

Artigo 1º, Parágrafo Único, da Lei nº 9.296/1996 e a Questão da Constitucionalidade

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Especialista em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal e Legislação Penal e Processual Penal Especial da Unisal.

RESUMO: Este trabalho versa sobre a questão da validade constitucional da autorização da lei de interceptação telefônica para o procedimento de interceptação de dados em comunicações de informática e telemática. São expostos os entendimentos acerca do tema, apontando-se para a constitucionalidade do dispositivo permissivo.

PALAVRAS-CHAVE: Interceptação telefônica; comunicações de informática; telemática.

ABSTRACT: This work turns on the subject of the constitutional validity of the authorization of the law of phone interception for the procedure of interception of data in computer science communications. The understandings concerning the theme are exposed, pointing for the constitutional validity of the permissive device.

KEYWORDS: Phone interception; computer science communications.

Dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/1996 sobre a aplicabilidade de suas normas “à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

Em primeiro lugar, é necessário estabelecer um conceito preciso de “informática e telemática”.

Leciona-se que “informática é a ciência relativa à informação por intermédio de equipamentos e métodos do sistema de processamento de dados”. E “telemática é a ciência que versa sobre a informação por meio conjunto de computador e telecomunicação”¹.

1 JESUS, Damásio Evangelista de. Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei nº 9.296, de 24.07.1996. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 735, p. 458-473, jan. 1997.

A lei, portanto, refere-se à extensão de seus regramentos a toda comunicação de dados que se faça utilizando o conjunto da informática com as telecomunicações ou mesmo a transmissão independente de dados diretamente entre sistemas, o que é hoje perfeitamente possível².

Anote-se, desde logo, que a lei se refere ao “fluxo de comunicações”, dando idéia de movimento ou transmissão de dados. Trata, assim, de dados em trânsito e não estáticos, permanecendo invioláveis as informações constantes em arquivos e não sendo transmitidas a ninguém³.

O dispositivo sob comento suscitou, na doutrina, discussão acerca de sua constitucionalidade, considerando a redação do art. 5º, XII, CF, que não excepciona os sistemas de informática e telemática.

Os autores que postulam a inconstitucionalidade baseiam-se numa interpretação gramatical da Constituição Federal (art. 5º, XII, CF).

Afirmam que a redação daria margem a duas interpretações: uma primeira, que indicaria para a existência de duas situações de sigilo, sendo absoluto somente com relação à correspondência, pois que a expressão “no último caso” referir-se-ia às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. Já numa segunda interpretação, haveria o sigilo absoluto para a correspondência epistolar, comunicações telegráficas e de dados, sendo relativo somente o sigilo das comunicações telefônicas ao qual estaria afeta, exclusivamente, a expressão “no último caso”.

Entre essas possíveis interpretações, posicionam-se pela segunda, concluindo, conseqüentemente, pela inconstitucionalidade da norma, que estaria sendo permissiva com relação à violação de direitos protegidos de maneira absoluta e incondicional pela Carta Magna.

Grinover⁴ assevera que “o dispositivo é de duvidosa constitucionalidade, tendo sido ajuizada ação direta, [...], a seu respeito sob o fundamento de que violaria o sigilo da comunicação de dados (inciso XII do art. 5º da CF), que é absoluto”. E, mais adiante, conclui: “parece que o dispositivo em questão é efetivamente inconstitucional, salvo se se der

2 GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: RT, 1997. p. 165-167.

3 STRECK, Lênio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 43-44.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 17, p. 115-116, jan./mar. 1997.

ao termo ‘comunicações telefônicas’ a acepção de ‘comunicações pela via telefônica’, o que também é de difícil aceitação”.

No mesmo diapasão, Agamenon Bento do Amaral⁵ afirma:

“Ora, a toda evidência, o que o permissivo constitucional permitia e a nova lei não observou ao regulamentar, eram as interceptações no que diz respeito às comunicações via exclusivamente telefônicas e não a quebra ou conhecimento de dados de outro sistema de comunicação como o é aquele relativo à informática e à telemática. Em decorrência, entendemos que a regulamentação levada a efeito pela Lei nº 9.296, de 24.07.1996, deveria (porque, na verdade, não foi, infelizmente, o que ocorreu) se cingir à determinação de interceptação tão somente para a hipótese de comunicação entre pessoas pela via telefônica. [...]. Ora, tendo a lei em comento, através do parágrafo único do art. 1º estendido as interceptações às ‘comunicações em sistemas de informática e telemática’, feriu frontalmente a disposição constitucional relativa ao sigilo e proteção de dados obtidos através da telemática a cuja quebra daquele é vedada.”

