 1996.
- PRADO, Geraldo. A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos. *Bol. IBCCrim*, São Paulo, n. 55, p. 13-14, jun. 1997.
- _____. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- REALE JR., Miguel. A inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário estabelecido pelas Leis Complementares 104/2001 e 105/2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 10, n. 39, p. 251-263, jul.-set. 2002.
- _____. Incompetência do Ministério Público para a quebra de sigilo bancário. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SCALISI, Antonino. *Il diritto alla riservatezza*. Milano: Giuffrè, 2002.
- SCARANCE FERNANDES, Antonio. O sigilo financeiro e a prova criminal. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- _____. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, cidadania e violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.