

Constituição da República Brasileira

TÍTULO II
Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

X - **são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

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**;

Não se trata, pois, de uma garantia absoluta e sim relativa. Significa que lhe são admitidas exceções legítimas no próprio plano do ordenamento legal. As garantias individuais previstas na Carta Magna, observa Ada Pellegrini Grinover, "têm sempre feito e finalidades éticas, não podendo proteger abusos nem acobertar violações". Por isso – prossegue –, "as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias" (grifo nosso – *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: RT, 1982. p. 251.), tudo no sentido da decisão, *literallis*:

*E M E N T A: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - **A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados**, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (grifo nosso – STF – HABEAS CORPUS - HC 70814/SP - Relator: Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 01/03/1994 - VOTAÇÃO: UNÂNIME – RESULTADO: INDEFERIDO. Publicação: DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-0176- PP-01136)*

LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.

Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à **interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.** (parágrafo equipara a comunicação telefônica à transmissão de dados)

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

- I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II - **a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;**
- III - **o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.**

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

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

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

Art. 4º **O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal,** com indicação dos meios a serem empregados.

§1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, **indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável** por igual tempo **uma vez** comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. **Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática**, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 24 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Aspectos relevantes da escuta telefônica que podem ser transpostos para o monitoramento de transmissão de dados

A interceptação telefônica/dados é uma limitação legal expressa ao direito fundamental à **privacidade**, prevista no art. 5º, XII, da Constituição da República, *litteris*:

*"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."*(grifei)

Ora, como cediço, estabeleceu a Constituição Federal, de maneira clara, **o sigilo das comunicações como regra, e sua quebra como exceção**. O dispositivo constitucional regulamentado por meio da Lei nº 9.296/96 requer os pressupostos, as condições e o procedimento através dos quais se legitimaria a intromissão estatal nas comunicações telefônicas e de transmissão de dados.

Os pressupostos legais inafastáveis para determinar-se a diligência consistem nos fatos de (1) haver investigação criminal ou processo penal instaurado em face daquele que se investiga, vale dizer, deve haver fundadas suspeitas - em relação ao indiciado ou réu - de autoria dos ilícitos cuja (2) materialidade seja provável e, ainda assim, (3) quando não for possível a apuração através de outros meios.

Insta salientar que, além disso, o ato só pode ser autorizado (4) quando as infrações penais forem punidas, em seu preceito secundário, **com a modalidade qualitativa de reclusão**. Entendimento fruto da interpretação lógico-gramatical do inciso III do art. 2º do diploma legal em comento.

Entretanto, antes de qualquer movimento judicial no sentido autorizar ou não a escuta telefônica, ou a contra-interceptação de dados, para fins de investigação criminal, deve ser observada a "*forma que a lei estabelecer*", sob pena de rompimento do princípio constitucional da legalidade, uma vez que as provas obtidas desta forma ilícita, violam a "regra de garantia" decorrente do princípio da presunção de inocência. Neste sentido as decisões, *ipsis litteris*:

DECISÃO 1

Ementa: *CONSTITUCIONAL. PENAL. PROVA ILICITA: "DEGRAVAÇÃO" DE ESCUTAS TELEFONICAS. C.F., ART. 5., XII. LEI N. 4.117, DE 1962, ART. 57, II, "E", "HABEAS CORPUS": EXAME DA PROVA. I. - **O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFONICAS PODERA SER QUEBRADO, POR ORDEM JUDICIAL, NAS HIPÓTESES E NA FORMA QUE A LEI ESTABELECE PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL (C.F., ART. 5., XII). INEXISTÊNCIA DA LEI QUE TORNARA VIAVEL A QUEBRA DO SIGILO, DADO QUE O INCISO XII DO ART. 5. NÃO RECEPCIONOU O ART. 57, II, "E", DA LEI 4.117, DE 1962, A DIZER QUE NÃO CONSTITUI VIOLAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÃO O CONHECIMENTO DADO AO JUIZ COMPETENTE, MEDIANTE REQUISICÃO OU INTIMAÇÃO DESTA. E QUE A CONSTITUIÇÃO, NO INCISO XII DO ART. 5., SUBORDINA A RESSALVA A UMA ORDEM JUDICIAL, NAS HIPÓTESES E NA FORMA ESTABELECIDAS EM LEI. II. - NO CASO, A SENTENÇA OU O ACÓRDÃO IMPUGNADO NÃO SE BASEIA APENAS NA "DEGRAVAÇÃO" DAS ESCUTAS TELEFONICAS, NÃO SENDO POSSIVEL, EM SEDE DE "HABEAS CORPUS", DESCER AO EXAME DA PROVA. III. - H.C. INDEFERIDO.***(grifo nosso – STF – HC 69912 / RS - Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Rel. Acórdão:

Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 30/06/1993 Órgão Julgador: **TRIBUNAL PLENO** - VOTAÇÃO: POR MAIORIA. - RESULTADO: INDEFERIDO. Publicação: DJ 26-11-1993 PP-25532 EMENT VOL-01727-02 PP-00321)

DECISÃO 1 – segundo HC

Ementa: *PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFONICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.*(grifo nosso – STF – HC 69912 segundo / RS - Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Julgamento: 16/12/1993 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO - Votação: por maioria. - Resultado: deferido. - Publicação: DJ 25-03-1994 PP-06012 EMENT VOL-01738-01 PP-00112 RTJ VOL-00155-02 PP-00508)

DECISÃO 2

EMENTA: *HABEAS-CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. NULIDADE. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes. Ordem deferida. (grifo nosso – STF – HABEAS CORPUS 81154/SP – Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA – Julgamento: 02/10/2001 – Publicação: DJ 19-12-2001 PP-00004 EMENT VOL-02054-02 PP-00341)*

DECISÃO 3

Ementa: *HABEAS-CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. 1. É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos "frutos da árvore venenosa". 2. Inexistência de prova autônoma. 3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. 4. Habeas-*

corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art.150, § 3º), para anular o processo ab initio, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. (grifo nosso – STF – HABEAS CORPUS 74116/SP – Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA – Julgamento: 05/11/1996 – Publicação: DJ 14-03-1997 PP-06903 EMENT VOL-01861-01 PP-00178)

DECISÃO 4

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. SIGILO DE DADOS. QUEBRA. BUSCA E APREENSÃO. INDÍCIOS DE CRIME. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. LEGALIDADE. CF, ART. 5º, XII. LEIS 9.034/95 E 9.296/96.

- Embora a Carta Magna, no capítulo das franquias democráticas ponha em destaque o direito à privacidade, **contém expressa ressalva para admitir a quebra do sigilo para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII), por ordem judicial.**

- **A jurisprudência pretoriana é unissonante na afirmação de que o direito ao sigilo bancário, bem como ao sigilo de dados, a despeito de sua magnitude constitucional, não é um direito absoluto, cedendo espaço quando presente em maior dimensão o interesse público.**

- A legislação integrativa do canon constitucional autoriza, em sede de persecução criminal, mediante autorização judicial, "o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancários, financeiras e eleitorais" (Lei nº 9.034/95, art. 2º, III), bem como "a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática" (Lei nº 9.296/96, art. 1º, parágrafo único).

- Habeas-corpus denegado. (grifo nosso – STJ – HC 15.026/SC, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 24.09.2002, DJ 04.11.2002 p. 266)

DECISÃO 5

Ementa: DENÚNCIA CONTRA MAGISTRADO - ACUSAÇÃO BASEADA EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA PARA A INVESTIGAÇÃO DE POSSÍVEL PRÁTICA DE OUTRO DELITO POR PARTE DE OUTRA PESSOA SEM QUALQUER CONEXÃO COM A INFRAÇÃO IMPUTADA AO DENUNCIADO - IMPOSSIBILIDADE - FALTA DE EMBASAMENTO DA DENÚNCIA - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA - **Se a denúncia está embasada apenas em prova obtida através de interceptação telefônica autorizada para a investigação de possível prática de outro delito por parte de outra pessoa, sem qualquer conexão com a infração penal imputada ao acusado, não se tem como recebê-la, uma vez que essa prova é ilícita,** razão pela qual deve ser desconsiderada, o que faz com que a denúncia não encontre embasamento em qualquer outro elemento que indique a possível prática do crime que narra, fazendo, assim, com que inexista justa causa para a ação penal. Súmula: ACOLHERAM PRELIMINAR PARA REJEITAR A DENÚNCIA, VENCIDO O DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO. (grifo nosso – TJMG – Processo: 1.0000.04.408238-6/000 – Relator: JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES – Data da publicação do acórdão: 03/08/2005)