Greco Filho⁶ também manifesta-se no entendimento de que “é inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da lei comentada, porque não se poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”. Para o autor, importa esclarecer que as comunicações telefônicas se restringem, tecnicamente, à “transmissão de voz” por meio do “aparelho telefônico”, devendo ser claramente distinguidas de “comunicações por via telefônica”.

Destacando a inviolabilidade dos “dados” de informática, preleciona Lima Neto⁷ que “as ‘comunicações telefônicas’, entendidas em *strito sensu*, não se confundem com as ‘comunicações em sistemas de informática ou telemática’. São expressões distintas, com fins autônomos. Como a Constituição dispõe somente a respeito da violabilidade das primeiras, não pode o legislador ordinário pretender disciplinar hipóteses de violação das segundas. Ainda que se sustente que as ‘comunicações em sistemas de informática e telemática’ são abrangidas pelo termo ‘comunicações telefônicas’, persiste a inconstitucionalidade, visto

5 AMARAL, Agamenon Bento do. *A inconstitucionalidade parcial da Lei nº 9.296, de 24.07.1996*. Florianópolis: Associação Cultural Teia Jurídica, Internet, 2/3.

6 GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 12-13.

7 LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. Da inviolabilidade de dados: Inconstitucionalidade da Lei nº 9.296/1996 (Lei de interceptação de comunicações telefônicas). *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 5, n. 56, p. 3-4, jul. 1997.

que as comunicações de telemática se perfazem através da transferência de dados e estes são invioláveis por determinação expressa da Constituição. Toda e qualquer prova obtida através de violação de comunicações em sistemas de informática ou telemática, onde existe o tráfego de dados de computador, deve ser considerada prova ilícita”⁸.

O quadro, porém, como já se disse, não é unânime, havendo respeitáveis argumentos em prol da constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º.

Este é o escólio de Luiz Flávio Gomes⁹ para quem “no que concerne às ‘comunicações telemáticas’ por telefone (uma comunicação *modem by modem*, por exemplo, ou via Internet) parece-nos indiscutível a incidência da lei. Porque, no fundo, não passa de uma comunicação telefônica”. Como se vê, para o autor, na expressão do *caput* do art. 1º (“comunicações telefônicas de qualquer natureza”), estaria contida qualquer comunicação que utilizasse o telefone, seja para conversação verbal, transmissão de textos digitados, dados, imagens etc.

Mais à frente, ele aduz que “não admitir que a ‘comunicação telemática’ por telefone esteja sujeita à interceptação, significa não só exprimir uma interpretação com um enorme atraso tecnológico cultural, [...], senão, sobretudo, retirar dos órgãos da persecução penal um instrumento valioso”, principalmente no que tange à repressão ao crime organizado, que se utiliza, largamente, da informática¹⁰.

Argumenta, ainda, com um fato não explorado por outros doutrinadores, qual seja, que considerar inaceitável a interceptação nos termos do parágrafo único do art. 1º, tendo como válida somente aquela que capta “conversação telefônica”, seria o mesmo que deslegitimar a previsão típica do art. 10 do mesmo diploma, naquilo que se refere à incriminação da conduta de quem intercepta, ilegalmente, fluxo de

8 Ver, ainda, no mesmo sentido: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica, *Boletim IBCCrim*, 47/2. “A redação desse dispositivo dá a entender que, além da interceptação das comunicações telefônicas (conversação entre pessoas), seria possível a interceptação de comunicações ‘de informática ou telemática’ por ordem judicial, o que, a nosso ver, face à exegese acima feita do art. 5º, XII, da CR/1988, seria inconstitucional”. PITOMBO, Sérgio. Sigilo nas comunicações. Aspecto processual penal, *Boletim IBCCrim*, 49/7. “Convém renitir que a Lei Maior estabeleceu sigilo absoluto para as três primeiras modalidades de comunicação, fora dos ‘estados de defesa e de sítio’ (art. 5º, XII). A ‘inconstitucionalidade emerge manifesta...”.

9 GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 167.

10 Ibid., p. 168.

comunicação em sistemas de informática e telemática. Assim sendo, a previsão legal, ao mesmo tempo que permissiva sob condições legais, cria, também, um aparato protetivo dos dados por meio da figura típica do art. 10, aparato este bastante desejável, inclusive com maior amplitude, urgindo a tutela penal dos dados armazenados ou estanques (não comunicados)¹¹.

