

DEMOCRACIA E SIGILO DE TELECOMUNICAÇÕES

DEMOCRACY AND THE SECRECY OF TELECOMMUNICATIONS

FLÁVIO DE LEÃO BASTOS PEREIRA

Consultor Jurídico em Telecomunicações. Ex-Consultor Jurídico da BCP Telecomunicações (atual Claro). Advogado. Mestre em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor na Escola Superior de Direito Constitucional. Professor Universitário (ex-Professor da Faculdade de Direito da UniFMU e da Faculdade de Administração da Fundação Armando Álvares Penteado – Faap).

SUMÁRIO: 1. Idéia inicial – 2. Prática democrática, privacidade e interesse público – 3. Interesse público e interesse privado; democracia e direitos individuais; segurança e liberdade – 4. Teoria da democracia – 5. Telecomunicações como decorrência do regime democrático – 6. Dados cadastrais – 7. Conclusão.

RESUMO: O texto tece considerações acerca da atual situação existente no tratamento dispensado ao sigilo de telecomunicações, principalmente considerando as disposições normativas, legais e regulatórias relativas à matéria. Aborda a polêmica existente em nossa jurisprudência e em nossa doutrina acerca do acesso aos dados cadastrais por parte das autoridades públicas, para tanto levando em consideração a disposição do inciso XII do art. 5.º da Constituição da República de 1988 e disposições infraconstitucionais atinentes ao tema. Analisou-se, ainda, o papel das concessionárias e autorizatárias dos serviços de telecomunicações, bem como da agência regulatória atuante no setor. Finalmente, considerado o cerne da questão, chamou-se a atenção para a necessidade de concretização de posturas realmente maduras ao se efetivar o imprescindível cotejamento entre os valores inerentes aos interesses público e privado, de modo a que se alcance um resultado satisfatório à sobrevivência do bem-estar coletivo e dos interesses privados, tal como a privacidade, ambos considerados valores caros, pelo regime democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da democracia. Sigilo de comunicações. Lei Geral de Telecomunicações. Resolução Anatel 316/2002. Direito regulatório. Agência Nacional de Telecomunicações. Poder de investigação. Autoridade competente. Interceptação. Extratos. Dados cadastrais.

ABSTRACT: This article details considerations on the telecommunications privacy, and focuses especially on current telecommunications law

and regulations. It also looks at the current debates in Brazilian courts and among academics: whether the Constitution allows access to personal data by public authorities. Finally, the text argues that public and private interests must be properly balanced if society is to be best served.

KEY WORDS: Democracy theory. Telecommunications privacy. Telecommunications general law. Anatel Act 316/2002. Regulatory law. National Telecommunications Agency. Investigative function. Interception. Personal data.

Recebido para publicação em fevereiro de 2004.

“O príncipe tem autoridade porque o povo lhe deu” –
ULPIANO, Democracia.

1. Idéia inicial

A luta pela instalação e solidificação do regime democrático, pelos povos que o almejam e assim entendem-no como sendo o regime ideal para a salvaguarda dos mais básicos direitos de cidadania pode variar no tempo e no espaço segundo as características, tradições, costumes, credos, leis etc. dos já acima referidos e distintos povos do globo, além da consideração às circunstâncias políticas, econômicas e sociais vigentes em cada época e local. Contudo, em sua essência, trata-se de uma busca única, um desejo incorruptível e quase que extintivo daqueles que prezam e cultuam a liberdade e o pluralismo de idéias, sem contudo abrir mão do bem-estar coletivo e da segurança que o Estado lhes deve proporcionar.

Na realidade, o “pluralismo de idéias” e a soberania da vontade da “maioria” encontram-se no centro das razões que levaram os mais notáveis pensadores da humanidade a propiciar o amadurecimento da teoria da democracia, na medida em que alguns aspectos fazem crer que o regime

marcado pela soberania da vontade popular, fruto das distintas correntes de pensamento, filosóficas, políticas, religiosas, entre outras, bem como resultado de longa e infindável experiência histórico-político-sociológica das sociedades no decorrer do tempo, parece ser o mais justo, razoável, equânime, produtivo e, por óbvio, legítimo. Daí a célebre assertiva de Lincoln, de que o regime democrático é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”, muito embora tenha referida declaração, como observa o Prof. José Afonso da Silva, limitado a compreensão que se possa ter acerca da idéia da democracia.

Assim, explica-se:

“O conceito, que se deve a Lincoln, de que a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo, tem suas limitações, mas é essencialmente correto, se dermos interpretação real aos termos que o compõem. As limitações se acham especialmente no definir democracia como governo, quando ela é muito mais do que isso: é regime, forma de vida e, principalmente, processo” (José Afonso da Silva.

Direito constitucional positivo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 134-135).

A diversidade ora lembrada quanto aos aspectos culturais, religiosos, tradicionais, entre outros, de cada povo, não compromete a coluna central da compreensão do regime almejado pelos agentes democráticos: o povo como condutor de seu destino histórico, político etc., ainda que sob as vestes de um ator “indireto” do processo democrático.

Inafastável a dificuldade que marca a conceituação do regime democrático, dado que é, na realidade, fruto, muitas vezes, de processos históricos arduamente amadurecidos e moldados segundo os diversos aspectos mencionados, que assinalam cada povo, cada nação, o que ocasiona distintos parâmetros e percepções de qual seja o regime democrático desejado.

Um parêntese tem cabimento neste ponto para que apontemos circunstâncias políticas recentes, presentes no cenário mundial e que, decerto, ameaçam ou, ao menos, conflitam com a idéia de democracia, como, por exemplo, o terrorismo e o crime organizado.

Vale ressaltar que, no entanto, alguns aspectos devem sempre estar presentes, como se verá mais adiante, para que se possa constatar a existência do regime democrático, ainda que não solidamente concluído quanto ao seu processo de instalação e afirmação ou mesmo que vigente de forma ainda não plena em nações de tradição não democrática, tal como ocorre no caso do próprio Brasil.

2. Prática democrática, privacidade e interesse público

Ora, diversas são as formas pelas quais o exercício democrático faz-se sentir e é exercido pelo cidadão no dia-a-dia. Seja

por meio do sufrágio universal; pela distribuição equilibrada da renda; pelo acesso das populações carentes à educação, saúde, alimentação e ao pleno emprego; pela garantia de preservação da integridade dos direitos fundamentais, estes elevados ao patamar constitucional na República brasileira, posto reconhecidos como valores caros ao homem e ao Estado, tais como a vida, a segurança, a liberdade, a propriedade e a igualdade; respeito, pelo Estado, aos direitos dos particulares, à sua privacidade, sempre observando o princípio da legalidade ao pautar as ações de seus agentes, entre outros.

E, a partir de um panorama assim traçado, por cujo prisma torna-se cristalina a complexa natureza do conceito de democracia, é que passamos a selecionar como linha central do presente texto um dentre tantos valores caros ao regime democrático: a preservação da vida privada do indivíduo, assim considerada como reflexo do reconhecimento, pela ordem jurídica estabelecida, do direito que cabe ao cidadão em decidir como viver, desde que sem prejudicar direito alheio, naturalmente, diante do avassalador domínio tecnológico ocasionado pelo desenvolvimento da telefonia móvel, enquanto importante instrumento de captação de informações próprias das esferas mais íntimas do indivíduo, por parte do Poder Público, mediante a utilização de recursos tecnológicos para quebra do sigilo telefônico, quando presente o risco para a preservação do interesse público e o prévio crivo da autoridade competente.

