

O Grampeamento e a Constituição

OSNY DUARTE PEREIRA

Desembargador aposentado do TJRJ. Sócio honorário da Associação Brasileira de Imprensa (ABI).

Foi professor de Ciência Política do Instituto Superior de Estudos Brasileiros (ISEB). Autor de vários livros na área de Ciências Sociais e Jurídicas.

Em 1988, generalizou-se, entre os grupos que, na Assembléia Nacional Constituinte, formulavam novos dispositivos, a convicção de que a inviolabilidade das comunicações deveria acabar. O motivo não deixava de ser louvável: a criminalidade crescia, o terrorismo assumia proporções angustiantes, formavam-se quadrilhas para a disseminação dos tóxicos, quase tão poderosas quanto as de hoje. Urgia dotar a polícia de instrumentos adequados, a fim de conter a tragédia social que já se alastrava.

Imaginava-se que, disciplinando o grampeamento dos telefones e a violação da correspondência, aqueles males poderiam desaparecer ou, pelo menos, perder sua intensidade.

Ingenuidade comovente. Ocorreu o contrário, como iremos demonstrar.

A escuta dos telefones já era praticada em larga escala no mundo todo. O presidente Nixon foi destituído graças ao grampeamento de seu telefone. O imenso poder político de Hitler e de Mussolini assentou-se sobre a violação do sigilo. A perseguição aos judeus, o assalto aos bens de milhares, os seqüestros e mil outros crimes praticados por governos autoritários tiveram a ajuda decisiva do grampeamento dos telefones.

O Grampeamento no Brasil

Aqui no Brasil, não obstante proibição constitucional, o SNI (Serviço Nacional de Informações) sempre recorreu à arma da violação dos telefones e chegou a instalar, clandestinamente, na parede, por trás da cadeira do próprio Presidente da República, sofisticados dispositivos de escuta. Os que se indispunham contra os portadores desta arma terrível estavam perdidos. O Presidente Figueiredo, manietado pelo que teria sido gravado, não teve condições de punir os infratores. Crimes como as bombas lançadas na OAB, no Rio, com mortes e mutilações terríveis, as bombas preparadas para explodir no Riocentro, onde se encontravam festivamente reunidos milhares de

jovens, prisões arbitrárias, extorsões e mil formas de terrorismo, utilizadas durante a ditadura pelos grupos terroristas de direita, contaram com o precioso instrumento dos telefonemas gravados que, em mãos de torturadores, assegurava-lhes a impunidade, pela ameaça de represálias.

Tão desesperante foi o poder gerado pela violação do telefone, que o general Golbery, criador do SNI, repetia o que dizia Hitler da Gestapo, após a conspiração que, por um triz, não o eliminou: “Gerei um monstro”.

O Grampeamento Europeu, Asiático e Norte-Americano

Em muitos países da Europa, persistiu a prática do grampeamento dos telefones, introduzida pelas tropas fascistas de ocupação. As forças da resistência democrática, ao reassumirem os governos locais, mantiveram os equipamentos de controle, com o objetivo de vigiar os colaboracionistas e dificultar-lhes os movimentos.

A guerra colonial na Argélia, a abertura de espaço à criação de Israel e a repressão pelos príncipes árabes no Oriente Médio, gerada para garantir o petróleo para as “Seis Irmãs”, promoveram a irradiação dos focos de resistência pelo continente europeu. O governo de vários países trataram de legalizar a escuta, como instrumento de apoio aos que defendiam a soberania européia sobre as colônias africanas e asiáticas e suas jazidas de petróleo.

O recrudescimento do terrorismo muçulmano e a militarização do tráfico de entorpecentes animaram os governos a institucionalizar o grampeamento dos telefones.

Numa revisão da matéria, na *Gazeta Mercantil*, de 23.11.95, preparada por Márcio Aith, se vê que a Grã-Bretanha regulamentou a escuta telefônica desde 1949, através do *Wireless Telegraph Act*, e atribuiu ao Ministro do Interior (*Home Secretary*) a competência para autorizar e fiscalizar o exercício dessa forma de investigação criminal. Alemanha, Espanha, Itália, Suíça, cada país, a seu modo, disciplina este poderoso instrumento de repressão. Os Estados Unidos o fazem pelo *Crime Control and Safe Street Act*, de 1968.

Cada vez mais, entretanto, essas leis vão perdendo eficácia, como forma de disciplinar a escuta, diante do progresso da eletrônica na penetração do recesso dos lares, das repartições e até dos bancos mais poderosos e dotados da última palavra em blindagem de segredos.

Em 18.8.95, a *Gazeta Mercantil* fornecia detalhes da façanha de um matemático russo de 24 anos de idade que, de Leningrado (São Petersburgo) penetrou na contabilidade do Citibank, na Wall Street, e desviou US\$ 2,8

milhões para contas na Califórnia e em Israel.

