

COMENTÁRIOS À LEI QUE REGULAMENTA A PRODUÇÃO DE PROVAS MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES

ROSSANA DE AR4ÚJO ROCHA
Acadêmica do 6º Período do Curso de Direito da UFRN

INTRODUÇÃO

Depois de quase oito anos de vigência da mais recente Constituição Federal brasileira, foi publicada, no Diário Oficial da União de 25 de julho do corrente, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5.º dessa Carta Magna.

O inciso do qual a lei se refere tem aqui a sua redação:

"Ar. 5.º ...

XII- 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"¹.

A regulamentação desse inciso define as hipóteses e formas em que poderá ser violado o sigilo de comunicações telefônicas, que, por sinal, a lei incluiu outros tipos que não estão previstos no inciso, para o colhimento de informações ligadas ao fato delituoso, que poderão servir como provas que atendam os objetivos de uma investigação criminal ou instrução processual penal.

Esta lei possui certa relevância, pois antes de ter entrado em vigor, muitos dos magistrados se sentiam desconfortáveis ou se viam impossibilitados em autorizar tal produção de provas, o que dificultava intensamente o trabalho daqueles que defendem toda uma sociedade contra atos criminosos de certos indivíduos, apesar da existência de doutrina e jurisprudência favoráveis.

¹ Constituição Federativa da República do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Prestando maior atenção no que já foi dito, é valioso notar, que os nossos atuais legisladores se preocuparam em incluir e proteger os novos tipos de comunicações provenientes de avanços tecnológicos que chegam constantemente ao nosso país, quando incluíram a "... *interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática*" (art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.296/96) ao lado das comunicações telefônicas. Vejamos o artigo mencionado.

"Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática".

Ocorreu, desse modo, uma evolução no pensamento dos legisladores, pela precisão de suprir as necessidades decorrentes dos novos tempos. Portanto, conclui-se, a partir dessa evolução, que os legisladores constitucionais não contavam com o rápido avanço tecnológico, especificamente o da Informática e da Telemática, cujo grande expoente atual é a Internet, a nova coqueluche mundial em termos de comunicação, que chegou em nosso país no ano de 1992, abrangendo apenas o meio acadêmico, e que somente enveredou-se no âmbito comercial, a partir do ano de 1995. Sem falar em outras formas de comunicação via sistemas de computador.

Vale lembrar que no inciso XII do art. 5º da nossa Lei Maior, somente as comunicações telefônicas poderiam ser passíveis de interceptações para a produção de provas, mediante autorização judicial. Exceção identificada na parte em que o legislador escreveu "... *salvo em último caso,* "....

Porém, muitos podem afirmar que a Lei 9.296/96 é inconstitucional, por não estarem previstas a Informática e Telemática, no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Mas se pensarmos bem, a informática e a Telemática podem ser consideradas como ramificações das comunicações telefônicas, por poderem utilizar a via telefônica para efetuar os seus transportes de informações.

A Internet e o fax, por exemplo, necessitam do canal telefônico para poderem executar suas funções de comunicação.

Desse modo, estaríamos regredindo ao limitarmos a nossa compreensão em relação ao que está precisamente escrito no inciso constitucional, entendendo que só as comunicações telefônicas tem o "status" de exceção.

Outrossim, não se deve entender como uma agressão à nossa Lei Maior o fato de terem sido incluídas novas espécies de comunicação, mas sim como uma complementação necessária, para não fincarmos os pés, de vez, na idade da pedra, em relação ao resto do mundo.

Omissões à parte, a discussão sobre a exclusão das outras formas de comunicação previstas no inciso constitucional, em relação a possibilidade de sofrerem quebra justificável de sigilo, merece maiores reflexões em separado, devido a existência de complexidade peculiar. Portanto não serão aqui abordadas.

Feitos os devidos esclarecimentos, deparamo-nos com a discussão maior, que é o conflito de princípios, e, conseqüentemente, de direitos presentes em nossa

sociedade.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A discutida lei e o inciso que a fundamentou mereceriam maiores elogios caso não existisse o conflito entre dois direitos primordiais presentes em nossa sociedade, que são, o direito à intimidade e o interesse social.

Qual desses direitos julgamos o mais importante?

Tarefa difícil, somente facilitada quando se pode analisar cada caso específico. Procedimento não tão utilizado por nós.

Deve-se repetir que é louvável, em termos, o que está escrito tanto no dispositivo constitucional como na lei ordinária, cujas essências visam a proteger a individualidade de cada cidadão. Afinal, todos nós temos direito a usufruirmos de nossa própria intimidade. Precisamos dela.