Os regimes não democráticos, totalitários ou ditatoriais, caracterizam-se, entre outros aspectos, pela não observância à reserva íntima que marca a vida privada do indivíduo, hoje ameaçada de forma cada vez mais flagrante, dado o domínio tecno-

lógico predominante no dia-a-dia dos cidadãos, resultado, entre outros, da revolução da informática.

Os recursos para a realização de registros audiovisuais e de dados são, atualmente, tão eficientes quanto acessíveis, tanto para particulares, quanto para agentes públicos.

A convergência de tecnologias atualmente observada e cada vez mais intensa conduz a sociedade a dimensões de atuação nas quais o indivíduo, quando ingressa nas apontadas dimensões, não encontrará parâmetros “legais”, tampouco, morais e éticos, que disciplinem suas condutas.

É o que se tem verificado no universo de atos, jurídicos e não jurídicos, diariamente concretizados por meio da rede mundial de computadores (internet).

3. Interesse público e interesse privado; democracia e direitos individuais; segurança e liberdade

Pois bem. Semelhante situação, guardadas as devidas proporções e distinções, ocorre quando o conflito entre o interesse privado e o interesse público vem a lume, obrigatoriamente levando os estudiosos a proceder ao perfeito entendimento do conteúdo do bem jurídico caro ao indivíduo e aquele imprescindível à sobrevivência da sociedade, de modo que um deva perecer em nome da preservação do outro, cuidadosamente tido como mais importante naquele instante, diante das circunstâncias presentes e consideradas.

Abordamos, neste ponto, a captação de informações produzidas, normalmente, no ciclo íntimo do indivíduo, envolvidas por uma camada tal de exclusividade e que faz denotar as opções de vida do referido cidadão, por meio do monitoramento dos contatos telefônicos de tal indivíduo, bem

como pela identificação e revelação dos registros telefônicos de suas ligações, na prática diária denominados “extratos”, “régua”, “relação de origem e destino” das chamadas telefônicas efetuadas etc. Logo, em tal hipótese, caem por terra não apenas alguns bens sem os quais o homem não consegue desenvolver-se como ser humano componente do organismo social, de modo mais imediato, mas, de outro lado e de forma mais indireta, compromete-se bem jurídico vital para a existência de uma sociedade democrática: a esfera dentro da qual possui o indivíduo plenos poderes para realizar suas opções sem interferência do Estado ou de terceiros.

A questão é marcada por indagações fundamentais e relativas à lógica que moveu o Poder Constituinte na opção adotada, em nome do “povo”, quando fez recair sobre a privacidade, a vida íntima e o sigilo de dados, bem como das comunicações telefônicas, o manto da proteção constitucional e, como asseveramos, protegidos entre aqueles direitos inseridos no Título dos Direitos e Garantias “Fundamentais”, no Capítulo que disciplina os direitos e deveres “individuais”.

Ora, o preâmbulo constitucional, de maneira cristalina, discorre sobre a missão que fez reunir a Assembléia Nacional Constituinte: instituir um Estado Democrático, cujo destino, dentre alguns nobres escopos, é assegurar o exercício de direitos individuais, sociais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, assim considerados valores supremos de uma sociedade “pluralista”, fundada na “harmonia social”, base primordial para a identificação de uma democracia.

Notamos, pois, que alguns valores, acima propositadamente colocados entre aspas, afirmam a preocupação da sociedade bra-

sileira, com a esfera individual do cidadão, como objeto de proteção que deve ser tutelado, de forma a que o país possa realizar seu destino histórico. Assim, os “direitos individuais”; a “liberdade” que, em nosso entender, tem como uma de suas variantes a “possibilidade de opção íntima” do cidadão.

Ora, a instituição de um Estado Democrático tem como inafastável condição a preservação dos aludidos bens jurídicos que brotam da condição ostentada pelo indivíduo, enquanto ser humano.

Podemos assim concluir que: não há democracia sem direitos individuais, entre os quais estão incluídas a privacidade e a vida íntima, adequadamente tutelados pela ordem jurídica estabelecida.

É a possibilidade de opção do indivíduo quanto à condução de sua vida pessoal, resguardada tal “possibilidade de escolha” existente e potencialmente efetiva, disponível na sua esfera íntima para provável exercício de poderes inerentes à condição de ser humano dotado de personalidade.

Como não menos essencial à existência de um Estado democrático, entretanto, caracterizam-se valores outros, também elencados à categoria de direitos fundamentais. Na realidade, relacionando-se também aos aspectos mais coletivos e sociais, tão vitais para a sobrevivência da sociedade quanto aqueles mais relativos aos aspectos individuais, acima já abordados, encontramos o direito fundamental à segurança, à propriedade, à liberdade (e, neste momento, podemos considerar a liberdade usufruída pelo cidadão na certeza de que poderá transitar pelas ruas ou permanecer no âmbito íntimo de seu lar, sempre na certeza de que não será molestado por quem quer que seja, restando preservadas suas integridades física, emocional, psíquica, mental, patrimonial, familiar etc., enfim, seu direito de ir e vir).

A sociedade contemporânea tem se defrontado de maneira crescente com grandes e novos desafios e ameaças a tais valores, tais como o terrorismo e o crime organizado, conforme já mencionado.

Recordemos: os representantes do povo brasileiro “(...) reunidos, em Assembléia Nacional Constituinte para *instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, (...)*” (grifos nossos).

A íntima relação entre democracia e a preservação de tais direitos encontra-se, ainda, reforçada em outros dispositivos constitucionais, sempre inseridos no Título I, entre os “Princípios Fundamentais”.

Verificamos, *ad instar*, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, fundamentada, entre outros, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, no pluralismo político (conceito mais amplo, que não se confunde com o mero “pluralismo partidário”, mas que traduz a harmônica convivência entre distintas correntes e opiniões), emanando todo o seu poder do povo, por ele direta ou indiretamente exercido.

Pedimos vênias para inserir, neste ponto do estudo, ingrediente que, no conseqüente cotejo entre valores fundamentais, quando da prática do exercício democrático pelas instituições e pelos indivíduos, tem surgido de forma corriqueira.

Atente-se:

- Considerando o fundamentalismo e a essência que caracterizam direitos e objetivos fundamentais do Estado brasileiro, tais como a intimidade, a privacidade, a segurança e o bem-estar da coletividade, existirá uma ordem de preferência entre bens jurídicos igualmente tutelados, considera-

dos e prezados pela ordem constitucional?

- Existirão direitos absolutos, jamais violáveis, mesmo diante de grave ocorrência comprometedora das colunas que sustentam o próprio Estado, comprometedora do interesse público?

- Restará a democracia seriamente abalada na hipótese de violação de interesses individuais, tal como a privacidade, quando presente o interesse público na citada violação?

- Estará a democracia gravemente ameaçada pela preservação do interesse privado, em prejuízo da necessidade coletiva, pública?

Assim, pacífico o hodierno entendimento de que, diante do interesse público efetivamente colocado em risco, não subsistirão direitos absolutos, ainda que inseridos no rol dos direitos fundamentais.