DECISÃO 6

“Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

*Alegam os recorrentes que foi postulada, há cerca de doze meses, uma ordem de "Habeas Corpus" ao i. Juízo da 8ª Vara Criminal de Belo Horizonte, **em que buscavam evitar***

conseqüências penais diante da resistência que eles, como representantes legais da empresa "Horizontes Internet Ltda.", entenderam de opor à requisição de informações, oriunda do Dr. Delegado de Polícia da Delegacia Especializada de Repressão ao Crime Informático e às Fraudes Eletrônicas; que dita autoridade entendia legal a requisição de obter deles, sem sequer haver inquérito policial instaurado, **e sem prévia autorização judicial,** informações confidenciais sobre dados de acesso de cliente da empresa ao sistema mundial de internet; que neste ofício havia requisição de encaminhamento do login e password das ligações feitas pelo aparelho telefônico nº 411-75-34; que se tivessem atendido referida requisição, estariam fornecendo à digna autoridade policial, apontada como coatora, os exatos meios necessários ao ingresso no ambiente de internet do cliente da empresa deles, ou seja, estariam cometendo delito de violação de sigilo, pois estariam fornecendo a terceiros precisamente os meios de invasão à correspondência por meio de e-mails e acesso a todos os sites freqüentados pelo cliente usuário através de sua linha telefônica, conectada ao seu computador; que a ordem do Sr. Delegado é manifestamente ilegal; que buscaram a via do "Habeas Corpus" para evitar que a autoridade policial pudesse evoluir sua conduta policial, utilizando-se de condução coercitiva, ou mesmo proceder à indicação dos recorrentes como possíveis infratores do tipo penal previsto no art. 330, do Código Penal Brasileiro; que opõe-se a autoridade coatora à concessão da ordem, alegando que não haveria qualquer constrangimento ilegal na sua "solicitação recusável" pelo destinatário, e, via de conseqüência, justo motivo para o "writ"; que o Ministério Público não se manifestou sobre o mérito e o Juiz "a quo" denegou a ordem ao argumento de que haveria temor vago dos pacientes e não um temor concreto; que requisitar constitui forma de uma autoridade pública exigir atendimento à sua ordem. Desatender à ordem significa a perspectiva de crime de desobediência.

Razão não assiste aos recorrentes, "data venia".

Não há que se falar em possibilidade de virem os pacientes a responder por crime de desobediência, por este fato concreto, porquanto a ordem originada do Sr. Delegado é ilegal, haja vista não ter ele competência para a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal, nos termos do art. 1º, "caput", da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

O tipo do delito no art. 330, do Código Penal Brasileiro, exige que a ordem seja legal e emane de funcionário competente para o ato, o que inexistente no caso em apreço.

A interceptação há de ser emanada de autoridade judiciária, nos casos permitidos na lei, devendo ser devidamente fundamentada, nos termos da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

Os próprios postulantes entendem a requisição do Delegado como ilegal. Se ilegal é a ordem, obrigados não se encontram a obedecê-la.

Diz a Jurisprudência:

"É inadmissível o indiciamento de alguém por desobediência, sendo manifestamente ilegal a ordem da autoridade policial. Por fato atípico ninguém pode ser indiciado em inquérito policial" (TACRIM-SP - HC - Rel. Dimas Ribeiro - RT 590/337).

"Um dos requisitos para a configuração do crime de desobediência é a legalidade da ordem. Assim, se o juiz que a expediu não tinha competência para fazê-lo, não se tipifica, sequer em tese, o delito em apreço" (STF - RHC - Rel. Francisco Resek - RT 591/422).

Assim, não estão os recorrentes na iminência de qualquer coação ilegal, no caso concreto, pois, apesar de haver possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 9.296/96), absolutamente incompetente é a autoridade coatora para ordenar tal providência.”(grifo nosso – TJMG – Processo: 1.0000.00.219611-1/000 – Relator: ODILON FERREIRA – Data da publicação do acórdão: 31/10/2001)

DECISÃO 7

A interceptação, portanto, consiste na captação da conversa por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores e, como elemento de prova, estará consubstanciada no documento de gravação e decodificação do seu conteúdo.

Em segundo lugar, deve ser lembrado, que o sigilo de dados ao qual se refere o texto Constitucional, art. 5º, inciso XII, deve ser entendido como dados informáticos propriamente ditos, que é distinto dos dados cadastrais, ou qualificação das pessoas titulares de determinadas contas de e-mails.

Como leciona Celso Ribeiro Bastos, ao se tomar a expressão ao pé da letra todas as comunicações seriam invioláveis - Mas pela inserção da palavra no inciso vê-se que não se trata do objeto da comunicação, mas sim de uma modalidade tecnológica recente que consiste na possibilidade das empresas, sobretudo financeiras, fazerem uso de satélites artificiais para comunicação de dados contábeis - (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, p.73).