Mas, temos o direito de valermos-nos desta como um esconderijo, ao prejudicarmos pessoas inocentes? Ai está caracterizado o impasse, pois se defende, e com razão, o direito de cada indivíduo proteger a sua intimidade em oposição à vontade de muitos, de terem ciência de atos e fatos que não lhes competem. Todavia, em contrapartida, faz-se imprescindível a notoriedade em relação a atos e fatos nocivos à sociedade, como também de quem os provocou para que sejam eficazmente anulados os prejuízos decorrentes de tais condutas.

Nesse último caso, falamos especificamente de todos que usam de meios criminosos para obterem vantagens às custas de um sem número de inocentes e que acabam tendo os seus atos e suas identidades acobertadas pela lei.

Esses não podem usufruir do direito à intimidade da mesma maneira que as pessoas de bem usufruem. Deve-se sacrificar, desse modo, a privacidade do criminoso a fim de que esse seja responsabilizado pelos seus atos.

Surge então uma nova pergunta: seria melhor proteger mil pessoas ou uma só?

Muitos poderiam argumentar que a Lei n° 9.296/96 foi elaborada com esse fim, ou seja, proteger os inocentes e chegar ao reconhecimento dos delinquentes, tendo como exemplo os arts. 20 "caput", e incisos, e 3.º "caput", e incisos, aqui apresentados;

"Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer das hipóteses;

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no

máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

- I- da autoridade policial, criminal; na investigação*
- II- do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal".*

Há de se concordar que somente nas hipóteses definidas em lei devam existir as possibilidades de efetuar tais interceptações, pois é inadmissível que qualquer indiscutível inocente, que poderia ser muito bem um vítima em potencial, sofra tal invasão, ou melhor dizendo, violência. Há ainda a concordância em relação às pessoas competentes que poderão efetuar esse tipo de operação. Além do mais, não podemos ficar do lado de "grampeadores", "hackers", "crackers" e qualquer outro tipo de invasor de privacidade.

Merece ressalva, porém, o que está disposto no inc. III do art. 2.º da mencionada lei, que proíbe as interceptações, se a infração penal que estiver sendo investigada for punida, no máximo, com a pena de detenção. Este inciso deve ser revisto pois, muitas dessas infrações penais são altamente lesivas, como por exemplo: a calúnia (art. 138), a difamação (art. 139), a injúria (art. 140), a sonegação ou destruição de correspondência (art. 151, §1º, inc. I), a violação de comunicação telegráfica, radiotelegráfica ou telefônica (art. 151, §, inc. II, III e IV), a fabricação, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico ou asfixiante (art. 253), entre outras.

Mas, aonde está a verdadeira crítica específica sobre a Lei 9.296/96? Bem, muitos concordam que os maiores perigos são aqueles que não conhecemos ou compreendemos.

Segundo a lei, só poderão ser feitas interceptações nos casos em que crimes já tenham sido cometidos, mas em muitos a tentativa de interceptar informações importantes, para o enriquecimento de investigações criminais e investigações processuais penais, não mais possuem êxito, por cuidados vários que os autores dos crimes poderão tomar para não terem seus atos revelados ou serem eles próprios descobertos. Perde-se, desse modo, a eficácia de várias dessas tentativas pelo simples fato de não existirem vínculos que possam ser usados como provas.

A nova lei é definitivamente limitadora, não no que se refere às condições dos arts. 2º e incs., e 3º e incs., mas por faltar a ela o caráter preventivo e de proteção ao princípio da verdade real.

DO CARÁTER PREVENTIVO

Não é o objetivo apresentar aqui alguma "fórmula infalível" de se evitar

que futuros crimes sejam desarticulados. Fórmulas que são apresentadas como infalíveis merecem desconfiança. Mas devemos abrir os horizontes para refletirmos se o que foi determinado no passado está surtindo efeitos positivos no presente. Antes de mais nada, devemos observar o que está disposto na nossa Constituição, para ver se ajustes merecem ser feitos no tocante aos princípios conflitantes. Vejamos alguns exemplos de procedimentos existentes de alguns governos no que se refere a interceptação das telecomunicações nos seus respectivos países.

O governo norte-americano, através da NSA (National Security Agency) implantou um sistema de segurança de comunicação a partir de um programa de computador para identificar conversações na Internet que se referissem ao Terrorismo, guerras, tráfico de drogas, entre outros, com o intuito de que planos criminosos contra a Segurança Nacional fossem descobertos e desarticulados².

Já alguns usuários da "rede das redes", cansados de sofrerem constantes invasões de Privacidade, sentiram a necessidade de utilizar recursos da criptografia - técnica usada para transformar quaisquer tipos de informação, sejam eles um simples texto, imagens ou sons digitalizados, em símbolos ininteligíveis para pessoas que não têm autorização para visualizá-las -, como forma de garantir o sigilo de suas mensagens enviadas pelos canais inseguros e monitorados da Internet.