Exemplo já debatido diz respeito à disposição do inciso XII, art. 5.º da CF, quando lemos:

“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”.

A interpretação puramente literal e gramatical do dispositivo permite conduzir o estudioso e o intérprete à conclusão de que existem direitos absolutos, isto é, que jamais podem ser violados, sob qualquer hipótese, ainda que diante de real e grave necessidade de violação de um dos direitos acima lembrados, eivados do interesse coletivo.

Ora, como podemos vislumbrar, os “dados”, v.g., são acobertados pelo manto

do sigilo constitucional. Porém, de forma absoluta?

Doutrinadores de elevado quilate opinaram em tal sentido.

Atendem para algumas opiniões:

“Abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Vê-se que, mesmo na exceção, a Constituição ordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para abusos” (José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 377-378).

Ainda:

“Também o sigilo das comunicações em geral e de dados é garantido como inviolável pela Constituição vigente (art. 5.º, XII). daquelas, somente as telefônicas podem ser interceptadas, sempre segundo a lei e por ordem judicial, mas apenas para efeito de prova penal” (Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido R. Dinamarco e Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 83).

Contudo, a despeito da vital importância da proteção às liberdades individuais para a sobrevivência do próprio regime democrático, não menos preciosa para a democracia é a salvaguarda das liberdades públicas, na medida em que o bem-estar coletivo é objetivo maior da sociedade.

Dessa forma, a partir de tal premissa, torna-se muito árdua a tarefa de sustentação da inviolabilidade de direitos, de modo absoluto, quando imprescindível tal violação para a preservação de um direito que, na avaliação de seu grau de importância para o interesse público, ocupa patamar superior na escala da imprescindibilidade para a sobrevivência da sociedade.

Tal posicionamento encontra-se albergado por aresto da Corte Suprema do país, como se pode depreender pelo estudo de decisão proferida nos autos do HC 70.814-5-SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, Seção I, 24.06.1994, p. 16.650, *RT* 709/418.

Também o Prof. Dr. Alexandre de Moraes explica tal posicionamento:

“Ocorre, porém, que apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 84).

E, não poderíamos entender de forma diversa, considerando a questão de acordo com a razão e os objetivos do regime democrático, que estaria seriamente comprometido acaso a prática de atos ilícitos pudesse sempre ser ocultada em meio à inviolabilidade absoluta de certos direitos, com o objetivo de evitar a sua punibilidade.

Tal orientação resultaria numa interpretação distorcida dos objetivos colimados pelo legislador, com graves e danosas conseqüências para a sociedade democrática e fundada no estado de direito.

O Prof. Dr. Marco Antonio de Barros, em sua tese de doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, explica que:

“Do ponto de vista do direito pátrio, pode-se dizer que, contrariamente ao que ocorreu em passado não muito distante, o atual ordenamento jurídico fundamental encontra-se, com certeza, inspirado no Estado democrático, que tem por finalidade básica garantir a felicidade da nação.

Aliás, convém lembrar que, *mutatis mutandis*, nosso País já conheceu, no passado, um período que se inspirou na antiga teoria do utilitarismo, segundo a qual toda ação ou medida, de natureza particular ou governamental, deve submeter-se a uma avaliação que a aprove ou a desaprove, conforme aumente ou diminua a felicidade da sociedade.

Ora, sendo a Justiça um dos pilares em que se assenta o próprio Estado Democrático de Direito, a sua distribuição torna-se indispensável, até mesmo para garantir esse ideal de felicidade. E, para que se possa distribuí-la adequadamente, é mister abrigar a adoção de medidas compensatórias que promovam o equilíbrio dessas forças. *Uma delas consiste na necessidade de se flexibilizarem princípios outrora considerados intocáveis, até porque, consoante ensinamento de Maudsley, ‘princípios absolutos são como as belas virgens sagradas: admiráveis, mas estéreis’*” (Marco Antonio de Barros. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 267-268 – grifo nosso).

Em recente decisão monocrática da Justiça Federal do Amapá, sede de discussão acerca da obrigatoriedade de fornecimento de dados cadastrais à polícia judiciária sem necessidade de prévia ordem judicial, foi consignado que:

“Em sendo assim, resta evidente que a recusa das citadas concessionárias em fornecer os seus dados cadastrais não pode ser albergada como legítima, pois o respeito à privacidade na utilização dos dados pessoais dos seus usuários jamais pode se sobrepor ao interesse público emergente das investigações policiais.

(...)

Ademais, tem-se que nenhuma liberdade individual é absoluta.

De fato, inexistente dúvida acerca da relatividade dos direitos humanos fundamentais, pois as liberdades e garantias individuais não podem ser interpretadas no sentido de conferir, a quem quer que seja, o direito de operar fora dos limites impostos pelo direito” (1.^a Vara Federal do Amapá, Processo 2003.31.00.000403-0, Juiz Anselmo Gonçalves da Silva, 1.º.12.2003).

Enfim, resta claro a preocupação do poder constituinte e do legislador, quanto à realização adequada do cotejamento entre o interesse público e o interesse privado.

Nos textos normativos, o poder conferido à autoridade para sua atuação sobre bens jurídicos tutelados sob o manto da privacidade vem, normalmente, acompanhado pela ressalva de responsabilidade que recairá sobre dita autoridade na hipótese de comprovado abuso no exercício de tal poder.

Como exemplo, possui o Ministério Público a prerrogativa de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma de lei complementar respectiva, bem como requisitar (portanto, ordenar) diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Também, ainda a título de exemplo, a Lei 8.625, de 12.02.1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), dispõe da seguinte forma:

“Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisi-

tar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) *requisitar informações*, exames periciais e *documentos* de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades *da administração* direta, *indireta* e fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Ora, no mesmo dispositivo, em seu § 2.º, registrou o legislador a seguinte norma:

“§ 2.º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo”.

Chamamos a atenção, neste momento, para o fato de que as concessionárias e as autorizatárias constituem-se, no desempenho de suas funções concedidas e autorizadas, em pessoas jurídicas de direito privado que atuam como colaboradores na descentralização das atividades administrativas (descentralização por colaboração).

Logo, submetem-se às disposições legais acima transcritas.

O controle, pois, sobre a atuação da autoridade que requisita informações, bem como sobre sua manipulação e utilização de tais informações, é, via de regra, previsto em lei, o que faz denotar a preocupação acima referida.

Sem tais garantias, viveríamos num Estado com sua democracia seriamente comprometida.

4. Teoria da democracia

Como já dissemos acima, alguns aspectos constituem traços comuns à democracia, ainda que consideradas as diversas concepções e compreensões sobre o real significado de tal idéia.

Ao longo das eras, aliás, diversas foram as construções doutrinárias e respectivas classificações de “democracia”, que buscaram identificá-la, defini-la e decompô-la, objetivando o seu perfeito entendimento.

Assim, já estudadas com maestria pelo saudoso mestre Norberto Bobbio, grande filósofo do século XX, pensador dos mais completos a respeito da teoria da democracia, recentemente falecido, fazemos referência, neste momento do estudo, às três tradições históricas da teoria da democracia.

A teoria “clássica” ou teoria “aristotélica”, que distinguia três formas de governo, quais sejam:

- a) Democracia – governo do povo, de todos os cidadãos;
- b) Monarquia – governo de um só;
- c) Aristocracia – governo de poucos.