Assim, pode-se concluir que, o fornecimento de dados cadastrais em poder do provedor de acesso à internet, que permitam a identificação de prováveis autores de infrações penais, não fere o direito à privacidade e o sigilo das comunicações, uma vez que dizem respeito à qualificação de pessoas, e não ao teor da mensagem enviada.

Em tais casos é possível que a autoridade policial determine diretamente ao provedor de acesso à Internet o fornecimento de informações que permitam a identificação dos emittentes, posto que inserida nas atribuições do Delegado de Polícia, por força do art. 6º do CPP.

Dispõe também o art. 68 da Lei das Contravenções Penais que caracteriza ilícito "recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência".

Ademais, como se viu, entre as partes interlocutoras não vigora o sigilo das comunicações, somente existente em face de terceiros.

Atualmente, no Brasil, é visível a crescente onda de criminalidade através da internet, notadamente no que se refere aos crimes contra a honra, que já superam os casos de pedofilia on line, conforme informações colhidas no site Terra.com.Br. Em tais casos, não há que se cogitar do sigilo dos dados cadastrais, que, na verdade, seria uma forma de acobertar o anônimo dos autores das infrações digitais, sobre uma suposta violação de princípios fundamentais.

Ressalte-se, porém, que estes dados somente poderão ser usados para fins de investigação criminal, observando-se o devido segredo de Justiça, já que somente à parte interessada é facultado, se houver justa causa, deles se utilizar, podendo, inclusive, as autoridades policiais, que terão acesso a essas qualificações, serem responsabilizadas nos casos de abusos.

Isto posto, ratificando a liminar deferida, concedo a segurança, para possibilitar o prosseguimento das investigações.” (grifo nosso – TJMG – processo: 1.0000.04.414635-5/000 – Relator: PAULO CÉZAR DIAS – Data da publicação do acórdão: 29/04/2005)

DECISÃO 8

“Tenho por irretocável a sentença ora reexaminada, já que não pode ser punido, a título de desobediência, agente público que se nega a cumprir ordem manifestamente ilegal, configuradora de atitude criminosa. Nem mesmo o servidor militar.

Consta dos autos que o Apelado fora incumbido, por seu superior hierárquico, de instalar uma escuta telefônica na residência de magistrado que estaria sofrendo ameaças de morte. Não tendo ele cumprido tal determinação, veio a ser punido, contra o que se insurge, já que não estaria ele obrigado a realizar tal serviço, pois não haveria autorização judicial para tanto.

E, de fato, não se poderia exigir do Apelante tal conduta, e muito menos puni-lo por descumprir aludida ordem, pois a mesma, a múnua de qualquer autorização judicial, ou procedida totalmente à revelia de um competente procedimento criminal, configura crime, nos termos do artigo 10 da Lei 9296/96, in verbis :

"Art. 10 - Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, e informática ou telemática, ou quebrar Segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena - reclusão, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa."

E, em se tratando de ordem descumprida de prática criminosa, falece até mesmo a hierarquia militar, que em situações lícitas, tornaria inescusável a desobediência do Apelante. Mas, como ensina a melhor doutrina:

"Vale observar o caso especial da relação hierárquica militar, na qual o descumprimento da ordem emitida por superior pode caracterizar crime de insubordinação, previsto no art. 163 do Código Penal Militar. O estatuto repressivo castrense prevê total isenção de culpa ao militar que age em estrita observância a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços, salvo se a ordem tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos e na forma de execução. ... No caso em que o cumprimento da ordem importar em crime, o dever jurídico de obedecer à ordem não existe e, portanto, a desobediência não viola o comando normativo do tipo incriminador do artigo 163 do Código Penal Militar." (GALVÃO, Fernando e GRECCO, Rogério. In Estrutura Jurídica do Crime, Ed. Mandamentos, 1999)." (grifo nosso – TJMG – processo: 1.0000.00.251607-8/000 – Relator: NILSON REIS – Data da publicação do acórdão: 28/02/2003)

Também em atendimento ao princípio da legalidade, o correto caminho do requerimento é o feito por autoridade policial ou o Ministério Público, vedado ao juiz, de ofício, conceder autorização para quebra de sigilo telefônico ou de dados.

Outro aspecto importante quanto à escuta telefônica, ou de dados, é que a admissão da prova ilícita pode ser feita em favor do acusado, sendo sua divulgação isenta de aplicação do art. 153 do CP, devido à existência de justa causa para tanto.

Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.