

## DA VULGARIZAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS À BANALIZAÇÃO DA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO

ARI FERREIRA DE QUEIROZ, Juiz de Direito, presidente da Academia Goiana de Direito, professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Goiás, do IEPC, coordenador do Curso de Direito da Faculdade Sul-Americana, doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP, doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino, de Buenos Aires, e mestre em Direito do Estado pela Universidade de Franca - SP [ariqueiroz@terra.com.br](mailto:ariqueiroz@terra.com.br)

Abrindo um vazio no mundo jurídico com seu falecimento há pouco tempo, Norberto Bobbio deixou enorme legado para a sociedade como um dos maiores pensadores do Século XX, dentre eles a afirmativa de que *"o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los"*, não sendo o caso de se buscar saber quais e quantos são, nem qual sua natureza e fundamento, *"ou se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados."*

O constituinte brasileiro parece ter apreendido muito bem essa lição, e materializou o aprendizado num vasto catálogo constitucional de direitos e garantias, talvez um dos mais completos do mundo na forma, conteúdo e abrangência. O catálogo nacional compreende normas de proteção da vida, saúde, propriedade, intimidade, segurança, lazer, moradia, trabalho e muito mais, especialmente quanto à liberdade em sua acepção mais ampla – locomoção, religião, profissão, intelectualidade e todas as demais.

O rol contém algumas *preciosidades*, tanto no verdadeiro sentido da expressão, como no figurativo, ora merecendo inteiro e irrestrito apoio e aplausos, ora críticas severas por pecar no uso de pleonasmos ou inverter valores colocando agentes públicos no banco dos réus e enaltecendo malfeitores dos mais desprezíveis. Não se contentou em afirmar serem todos iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, preferindo ir além para destacar a igualdade entre homens e mulheres; não se limitou a reconhecer como direito do preso tratamento conforme sua condição, preferindo também ir além, assegurando-lhe o direito à identificação do responsável por sua prisão ou seu interrogatório, mesmo isso podendo representar perigo para a autoridade.

Mas, abstraindo-se os excessos pode-se dizer ser um bom catálogo, e pelo momento político em que foi escrito – fim de uma *ditadura constitucionalizada* de mais de duas décadas – não podia ser diferente na abrangência, especialmente quanto às normas garantidoras do direito de liberdade em todas as suas acepções. Dentre essas normas, encontra-se no art. 5º, XII, da Constituição Federal, a garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas, admitindo sua violação forçada apenas por ordem judicial *"nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"*.

O dispositivo veicula manifesta exceção à intimidade do indivíduo, por isso deve ser interpretado restritivamente observando pelo menos os seguintes limites: a) deve-se tomar como regra a inviolabilidade e como exceção, a violação; b) a violação depende, necessariamente, de ordem judicial, naturalmente fundamentada, sob pena de nulidade; c) o juiz só pode autorizar ou determinar a violação nas hipóteses previstas em lei; d) cabe a essa mesma lei definir, também, a forma a ser observada para decretar a violação; e) a lei não poderá *eleger* qualquer hipótese como suficiente para autorizar o decreto judicial, devendo se restringir a alguma que se preste para investigação criminal ou instrução processual penal.

Vale ressaltar o duplo sentido e alcance da garantia, que não se restringe ao popular "grampo telefônico", alcançando também a quebra do sigilo. O "grampo telefônico" é o procedimento por meio do qual se interceptam as comunicações telefônicas para identificar as chamadas originadas ou destinadas a determinado número, enquanto a quebra do sigilo, representando mal maior, possibilita acesso ao inteiro teor das conversas travadas com identificação das e pessoas, dia, hora e duração, além, naturalmente, de identificar seus números telefônicos.