A teoria “medieval”, de origem romana e que tinha por espinha dorsal a fundação de suas bases na soberania popular, com duas variantes ou concepções, isto é:

- a) Concepção ascendente – poder supremo deriva do povo e se torna representativo;
- b) Concepção descendente – poder deriva do soberano, do príncipe, que o delega para agentes em patamares inferiores de poder, que o exercerão.

A teoria de “Maquiavel”, ou teoria “moderna”, surgida por ocasião da formação do Estado moderno e cuja idéia central é a existência de duas formas históricas de governo: a Monarquia e a República.

Outrossim, vale a menção às cinco formas de governo descritas por Platão (“República”), que são:

- a) Aristocracia (única considerada “boa”);
- b) Timocracia;

- c) Oligarquia;
- d) Democracia;
- e) Tirania.

Na obra *Político*, Platão faz recair sobre sua idéia de democracia os seguintes aspectos:

- a) “Governo de números”;
- b) “Governo de muitos”;
- c) “Governo da multidão”.

De outro lado, o pensamento Aristotélico legou à teoria da democracia importantes reflexões.

Citando-as, numa síntese sem maiores pretensões, defrontamos as seguintes considerações:

- a) Existem três formas de governo;
- b) Três formas de governo são corruptas;
- c) “Politia” é a forma de governo da maioria;
- d) “Democracia” é o governo com vantagens para o pobre;
- e) “Tirania” é o governo de vantagem para o soberano ou monarca;
- f) “Oligarquia” caracteriza-se por ser o governo vantajoso para o rico.

Aristóteles identificou subdivisões na idéia de “democracia”, assim considerada *lato sensu*.

Portanto:

- a) Ricos e pobres governam de maneira igualitária;
- b) Os cargos públicos devem ser distribuídos e exercidos com supedâneo em dado censo;
- c) Todos os cidadãos são admitidos aos cargos públicos, inclusive os privados de direitos mediante processo judicial;
- d) A massa, e não a lei, é soberana.

Um estudo mais detalhado é recomendado mediante a leitura dos textos do eterno filósofo da democracia, Norberto

Bobbio, em *Dicionário de política*, 12. ed., Brasília: UnB, 1999, vol. I, p. 319-329. Obra em conjunto com Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino.

Isto posto, após tais informações trazidas a lume acerca da teoria da democracia, são considerados traços imprescindíveis para a caracterização do regime democrático:

- a) a afirmação da vontade popular na definição das decisões de uma nação;
- b) a representação da aludida vontade popular concretizada por meio de eleições diretas;
- c) a existência de partidos políticos (pluralismo partidário);
- d) isonomia;
- e) liberdade;
- f) legalidade, entre outros.

É deste ponto que passamos a defender que a preservação do interesse público revela-se indispensável à sobrevivência do regime democrático, posto ser condição para o fortalecimento das liberdades e da legalidade.

Resultando o Estado da somatória de parcelas de liberdades de cada componente social, temos que dito interesse público ou coletivo constitui-se em *conditio sine qua non* para que tal ente (o Estado), sobreviva.

Daí por que a admissão, por meio de autorizações emitidas pelas autoridades competentes, da “quebra” de determinados direitos fundamentais, quando necessária à preservação do interesse público, é admitida, bem como se torna absolutamente indefensável a admissão de existência de direitos absolutos, ainda que constitucionalmente albergados.

Ainda sobre o exemplo acerca qual já se discorreu, relativo à aparente inviolabilidade “absoluta” de dados, considerando-se a redação do inciso XII do art. 5.º do

Pacto Fundamental, a intenção do legislador resta ainda mais patente, quando se defende a “relativização” do direito ao sigilo de dados no sistema jurídico pátrio, quando verificamos, a título de exemplo, o texto da Lei Complementar 75/93 que, em seu art. 6.º, XVIII, *a*, expressamente exige do órgão do Ministério Público a “representação” ao órgão do Poder Judiciário para a quebra do sigilo das comunicações telegráficas, de comunicações telefônicas, de dados etc.

Vale ressaltar: enquanto a redação da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, XII, permite a defesa da interpretação de que somente o sigilo das comunicações telefônicas pode ser rompido, na forma da lei, restando intangível e intocável o sigilo de dados, a posterior redação da já referida lei complementar, buscando evitar tais complicações no seu trabalho de exegese, cuidou de ressaltar a possibilidade de quebra do sigilo de dados, quando albergada por ordem emanada de autoridade judiciária competente.

Leia-se:

“Art. 6.º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

XVIII – representar;

a) ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, *de dados* e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins;” (grifos nossos).

Cotejando o texto constitucional, com a redação da norma acima, verificamos o cuidado adotado pelo legislador na inserção das expressões “dados”, “correspondência”, “comunicações telegráficas” etc. em trecho posterior à possibilidade de

“quebra” de sigilo de tais bens jurídicos, pela autoridade judicial.

Entendemos que tal fórmula mostra-se mais adequada para o entendimento da matéria e compreensão mais equânime e equilibrada do binômio “interesse privado-interesse público”.

Realmente, diante de prévia análise sobre a necessidade de quebra de um sigilo constitucionalmente protegido, realizada por autoridade competente, vale dizer, pelo órgão do Poder Judiciário competente ou, ainda, mediante o controle diferido, posterior, presente o interesse público e respectiva ameaça ao mesmo, possível é a referida medida excepcional, sem que por tal evento se possa afirmar que o sistema jurídico tenha sido afrontado e, por via de consequência o regime democrático, posto já demonstrado a relação e a importância da manutenção adequada dos direitos fundamentais para a Democracia.

Feitas as considerações acima, de forma que possamos tratar mais detalhadamente sobre as circunstâncias que devem estar presentes para que seja admitida a execução de medidas excepcionais, sem que isso ocasione algum risco para os fundamentos que sustentam o regime democrático em nosso país, necessária a identificação sobre de que forma se insere no contexto político-jurídico vigente a preservação do sigilo telefônico, enquanto decorrência própria da privatização dos serviços de telecomunicações recentemente ocorrida no país.

5. Telecomunicações como decorrência do regime democrático

Assim, como já tivemos a oportunidade de afirmar, a democracia, dentre as variadas expressões e manifestações por meio das quais é projetada em dada sociedade, afirma-se também nos desdobramentos de

cunho econômico, *exempli gratia*, no acesso de camadas desfavorecidas, socioeconomicamente, aos meios e instrumentos de subsistência, educação, aperfeiçoamento pessoal e profissional; pelo acesso aos recursos tecnológicos desenvolvidos e atualmente disponíveis.

O acesso das populações à tecnologia que permite às sociedades alcançar altos níveis de desenvolvimento, como verificamos na saúde, na educação e na infraestrutura de um país, tal como na fruição de serviços de telecomunicações a preços acessíveis, de forma universal e ininterrupta, traduz objetivo traçado nos primórdios do processo de privatização dos serviços de telecomunicações, que encontrou no falecido Ministro das Comunicações Sérgio Motta, um de seus principais defensores.

Dois importantes deveres do poder público, conforme disposição constante dos incisos I e VI do art. 2.º da Lei 9.472, de 16.07.1997 (Lei Geral de Telecomunicações), são a garantia de acesso aos serviços de telecomunicações mediante o pagamento de tarifas razoáveis, a toda a população, bem como a criação de condições para que o desenvolvimento do setor de telecomunicações ocorra de forma harmônica com as metas de desenvolvimento social do país.