Quanto às “comunicações telemáticas independentes”, ou seja, realizadas diretamente entre sistemas informatizados sem necessidade de aplicação conjunta das telecomunicações, conclui pela legalidade e conveniência de serem disciplinadas conjuntamente por serem matérias correlatas. Aliás, como ocorre nas mais avançadas legislações existentes a respeito do assunto (CPP português, arts. 187 a 190; CPP italiano, art. 266)¹².

Finalmente, quanto à questão de serem “absolutos” os direitos à inviolabilidade das demais formas de comunicação, tirante as telefônicas, a teor da redação do art. 5º, XII, CF, apresenta a seguinte lição digna de transcrição:

“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. Algumas normas constitucionais prevêm, expressamente, a possibilidade de limites a direitos fundamentais (caso típico é o inciso XII em pauta). Outras normas não contam com a previsão de restrição. Nem por isso, foi restabelecida a doutrina dos direitos absolutos. Não existem direitos absolutos. Nem sequer o direito à vida, que é o mais relevante, é totalmente intangível.”¹³

Também na tendência de emprestar o devido dinamismo à lei, Streck¹⁴ não vislumbra inconstitucionalidade no dispositivo em tela, afirmando que a lei “ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, apenas especificou que a lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade ‘comunicações telefônicas’. Ou seja, objetivou a Lei estender a aplicação das hipóteses de interceptação

11 Ibid., p. 168/169.

12 Ibid., p. 170/171.

13 Ibid., p. 173/174.

14 STRECK, Lênio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*, p. 42/43.

de comunicações telefônicas a ‘qualquer espécie de comunicação’, ainda que realizada em sistemas de informática existentes ou que venham a ser criados...”¹⁵.

Cabe, ainda, expor a lapidar lição de Damásio Evangelista de Jesus¹⁶ que diz:

“Inclinamo-nos pela constitucionalidade do referido parágrafo único. A Carta Magna, quando excepciona o princípio do sigilo na hipótese de ‘comunicações telefônicas’, não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal por esse meio, isto é, quando usados dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona ‘comunicações telefônicas’, estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de ‘dados’. É o caso do uso do *modem*. *Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, ‘digital’ e não ‘falar’.*” (grifo nosso)

A alegação de que o fluxo de comunicações, cuide-se de informática ou telemática, faz-se mediante transmissão de dados, não impressiona. A circunstância de a CF, expressamente, só abrir exceção no caso de comunicações telefônicas não significa que o legislador ordinário não possa permitir a interceptação na hipótese de transmissão de “dados”. Não há garantias constitucionais absolutas. Se assim não fosse, o CP não poderia admitir a prática de homicídio em legítima defesa (arts. 23, II, e 25), uma vez que a Carta Magna garante a “inviolabilidade do direito à vida” sem ressalva (art. 5º, *caput*). Da mesma forma, embora o art. 5º, XII, disponha sobre o sigilo da correspondência, sem abrir exceção, reconhece-se a legitimidade do art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, admitir a interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, como já foi decidido pelo STF (HC 70.814, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, RT 709/418). Com esse mesmo entendimento, a 3ª Turma do TRF da 2ª Região, no HC 95.02.22528, Rel. Juiz

15 No mesmo sentido: PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei nº 9.296, de 24.07.1996 – Interceptação de comunicações telefônicas*, p. 18. “Com o avanço da informática, permite-se a prática de comunicações via computador, como se dá *verbi gratia*, pela conhecida Internet. O que o dispositivo em apreço quer, é estender a aplicação das hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas, a qualquer espécie de comunicação, ainda que realizada através de sistemas de informática, existentes ou que venham a ser criados, podendo, pois, sendo o caso, ser permitida a interferência em tais equipamentos, visando-se a busca de alguma prova que possa ser obtida”.

16 Interceptação de comunicações telefônicas, *Revista dos Tribunais*, 735/464-465.

Valmir Peçanha, decidiu que “o direito à inviolabilidade do sigilo de dados [...] está erigido à categoria de direito e garantia fundamental do indivíduo. Tais direitos não são, porém, absolutos, cedendo em certas circunstâncias ao interesse público”, como é o caso de “estar servindo para acobertar crimes” (RT 727/608).

Ressalva, porém, o autor que, em seu entendimento, a Lei nº 9.296/1996 não abarcaria as comunicações que não se façam por meio do sistema de telefone (comunicações independentes já citadas), deixando, ainda assim, a possibilidade da violação do sigilo nesses casos “ser concretizada com fundamento na relatividade da norma Constitucional”¹⁷.