É inegável a utilidade ilícita do telefone, em especial dos celulares, por meio dos quais malfetores de plantão ou em "*serviço efetivo*" planejam crimes, trocam informações, ameaçam vítimas reais ou potenciais ou simplesmente desdenham das autoridades e comemoram seus feitos criminosos. Mas, é inegável também a utilidade lícita, senão por ambos os interlocutores, pelo menos por um deles, em casos como o de extorsão ou propinagem de toda sorte, e esses são os destinatários da norma constitucional garantidora da inviolabilidade.

O problema é que não há como saber, a priori, quem é inocente e quem é culpado, recomendando o bom senso seguir-se a lógica do razoável, até mesmo por analogia à máxima da necessidade de se provar a má-fé, ao contrário da boa-fé, que se presume: impõe-se a garantia a favor da intimidade de inocentes, mas como todos são inocentes até prova em contrário, os não-inocentes tiram proveito da mesma garantia, de modo que a garantia constitucional contra a inviolabilidade parece soar perfeita – mas acaba sendo trágica.

Com efeito, a lei necessária para definir as "hipóteses e forma" só foi editada em 1996, e meio "meio às pressas", depois da descoberta de "arapongagem" nos telefones do então presidente Fernando Henrique Cardoso. Destaca-se dessa lei a necessidade do segredo de justiça no procedimento de interceptação de comunicações telefônica e a vedação quando não houver indícios razoáveis da autoria criminosa, assim como quando se puder obter a prova por outros meios ou, ainda, a pena máxima para o fato investigado não passar de detenção.

A lei não é das melhores, mas é a única, e seus destaques são poucos, mas melhores do que nada, e suficientes para, enquanto protege os inocentes, permite à autoridade investigar a prática de crimes mediante controle judicial. Mas, seja por má interpretação da norma constitucional, abuso de autoridade ou até mesmo falta de cuidado não foram poucos os juízes que autorizaram "grampo" ou quebra de sigilo sem lei ou contra a lei. Acrescente-se a isso a existência do "mercado paralelo" que oferece – segundo notícia veiculada pelo O Estado de São Paulo em 27.12.2006 – "contas detalhadas de qualquer assinante" a partir de trezentos reais.

Chega-se, assim, ao que denomino de "banalização do grampo", verdadeira inversão da preconizada "*vulgarização da noção de direitos fundamentais*", cujas raízes apontam para a implementação de certos direitos sociais nos textos constitucionais que nem mesmo podem ser exigidos. A respeito, o português Jorge Miranda alertava para o perigo se vulgarizar os direitos fundamentais, incluindo no catálogo outros que nada têm de fundamental, reduzindo ambos para a condição de direitos não-fundamentais. É uma adaptação da máxima de que quando tudo é urgente, nada é urgente, ou quando se pretende que tudo seja fundamental, nada será fundamental.

Com a interceptação telefônica – grampo e quebra de sigilo – vem ocorrendo fenômeno semelhante, embora por via transversa, pois o que devia ser exceção apresenta-se como regra com o beneplácito judicial. É preciso cuidado redobrado. Além dos deveres de honestidade e sinceridade comuns aos agentes públicos, espera-se das autoridades policiais o uso restrito do expediente de requerer em juízo a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, enquanto do Poder Judiciário em geral, e cada juiz em particular, como guardas da Constituição, devem se pautar pelo efetivo respeito das garantias fundamentais expressas ou implícitas.

O juiz não pode se deixar convencer, ou se seduzir, por toda representação pela quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas, devendo, em cada caso concreto, certificar-se da real necessidade e do respeito às regras ditadas pela legislação vigente, sem se descurar do dever de cumprir e fazer cumprir o segredo de justiça quanto ao procedimento e seu resultado.

Aliás, de nada adiantaria decidir em segredo de justiça acerca da quebra da garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas em quaisquer de seus sentidos se, depois da interceptação, o teor das conversas ou os números dos telefones envolvidos, forem divulgados ao público por meio da imprensa. Embora pareça bastante lógico, não é demais lembrar que o juiz que assim agir ou permitir que aja estará se equiparando a quem impõe uniforme aos agentes do serviço secreto.