Pois bem. Basta tal análise inicial e superficial da principal norma federal aplicável ao setor de telecomunicações, para aferirmos o cunho social fortemente presente e incisivamente considerado nos estabelecimentos das diretrizes e objetivos da privatização.

Quanto a este aspecto, é sintomática, ainda, a disposição do art. 62 da mencionada lei, ao classificar os serviços de telecomunicações, quanto à abrangência dos “interesses” a que atendem, em “serviços de interesse coletivo” e “serviços de

interesse restrito”, não devendo a exploração dos últimos prejudicar o interesse coletivo.

O aspecto social é fator presente na estruturação e disciplinamento legal do setor de telecomunicações.

Não se deve olvidar que os instrumentos jurídicos utilizados para viabilizar a prestação dos serviços de telecomunicações são a “concessão” e a “autorização”. Portanto, os serviços explorados pelas operadoras são “concedidos” e “autorizados”, mas de titularidade do poder público.

Destarte, não podem os agentes concedidos e autorizados furtarem-se em honrar os compromissos com o Estado, bem como deixar de cumprir as obrigações decorrentes de suas condições de concessionários e autorizatários, seja no relacionamento com seus usuários, seja no relacionamento com as autoridades públicas.

De fato, a responsabilidade social das concessionárias/autorizatórias dos serviços de telecomunicações não se limita apenas à prestação ininterrupta e com qualidade, de seus serviços, mas, ainda, diz respeito à disponibilização de parcela de seus conhecimentos e tecnologia ao poder público, para consecução de seus objetivos.

Foram expressamente consignados no art. 5.º da Lei Geral de Telecomunicações alguns princípios que devem ser observados no disciplinamento das relações econômicas ocorrentes no setor de telecomunicações, entre os quais princípios constitucionais da soberania nacional, redução das desigualdades regionais e sociais, continuidade do serviço prestado no regime público (como, por exemplo, a telefonia fixa) e, principalmente, *função social da propriedade*.

Ditos princípios, caros à idéia de democracia, bem ressaltam o norte que deve o intérprete observar ao deparar-se com a

questão da quebra do sigilo telefônico que, necessariamente, traz à superfície a necessidade de aferição dos valores eventualmente em jogo.

Realmente, a legislação aplicável ao setor contém disposições disciplinadoras de bens jurídicos caros aos usuários, individualmente considerados, como as normas que exigem sigilo na utilização de seus dados pessoais, pelas operadoras de telecomunicações, assim como também impõem diretrizes legais que determinam a colaboração com as autoridades públicas, sempre considerando circunstâncias que se enquadram nas exceções constitucionais e legais vigentes.

Como exemplo da primeira colocação, consideremos as seguintes disposições constantes da Lei 9.472/97:

“Art. 3.º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

(...)

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;

(...)

XII – à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos”.

Ressaltamos que a disposição do inciso VI, acima, refere-se tão-somente à telefonia fixa (serviço telefônico fixo comutado – STFC).

Seu art. 39 determina:

“Art. 39. Ressalvados os documentos e os autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão aberto à consulta do público, sem formalidades, na Biblioteca.

Parágrafo único. A Agência deverá garantir o tratamento confidencial das informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis que solicitar às empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações, nos termos do regulamento”.

Também os arts. 72 e 96, IV, são claros na proteção ao sigilo, quando expressam:

“Art. 72. Apenas na execução de sua atividade, a prestadora poderá valer-se de informações relativas à utilização individual do serviço pelo usuário.

§ 1.º A divulgação das informações individuais dependerá da anuência expressa e específica do usuário.

§ 2.º A prestadora poderá divulgar a terceiros informações agregadas sobre o uso de seus serviços, desde que elas não permitam a identificação, direta ou indireta, do usuário, ou a violação de sua intimidade”.

“Art. 96. A concessionária deverá:

(...)

IV – divulgar relação de assinantes, observado o disposto nos incisos VI e IX do art. 3.º, bem como o art. 213, desta Lei.”.

Mas não é só.

A edição da Lei 9.472/97 trouxe, em seu bojo, como resultado do desejo de que o papel regulador do Estado fosse realçado e solidificado por meio da existência de organismo especializado e livre de ingerências políticas, a criação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

Entre as competências reservadas, no art. 19, à aludida agência reguladora, encontram-se, entre outras:

a) Expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

b) Expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado.

Assim, no exercício de tal função, foi editada a Norma Geral de Telecomunicações 20/96, que disciplina o Serviço Móvel Celular – SMC (portanto, não aplicável à telefonia fixa) que, na sua cláusula 6.11.2 dispôs:

“6.11.2 A Concessionária de SMC não pode divulgar o número atribuído à Estação Móvel do Assinante, salvo com a expressa autorização deste”.

Logo, para a telefonia móvel dá-se o inverso do que ocorre com a telefonia fixa, na qual a divulgação do número identificador de um assinante somente não ocorre quando solicitado por este. Na telefonia móvel, o número não é divulgado, exceto quando autorizado por seu titular ou por expressa determinação da autoridade competente.

Também a Resolução 316, de 27.09.2002, que aprova o Regulamento disciplinador do Serviço Móvel Pessoal – SMP, sucedâneo do Serviço Móvel Celular – SMC, contém algumas disposições atinentes ao sigilo telefônico e, pois, à preservação da privacidade como decorrência do princípio da exclusividade.

Aliás, numa redação aperfeiçoada em relação às disposições na norma acima apontada, dispôs em seu art. 6.º, IV, IX, XIII e XIV, que:

“Art. 6.º Respeitadas as disposições constantes deste Regulamento bem como as disposições constantes do Termo de

Autorização, os Usuários do SMP têm direito a:

(...)

IV – inviolabilidade e sigilo de sua comunicação, respeitadas as hipóteses e condições constitucionais e legais de quebra de sigilo de telecomunicações;

(...)

IX – privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora;

(...)

XIII – obter, gratuitamente, mediante solicitação, a não divulgação ou informação do seu Código de Acesso para a estação de telecomunicações chamada, respeitadas as restrições técnicas;

XIV – não-divulgação de seu nome associado a seu Código de Acesso, salvo expressa autorização”.

Pela leitura das disposições legais e regulatórias acima lembradas, notamos a obrigatoriedade que recai sobre as operadoras de telecomunicações no sentido de que seja garantido o sigilo telefônico relativo às comunicações dos seus usuários.

Referido sigilo somente poderá ser excepcionado mediante a determinação exarada por autoridade competente.

Normalmente, cabe ao órgão do Poder Judiciário, após criteriosa avaliação e fundamentação, determinar às operadoras a adoção de medidas visando o monitoramento (ou interceptação) de comunicações telefônicas, o fornecimento às autoridades de extratos (ou registros escritos) referentes a tais comunicações, entre outras que impliquem na quebra da esfera de privacidade do indivíduo.

Outra ordem de informações compõe a matéria. Referimo-nos ao fornecimento de *dados cadastrais* de usuários dos serviços de telecomunicações.