Sobre o tema ora comentado concluímos pelo acerto do legislador ao estender a normatização, tratando também das comunicações por meio de telemática e informática.

Sem dúvida, a interpretação gramatical do art. 5º, XII, CF, leva à conclusão de que a exceção constitucional refere-se apenas às comunicações telefônicas. Mas isso não quer dizer que as demais formas de comunicação contem com um sigilo “absoluto”, o que estaria em confronto com o mais moderno pensamento constitucionalista, que inadmitte qualquer garantia incondicional.

A mera interpretação gramatical parece-nos por demais limitada para o tratamento de tema tão profundo, o qual deve ser analisado sob o prisma de princípios fundamentais, especialmente de proporcionalidade e razoabilidade, sem olvidar a necessária atualização e eficácia das normas que devem estar em consonância com o seu tempo.

Se a crítica à limitação constitucional só excepciona o sigilo no caso das comunicações telefônicas expressamente, deixando as demais (correspondência, telegráfica e de dados) ao critério sempre polêmico da proporcionalidade, pode ser respondida pelo fato de que as primeiras seriam mais usuais e práticas para a investigação, por isso merecendo maior atenção do legislador, inclusive por tratar-se do meio mais corriqueiro de comunicação nos dias correntes. Vale dizer que a mesma

17 Ver, ainda, no sentido da constitucionalidade da norma sob comento: MORAES, Alexandre de. A constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/1996, *Boletim IBCCrim*, 54/5. PRADO, Geraldo. A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos, *Boletim IBCCrim*, 55/13.

conclusão pode estender-se à informática ou à telemática, pois que são meios atualíssimos de comunicação que, num futuro próximo, serão os dominantes nesse campo, quiçá tornando o aparelho telefônico convencional peça de museu. Nessa toada, dando o legislador (constituente e ordinário) prevalência à modernidade na busca da eficiência, conforme acima demonstrado, não poderia desprezar o tratamento das comunicações de informática e telemática na Lei nº 9.296/1996, sob pena de também relegar o texto legal à mesma cúpula de vidro do museu onde estaria em exposição o vetusto aparelho telefônico.

A questão deve ser encarada especialmente sob o ângulo da atualidade com que nos deparamos, principalmente na chamada macrocriminalidade, com o delinqüente “da era digital”, o qual poderia ficar impune face a uma interpretação desarrazoada e anacrônica da Constituição Federal¹⁸.

Em nosso entendimento, não somente o sigilo das comunicações de dados poderia ter sido tratado pela Lei nº 9.296/1996 ou outra lei ordinária, face à relatividade dos direitos e garantias. Seria desejável que houvesse tratamento legal, impondo os limites da proporcionalidade taxativa e expressamente, para quaisquer comunicações (telegráficas, correspondência epistolar ou de dados), evitando, assim, que a aplicação e determinação das situações de excepcional quebra de garantia fiquem ao simples alvedrio do juiz, gerando insegurança jurídica e desigualdade de tratamento em casos concretos por causa da lacuna legal. Não se deve temer o enfrentamento legislativo de temas polêmicos e que importam grave meditação para delinear seus limites, pois que seu debate com edição de normas reguladoras somente contribui para a legalidade democrática, extinguindo o arbítrio e a discricionariedade injustificados.

No caso específico da Lei de Interceptações Telefônicas, esse temor ainda teria a conseqüência de não somente nos levar a ver uma lei tornar-se obsoleta com o dinamismo da vida moderna (o que ocorre naturalmente); mas presenciar o nascimento de uma lei ultrapassada *ab ovo*, o que seria realmente desalentador.

18 GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*, p. 168.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 47, p. 2, out. 1996.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: RT, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileiras de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 17, p. 112-126, jan./mar. 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei nº 9.296, de 24.07.1996. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 735, p. 458-473, jan. 1997.

LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei nº 9.296/1996 (Lei de Interceptação de Comunicações Telefônicas). *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 5, n. 56, p. 3-4, jul. 1997.

MORAES, Alexandre de. A constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.296/1996 (Interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática). *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 54, p. 5, maio 1997.

PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei nº 9.296, de 24.07.1996*. Leme: LED, 1996.

PITOMBO, Sérgio. Sigilo nas comunicações: aspecto processual penal. *Boletim 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. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 55, p. 13-14, jun. 1997.

STRECK, Lênio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.