Trata-se de ferramenta de proteção indubitavelmente eficaz, em todo o mundo. Tanto é que vai de encontro aos interesses de países como a França, Iraque, Paquistão e Rússia, que proíbem o uso de qualquer tipo de Criptografia pelos seus habitantes, dentro dos seus limites territoriais, como também em relação a qualquer comunicação entre esses e o mundo exterior³.

Entendem aqueles países que a criptografia é um empecilho ao monitoramento de mensagens, que poderiam conter Informações consideradas perigosas, isso talvez, devido aos fortes esquemas dessa tecnologia que tomaram impossível a decifração de tais mensagens e por conseguinte sua leitura e monitoração.

Pelos motivos expostos, o governo dos Estados Unidos da América proíbe a exportação de programas que contenham fortes esquemas de criptografia.

Podemos observar, portanto, exemplos reais dos conflitos entre os direitos individuais e os interesses comuns de uma nação.

Embora o cidadão, individualmente, sinta-se no direito de proteger a privacidade de suas informações, utilizando métodos como a criptografia, é dever dos governos em geral, combater atos criminosos em que sejam usados recursos das telecomunicações como meio de articulação ou que usem esses mesmos recursos como instrumento dessas ações criminosas.

Portanto, se métodos criptográficos forem utilizados, também, para favorecerem ações criminosas como a distribuição de material de pornografia infantil, via Internet, nunca o governo terá condições plenas de descobrir as peculiaridades de tal ação e se terceiros, no caso, menores, estão sendo explorados por pessoas que lucram com essa atividade ilícita.

O último grande incidente envolvendo o exemplo supracitado ocorreu recentemente, na Internet, envolvendo usuários espalhados por vários países, que

² SCHNEIER. Bruce. E-Mail Security. Wiley, 1995.

³ Informação adquirida via Internet. Listas de discussão.

receberam em suas caixas de correio eletrônico mensagens que ofereciam a aquisição desse tipo de material, insinuando nas primeiras linhas que tais pessoas eram consideradas apreciadoras de tal espécie de pornografia, afirmação essa, totalmente inverídica. Portanto, tais mensagens provocaram indignação em grande parte desses destinatários que decidiram telefonar para o Departamento de Polícia de Nova York. O FBI foi contactado e as investigações feitas por esse órgão descobriram o endereço eletrônico supostamente usado para enviar essas mensagens. Mas isso não significa que o esse caso já está concluído. As investigações continuam graças à política de proteção ao bem comum⁴.

Os exemplos são específicos para a Informática e Telemática, mas essas áreas não detêm, unicamente, os métodos de segurança preventiva. As comunicações telefônicas também podem dispor de proteção. Além disso, há a necessidade desses países de usar tais artifícios para proteger seus povos e territórios.

O nosso país não é obrigado a seguir fielmente esse tipo de procedimento, e sim adequá-lo, a fim de preservar a segurança de seu território e do povo brasileiro. Mas o que importa, em toda essa discussão sobre a violação ou não das comunicações, é a urgência em viabilizar operações preventivas a fim de desvendar planos criminosos e proteger a intimidade de pessoas inocentes, como mais um instrumento contra a criminalidade, que em relação a nossa sociedade, revela-se através de crimes como o seqüestro, o tráfico de entorpecentes, entre muitos outros.

Seria maravilhoso se todas as vezes em que houvesse a necessidade de se fazer as mencionadas interceptações, já existisse uma autorização judicial para validá-las. Mas o caráter temporal por muitas vezes influi no desenrolar dos fatos e na eficácia da ação esclarecedora.

DA PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

No que pertine ao princípio da verdade real, antes mesmo de esclarecê-lo, faz-se mister ter uma idéia do que seja o problema da admissibilidade da prova ilícita.

Por prova, numa genérica definição, entende-se que é o resultado da produção de um estado de clareza, de certeza, na consciência do juiz, para que seja indiscutível o entendimento, a conclusão da veracidade de um fato ocorrido e de quem o cometeu.

As provas ilícitas são uma espécie do gênero que a doutrina chama de provas inadmissíveis, cujo grupo também faz parte as provas ilegítimas.

As provas ilegítimas contrariam as normas de natureza processual, já as provas ilícitas contrariam as normas de natureza material.

Com maior clareza diferencia Nuvolone, quando afirma que, em relação as provas ilegítimas, "a proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem pelo contrário as provas ilícitas, natureza substancial, quando embora sendo mediatamente também os interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do

⁴ Informação adquirida via Internet. "THE TOUR BUS" - Lista de discussão.

processo”⁵.