6. Dados cadastrais

Aqui, um ingrediente lança sobre a questão alguns problemas de ordem prática, ou seja, o cadastramento dos usuários dos serviços de telefonia na modalidade pré-paga, conduta obrigatória nos termos da legislação vigente (ver Lei 10.703/2003).

Referida obrigação legal tem por objetivo a reunião de dados acerca de usuários objeto de investigações por parte das autoridades públicas, em procedimentos de suas competências.

Pelo aspecto prático, inúmeras dificuldades são encontradas, até mesmo se considerarmos a necessidade em se assegurar um mínimo de veracidade nas informações fornecidas pelos próprios usuários.

Além da legislação federal acima referida, vige no Estado de São Paulo a Lei 11.058, de 18.02.2002, que dispõe sobre o cadastramento de usuários de telefones celulares pré-pagos e dá providências correlatas.

Também a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel expediu o Ato 41.663, de 12.01.2004, que disciplina o cadastramento de usuários dos serviços de telefonia móvel na modalidade pré-paga.

Chama a atenção a disposição do art. 2.º, que impõe às prestadoras dos serviços de telefonia a aferição acerca da veracidade dos dados cadastrais fornecidos pelos usuários, sob pena de instauração do respectivo Procedimento de Averiguação para apurar Descumprimento de Obrigação – Pado.

Creemos que referida imposição às operadoras é responsabilidade, por vezes, de impossível cumprimento, considerando os milhares de usuários dos serviços pré-pagos, existentes no país.

Entendemos por dados cadastrais as informações referentes ao nome, RG, CPF ou CNPJ, número do código de acesso aos terminais móvel ou fixo dos quais seja titular o indivíduo objeto de investigação, entre outros dados que permitam a identificação, a individualização de um cidadão investigado.

Sabemos que é dever da autoridade policial proceder ao reconhecimento, à individualização de suspeitos e investigados, bem como coleta de todos os indícios e provas necessários e tendentes à comprovação da prática e autoria de um delito.

Pois bem. Não podendo a autoridade policial furtar-se ao cumprimento de seus deveres impostos por lei (e, nos estritos limites do que lhe é permitido pela vigente norma), entre os quais o de localizar o paradeiro de um investigado no curso de uma investigação concretamente desenvolvida, formalizada ou não por meio da autuação de um inquérito policial etc. e, sendo-lhe conferido por lei o “poder-dever” – no caso da polícia judiciária – de reunir da forma mais eficiente possível os elementos necessários ao esclarecimento acerca da prática de um delito, devem as operadoras de telecomunicações fornecer tais dados cadastrais às autoridades policiais competentes – vale dizer, delegados de polícia de carreira – sempre que lhes forem requisitadas ditas informações, subscritas tais requisições por autoridades públicas com poderes para tanto (delegados de polícia, promotores de justiça, procuradores de justiça, procuradores da República, juízes de direito) e indicada a existência de um procedimento criminal ou administrativo de suas respectivas competências em curso, *e.g.*, ordens de serviço, investigações prévias encetadas diante de uma *notitia criminis*, inquéritos policiais, inquéritos civis etc.

Cuida-se da aplicação prática do princípio da oportunidade, inerente à atividade policial; próprio da sua dinâmica.

Note-se que estamos condicionando o exercício de tal “poder-dever” à concomitante existência de requisitos e circunstâncias de fato minimamente imprescindíveis à garantia de existência e preservação de um Estado Democrático de Direito, requisito basilar para a consolidação de qualquer regime democrático, tal como expresso pelo *caput* do art. 1.º da Carta Magna.

Ora, não podemos olvidar, outrossim, que a “segurança pública”, além de dever do Estado, é também responsabilidade de todos, tal como imposto pelo art. 144 do CF.

Tal regra deve ser interpretada em conjunto com os princípios da ordem econômica consagrados pelo art. 170 do Pacto Fundamental, especialmente aquele constante de seu inciso III, qual seja, a *função social da propriedade*, de outro lado também elevado a princípio imprescindível à utilização da propriedade para o desenvolvimento das atividades do setor de telecomunicações, tal como já dito acima (ver art. 5.º da Lei 9.472/97).

Desde que presentes os elementos que autorizam a medida excepcional de quebra de sigilo dos dados cadastrais por parte da autoridade competente, razão não assiste às operadoras de telecomunicações para negar tal fornecimento, não apenas, pois encontrar-se-iam elas em situação jurídica segura, mas, principalmente, porque o interesse público, em casos tais, revela-se mais sensível à sociedade, admitindo em tais hipóteses excepcionais, reiteramos, a relativização dos direitos ditos fundamentais, entre os quais a privacidade, com prejuízo ao princípio da exclusividade.

Não foi sem razão que a Resolução 316, de 27.09.2002, da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, bem esclare-

ceu, em seu art. 80, tal como recordamos adiante:

“Art. 80 A prestadora deve tornar disponíveis os recursos tecnológicos e facilidades necessárias à suspensão de sigilo de telecomunicações determinada por autoridade judiciária *ou legalmente investida desses poderes*, e deve manter controle permanente de todos os casos, acompanhando a efetivação dessas determinações, e zelando para que elas sejam cumpridas, dentro dos estritos limites autorizados” (grifo nosso).

Antes, ainda, já dispunha o art. 26 da Resolução 73, de 25.11.1998, que disciplina sobre o Regulamento de Serviços de Telecomunicações, expedida pela mesma Agência Reguladora, no seguinte sentido:

“A prestadora observará o dever de zelar estritamente pelo sigilo inerente aos serviços de telecomunicações e pela confidencialidade quanto aos dados e informações, empregando todos os meios e tecnologia necessárias para assegurar este direito dos usuários.

Parágrafo único. A prestadora tornará disponíveis os recursos tecnológicos necessários à suspensão de sigilo de telecomunicações determinada por autoridade judiciária *ou legalmente investida desses poderes* e manterá controle permanente de todos os casos, acompanhando a efetivação destas determinações e zelando para que elas sejam cumpridas dentro dos estritos limites autorizados” (grifo nosso).

Tais dispositivos, constantes das normas expedidas pela Anatel que, recordamos, exerce sua função normativa calcada em lei federal devidamente votada pelo Poder Legislativo (Lei 9.472/97), chama a atenção pelos aspectos que condicionam tal conduta das operadoras:

a) A disponibilização obrigatória, pela operadora, de recursos tecnológicos e fa-

cilidades imprescindíveis à efetivação da quebra de sigilo;

b) A obrigatória requisição exarada por autoridade judiciária;

c) Ou, por autoridade legalmente investida desses poderes;

d) Obrigatoriedade de manutenção de controle permanente sobre todos os casos;

e) Diligência necessária para cumprimento das ordens oriundas das autoridades públicas, nos limites autorizados.

Cumpre-nos, nesta etapa da presente reflexão, indagar sobre o significado da expressão inserida no texto acima e pouco utilizada, qual seja, “sigilo de telecomunicações”.

Entendemos pela existência de um conteúdo mais “genérico” em tal expressão (*sigilo de telecomunicações*), que traduz, em síntese, os seguintes desdobramentos:

a) Sigilo das comunicações telefônicas, propriamente ditas;

b) Sigilo quanto aos extratos respectivos, ou seja, registros escritos das comunicações telefônicas encetadas pelos usuários;

c) Sigilo quanto aos dados cadastrais (nome, CPF, RG, endereço etc.);

d) Sigilo quanto à localização de determinado objeto de investigação por meio da identificação da antena que transmite e recebe os sinais de telefonia móvel, denominadas “Estações Radiobases” – ERBs;

e) Sigilo quanto às mensagens de textos encaminhadas, popularmente conhecidas como “torpedos” (*SMS – Short Message Service*).