Devemo-nos ater com maior atenção em relação à prova ilícita, pois é essa a espécie usada para classificar, no caso em questão, as interceptações de comunicações telefônicas, de informática e de telemática, propositadas para servirem de meio que ajude ao magistrado, obter a conclusão pela veracidade do fato a ser julgado, como também do seu suposto autor, mas que não possuem autorização de juiz competente, na forma da lei.

As provas ilícitas, no tocante às interceptações, são assim definidas, quando da ausência de autorização judicial, havendo, portanto, a caracterização de atentado aos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, e por conseqüência, a sua intimidade.

Apesar de cumpridos os requisitos necessários para que se possa fazer a interceptação, a intenção de produção da prova, e conseqüentemente a sua admissibilidade pelo magistrado, esbarra na ilicitude caso Inexista prévia autorização judicial.

Então podemos nos perguntar pela ausência da aplicação dos princípios da liberdade de admissão da prova e o da verdade real, quando a autorização judicial não existir ou não tiver sido requerida a tempo.

Discorrendo sobre esse último, afirma Mirabete que, "com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se exclui os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criado por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc, tão comuns no processo civil”⁶.

Vemos então que o princípio da verdade real traduz a essência do processo penal de buscar a pureza da verdade de um fato específico e de quem o criou.

Nobre pretensão da Justiça que se enfraquece toda vez que se depara com certas barreiras princípio-normativo encontradas na Constituição Federal bem como nas leis ordinárias.

Apesar disso tudo, despontam notáveis reflexões em defesa do próprio princípio da verdade real, pelo bem da coletividade contra a impunidade dos criminosos, podendo muitas delas serem encontradas no que defende a teoria da proporcionalidade em relação as provas ilícitas.

A teoria mencionada visa colocar na balança os direitos individuais e os interesses sociais, com o fim de proteger o bem jurídico que possuir maior relevância em cada situação concreta.

Ao tomar partido, interpreta-se que essa teoria permite a viabilidade de proteção dos interesses sociais frente aos individuais quando o último servir de imunidade a um transgressor da lei contra a coletividade.

Como assim? A teoria da proporcionalidade reconhece quando uma prova é caracterizada como ilícita, mas admite a sua produção, quando o interesse social for considerado de maior validade.

⁵ Nuvolone apud GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 97.

⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 45.

Refletamos sobre as palavras de Paulo Lúcio Nogueira quando diz que "a teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável, pois tendo em vista o interesse social ou público, deve este prevalecer sobre o privado, que de modo algum merece ser resguardado pela tutela legal, quando o particular fez mau uso do seu direito"⁷.

Apesar de dedicada defesa a esse tipo de prova é importante esclarecer que as produções de provas mediante interceptações das comunicações previstas na Lei nº 9.296/96, não são consideradas aqui como as únicas para que se chegue a conclusão da verdade. Sendo necessárias, deverão compor o grupo de provas em juízo, que ajudarão na conclusão do juiz quando este vier a sentenciar, ou na dos jurados, quando o crime pertencer a competência do Tribunal do Júri.

No caso de serem consideradas ilícitas, caberá ao juiz competente, a partir de sua experiência e entendimento, admiti-las ou não, ao contrário de se prender ao que está limitado em lei. Pois o que importa realmente é o prevalecimento de verdade sem vícios, da verdade real.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é o pensamento banalizar os direitos individuais e muito menos prejudicar a integridade de sua proteção em prol dos interesses sociais.

O objetivo almejado é não deixar que a ânsia pela verdade real seja destruída, deixando órfãos os que sonham cada vez mais chegar perto de uma justiça que não deixe rastros duvidosos.

Portanto, devemos visar ao máximo, uma aproximação do ainda utópico equilíbrio entre esses dois interesses em conflito, o individual e o coletivo. Ai sim, os direitos Individuais deixarão de ser exageradamente valorizados quando servirem de proteção aos que fizerem mau uso de seus direitos como os interesses sociais deixarão de ser tão esquecidos e mal compreendidos.

A conclusão óbvia do pensamento aqui exposto, é de que os interesses da sociedade devem ser priorizados, quando esta for lesionada em detrimento de pretensões criminosas de alguns indivíduos. Não poderia ser diferente.

Mas, antes de criticar a lei ordinária, deve-se compreender em que ambiente esta foi criada. Então faz-se necessária uma reavaliação da importância dada a cada princípio normativo, nas situações em que dispensam maior influência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Diário Oficial da União, de 25 de julho de 1996.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas. 2

⁷ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal. 1600., São Paulo: Saraiva, 1994, 169.

ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1994.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1994.

SHNEIER, Bruce. E-Mail Security. Wiley, 1995.