Entendemos, outrossim, que a disposição acima transcrita ressalva a possibilidade de que autoridades competentes, não necessariamente judiciárias, tenham poder para requisitar informações às autoridades,

desde que tal requisição encontre-se de forma perfeitamente inserida nos panoramas constitucional e legal, vigentes no país, tal como previsto, ademais, no respectivo projeto de lei hoje em curso, como se verá logo adiante.

Daí a expressão “ou legalmente investida desses poderes”, que abre a possibilidade para que autoridades outras, não pertencentes ao Poder Judiciário, exerçam seu poder de requisitar a quebra do *sigilo de telecomunicações* sobre aquelas projeções para as quais a ordem judicial seja prescindível, como na hipótese dos dados cadastrais, cujo acesso é garantido às polícias judiciárias e ao Ministério Público, para os casos de investigações em curso, presente o interesse público e observadas algumas disposições legais, como no exemplo das leis complementares dos Ministérios Públicos e do art. 6.º do CPP, que descreve os poderes-deveres da autoridade policial, entre os quais o de identificar os suspeitos ou autores de delitos, de forma individual.

Em decisão formalizada por meio do Prot. 1.888/2002, datada de 1.º.10.2002, a Exma. Juíza Corregedora do Departamento de Inquéritos Policiais de São Paulo, Dra. Ivana David Boriero, assim apreciou a questão:

“(…) os dados cadastrais não estão acobertados pelo sigilo constitucional e é claro que a Polícia Judiciária tem poder de requisitá-los diretamente, quando assim necessitar para uma investigação criminal (art. 6.º, CPP) (...), sendo que a falta de resposta poderá evidenciar, como bem disciplina o Código Penal em crime de desobediência”.

Não é sem razão que o Anteprojeto de Lei que tem por objeto disciplinar o inciso XII do art. 5.º da Constituição da República, dispôs no § 1.º do art. 5.º, a seguinte

redação, quando tratou do requerimento ou da representação para realização de interceptação, gravação, escuta, entre outros:

“O requerimento ou representação deverá indicar o número da linha telefônica (código de acesso), com seu código de área, *podendo 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 nome, número de telefone e endereço do titular da linha ou do local onde o aparelho estiver instalado*” (grifos nossos).

Comentando o acima citado dispositivo, a Profa. Dra. Ada Pellegrini Grinover discorre da seguinte forma:

“Esbatendo uma dúvida prática que tem gerado controvérsia nos tribunais, a lei confere ao Ministério Público e à autoridade policial o poder de requisitar das prestadoras dos serviços de telefonia, exclusivamente para os fins de formulação do pedido, o cadastro relativo ao nome, número de telefone e endereço do titular da linha ou do local onde o aparelho estiver instalado” (Ada Pellegrini Grinover, Novo anteprojeto de lei disciplina a quebra de sigilo das comunicações telefônicas. *Revista Literária do Direito*, São Paulo, p. 19-21, jun.-jul. 2003).

É preciso afastar a idéia, fruto de um equívoco de hermenêutica, de que a expressão “dados” inserta no inciso XII do art. 5.º da Carta Magna, refere-se a “dados cadastrais”. Diz respeito, isto sim, a dados referentes a representações de fatos, informações objeto de sistemas de telemática etc.

E, ainda que assim não fosse (o que ora se admite apenas por amor à argumentação), como já dito, não persistem direitos absolutos diante da necessidade de sua relativização, indispensável à preservação do interesse público.

Em recente decisão da Justiça Federal do Amapá, que determinou a algumas operadoras de telecomunicações o fornecimento à Polícia Federal dos cadastros de alvos objeto de investigação, foi consignado que:

“(...) antes de representar afronta a qualquer direito individual, apresenta-se como uma segurança a mais para a sociedade. É que, constando do pedido de interceptação telefônica o nome e o número do usuário, terá o juiz condições de avaliar a real necessidade da medida, evitando-se assim, a quebra do sigilo em relação a quem não esteja relacionado com as investigações criminais” (1.ª Vara Federal do Amapá, Processo 2003.31.00.000403-0, Juiz Anselmo Gonçalves da Silva, 1.º.12.2003).

Também o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região já consignou que:

“(...) os dados relativos à identificação do usuário do aparelho celular foram voluntariamente informados à empresa prestadora de serviço e referem-se, tão-somente, à sua identificação e endereço, não sendo, portanto, dados sensíveis do indivíduo, aos quais se possa impor a obrigação de sigilo por parte da prestadora em face de requisição formulada pelo *Parquet* Federal, e, em especial, quando a conduta imputada ao usuário do aparelho celular estiver sendo objeto de apuração em inquérito civil ou criminal (...) O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário (bem assim a do sigilo das comunicações telefônicas) não se estende às atividades ilícitas (...) *Destarte, impõe-se às concessionárias de serviço de telefonia permitir o acesso do Ministério Público e da Polícia Judiciária aos dados cadastrais dos usuários de telefonia celular, em razão de investigação desenvolvida*

em bojo de inquérito civil ou criminal instaurado (...)” (TRF, 3.ª Região, AgIn 146690, Processo 2002.03.00.003153-2, DJU 14.06.2002 – grifo nosso).

Os dados cadastrais, apesar de serem legalmente protegidos quanto à necessária restrição na sua utilização ou manipulação, não são tutelados pelo já aludido dispositivo.

Assim, a autoridade policial e o Ministério Público, em razão de suas funções primordiais, em vista das razões que levaram nosso Estado de Direito a consagrar tais instituições em seu texto maior, são autoridades legalmente investidas de poderes para acesso aos dados cadastrais de usuários de serviços de telecomunicações (ver art. 6.º do CPP) que se encontrem sob a condição de objeto de investigações em procedimentos de competência daquelas autoridades e, a negativa em prestar tal colaboração às autoridades pode ser extremamente danosa ao corpo diretivo das operadoras, na medida em que se configure o delito de desobediência, previsto pelo Código Penal brasileiro.

O caminho inverso também não seria menos danoso, não apenas ao mencionado corpo diretivo das concessionárias, mas, também, ao próprio regime democrático, ou seja, o fornecimento indiscriminado de dados cadastrais ou sem observância dos requisitos legais mínimos.

Daí, a necessidade de existência de investigação, procedimento investigatório, inquéritos civis ou policiais concretamente instaurados, com individualização dos objetos da investigação.

Nesse sentido:

“Penal. Mandado de segurança. Investigação criminal. Quebra do sigilo de cadastros eletrônicos. Decisão *in genere*. Falta de justa causa.

1. A quebra de sigilo de dados cadastrais de todos os assinantes da empresa de telefonia não está devidamente fundamentada, o que caracteriza violação aos direitos à intimidade e à privacidade, já que nem todos os atingidos pela medida são objeto de investigação criminal.

2. A prestadora de serviços possui direito de manter o sigilo dos usuários, como esclarece a Lei 9.472/97.

3. *Necessidade de individualização dos investigados* para que seja autorizada a quebra de sigilo, o que não ocorreu no caso *sub judice*.

4. “Segurança concedida” (MS 2000.01.00.080740-4-RR, rel. Des. Fed. Carlos Olavo – grifo nosso).

Naturalmente que tal trabalho de colaboração é crescente e intenso, implicando em custos operacionais para as concessionárias e autorizatárias, o que não foi ignorado pela norma acima lembrada, como vemos no § 2.º do já aludido art. 80.

Assim:

“§ 2.º Os custos operacionais relacionados à cada suspensão de sigilo poderão ter caráter oneroso”.

A cobrança pelo fornecimento de tal espécie de informações é prática corriqueira em alguns países da Europa, *ad instar*, como se verifica na Europa.

No Brasil, algumas opiniões recebem tal orientação com críticas, no que tange às ações na esfera criminal, aonde o interesse público é latente. Contudo, no plano cível, no qual milhares de execuções judiciais provocam verdadeira avalanche de ofícios requisitando dados cadastrais de executados, boa parte dos magistrados vêm autorizando a cobrança pelo fornecimento de tais informações, por meio de alvarás.

Em nosso entender configura medida importante, considerando que os valores

provenientes de tais recolhimentos poderiam ser aplicados no aperfeiçoamento dos sistemas e treinamento do aparato humano utilizados em tais atividades que, ademais, exigem pessoal especializado, além de substancial estrutura tecnológica.

O fato é que a democracia possui inúmeros desdobramentos em sua manifestação, entre os quais, considerando a matéria sobre a qual ora refletimos, estão a garantia da privacidade, da vida íntima, da segurança pública, a preservação das integridades física, mental, espiritual e patrimonial dos cidadãos, entre outros.

A preservação de tais valores exige a aplicação coerente do princípio da proporcionalidade no cotejamento de tais bens juridicamente sensíveis para a sobrevivência da sociedade, não apenas por parte das autoridades competentes, mas, de outro lado, também pelos agentes não dotados de autoridade pública responsáveis por tal trabalho de inteligência.

Ainda sobre a polêmica questão relativa ao fornecimento de dados cadastrais ao Ministério Público e às polícias judiciárias, importante frisar que posições no sentido de que ditas autoridades necessitam submeter seus requerimentos ao prévio crivo judicial, não são poucas, mas igualmente substanciais em suas argumentações.

É o posicionamento, por exemplo, do Eg. Tribunal Regional da 4.ª Região.

A questão tem levado a decisões diametralmente opostas, não apenas nas esferas judiciais, bem como nas esferas administrativas e regulatórias.

Com natural repercussão no direito regulatório, levada a apresentar seu posicionamento, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, posicionou-se formalmente em ambos os sentidos, num curto espaço de tempo.

Assim, por meio do Ofício 8880/2003/ER01SP/Anatel, documento este dirigido ao Ministério Público do Estado de São Paulo, o escritório regional em São Paulo emitiu a seguinte opinião, em junho de 2003:

“Primeiramente, deve restar esclarecido que dados cadastrais, *in casu*, devem ser entendidos como aquelas informações relativas à identificação da pessoa, tais como o nome, a filiação, o endereço e os números de RG e CPF. De forma alguma, ‘dados cadastrais’ podem ser confundidos com os ‘dados’ mencionados no inciso XII do art. 5.º da CF, cuja inviolabilidade é assegurada; estes são definidos como ‘Representação convencional de fatos, conceitos ou instruções de forma apropriada para comunicação e processamento por meios automáticos’; e assim devem ser percebidos.

Ainda, entendemos que a requisição/solicitação das informações cadastrais não pode ser aleatória e sim estar alicerçada em elementos constantes de procedimento regularmente instaurado para o qual as informações se mostram de utilidade aos objetivos legais daquele.

Assim estabelecido, este órgão posiciona-se favorável ao fornecimento das informações cadastrais de assinantes à autoridade requisitante/solicitante pelas prestadoras dos serviços de telefonia fixa e móvel (...)”.

Já em dezembro do mesmo ano (2003), a referida Agência (em Brasília) manifestou-se em sentido contrário, quanto à mesma questão, em ofício dirigido a uma operadora prestadora de serviços de telecomunicações, nos seguintes termos:

“Em atenção à carta, informamos que o posicionamento da Agência acerca do fornecimento de dados cadastrais é o de que tais informações estão abrigadas pelo sigilo das comunicações ou pelo

direito à privacidade (informações cadastrais do assinante). A Procuradoria desta Agência, inclusive, manifestou-se sobre o assunto, na Nota Técnica 429/2003/PGF/PF-JRP/Anatel, cuja conclusão transcrevemos a seguir:

‘(...) entendemos que os dados cadastrais dos assinantes e aqueles referentes à origem e o recebimento de chamadas estão protegidos pelo direito à intimidade e da vida privada (inciso X do art. 5.º da CF). Já o rastreamento do aparelho móvel pessoal, capaz de identificar a área geográfica do assinante por meio de coordenadas geográficas, mapas ou cartas digitais, só poderá ser concedido para fins de investigação criminal e mediante prévia autorização judicial (inciso XII do art. 5.º da CF) sob pena de violação do sigilo das telecomunicações’.

Entende, pois, a Agência que os dados cadastrais dos assinantes e aqueles referentes à origem e o recebimento de chamadas estão protegidos pelo direito à intimidade e da vida privada, com fulcro no inciso X do art. 5.º da CF/1988, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas, conforme o disposto no art. 3.º, V, da Lei 9.472/97, que preceitua:

‘Art. 3.º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

(...)

V – à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo as hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas”.

Ainda assim, diante de tanta controvérsia, entendemos que é inerente à própria atividade investigativa das polícias judiciárias e do Ministério Público, o acesso aos dados individuais do cidadão adequadamente individualizado e objeto de investigação em procedimento legal e regularmente instaurado, sob pena de impo-

sição de grave prejuízo ao interesse público.

O controle sobre a utilização indevida da informação obtida deve ser feito pelo órgão competente, restando expressamente previstas em lei as conseqüências para a autoridade que atuar com desvio de finalidade, abuso de poder etc.

Os dados cadastrais permanecem resguardados pelo sigilo, pela privacidade. Contudo, dito sigilo não resiste diante das exceções previstas, entre as quais, aquelas ora citadas e que autorizam a “quebra” de tal princípio, sob pena de facilitação de práticas ilícitas, resguardadas sob o manto da preservação do interesse privado, o que, ao nosso ver, é inadmissível.

Somente as autoridades públicas legalmente investidas dos poderes respectivos poderão ter acesso aos dados cadastrais, presentes as circunstâncias e elementos já apontados.

7. Conclusão

O cerne da questão referente ao tratamento legal a ser dispensado ao sigilo de telecomunicações repousa, pois, na prudente e correta equiparação e valoração entre os interesses público e privado, sem-

pre à luz do sistema constitucional e legal instaurados no país.

Processo que exige, além do conhecimento técnico, real maturidade dos profissionais da área.

Agradece, o regime democrático.

Referências

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UnB, 1999. vol. I.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novo anteprojeto de lei disciplina a quebra de sigilo das comunicações telefônicas. *Revista Literária do Direito*, São Paulo, p. 19-21, jun.-jul. 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: RT, 1991.

———. *Direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.