O *Jornal do Brasil*, de 2.8.95, noticiava a audácia de um “pirata” pernambucano de 17 anos, que rompeu o sistema de segurança da Rede Nacional de Pesquisas do Departamento de Informática da Universidade de Pernambuco e teria até captado o número da senha do Governador Miguel Arraes!

O Sigilo na Carta Constitucional Vigente

Nossa Constituição, no capítulo dos **Direitos Individuais e Coletivos**, no art. 5º, em que garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, no inciso XII, assegura:

A inviolabilidade do sigilo nas comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No parágrafo 1º desse artigo, a Constituição prescreve:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Se o **sigilo** é um **direito pessoal**, a **escuta**, como ressalva de violação do sigilo, é um **direito coletivo** destinado a preservar a segurança, a liberdade e até a vida, que também são direitos mencionados nesse preceito.

A insuficiência da norma constitucional sobre o sigilo das comunicações proporcionou numerosos trabalhos de juristas, empenhados em criticá-la.

Destacamos o artigo de Yvan Senra Pessanha, sob o título *Um Poder Judiciário mais Democrático*, in *Estudos Jurídicos*, nº 3, páginas 145 a 155, publicado pelo IEJ (Instituto de Estudos Jurídicos) do Rio de Janeiro, em 1991. Também o ensaio de Ada Pellegrini Grinover, intitulado *As Provas Ilícitas na Constituição*, no mesmo volume, páginas 18 a 32.

Outro episódio importante foi a criação, pelo Presidente Itamar e seus ministros militares, da Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE, com 20.000 arapongas sob a direção do Almirante Mário Flores, o mesmo que promoveu, sigilosamente, a entrega do SIVAM (Sistema de Vigilância da Amazônia) à empresa norte-americana Raytheon, sem concorrência. O afloramento do escândalo resultou da ousadia de um juiz, que autorizou a

quebra de sigilo.

Até dezembro de 1995, os ministros militares cogitavam restabelecer o SNI e, portanto, com mais arapongas e sem Poder Judiciário para atrapalhar.

Tudo isto representava o retorno do Brasil ao modelo de Estados policiais do Terceiro Mundo, governados por oligarquias com fachadas de “eleições democráticas”, financiadas pelo Poder Econômico ditatorial.

A Lei nº 9.296

Nesse ambiente surgiu a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal:

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

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

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 artigo 8º, ciente o Ministério Público.” (...)

Sucedem-se outros artigos que disciplinam as atribuições policiais e sua vinculação à dependência da autoridade do Juiz, bem como normas para a inutilização de trechos da gravação que não interessarem à prova.

Tudo isto demonstra que só a autoridade judiciária tem o poder de autorizar a pesquisa através da escuta telefônica. Qualquer membro do Poder Executivo, inclusive o Presidente da República, segundo o texto da Constituição em vigor, não pode usurpar tarefas que a Constituição outorga à autoridade judiciária.

Acontece que o País está infestado de escutas clandestinas, onde aparecem escândalos de toda ordem. Há, evidentemente, que punir esses infratores. Entretanto, a busca desses delinquentes vem se realizando sem a observância da regulamentação estabelecida na Lei nº 9.296.

A Nação vem se degradando pela forma em que pretende punir os supostos autores desses grampeamentos.

O País caminha para o caos. Desde o Presidente da República, a Governadores, Prefeitos e representantes da Fazenda, todos vêm se arrogando o direito de, através de autoridades policiais locais, realizar investigações sobre a vida privada de cidadãos.

Por que é que todos buscam as fitas gravadas, como no recente escândalo do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e

Social) no caso das privatizações das empresas de telecomunicações? É que tais fitas podem ser utilizadas para dois fins: seja para destruí-las e, assim, ocultar delitos próprios, ou, na hipótese de nelas existir comprovação de crimes de terceiros, usá-las para chantagem.

Isto representa uma quebra do regime democrático e a instauração do medo e da insegurança de quaisquer desafetos da autoridade executiva federal, estadual ou municipal. É uma ilegalidade. E, como ilegalidade, deve igualmente ser punida pela exorbitância funcional.

Em verdade, os progressos da tecnologia cibernética continuam, com licença ou sem licença, ampliando o rombo na privacidade, confirmando o lamento de Fernando Pedreira, no artigo “*O funil da liberdade*”:

“A ditadura dos meios de comunicação tem deixado cada vez menos espaço ao indivíduo” (e acrescentamos) tem, também, ampliado mais o narcotráfico, peculatos, seqüestros, extorsões e miséria.

A Lei nº9.296 exige um aperfeiçoamento. A sua importância não pode permanecer sujeita às pressões que padece a pessoa do Juiz.

O conceituado criminalista Márcio Thomaz Bastos, em declarações ao *Jornal do Brasil*, de 30.11.98, afirma que “há riscos de a espionagem - que foi um expediente comum na área política, durante a ditadura militar - aumentar na área empresarial. Só em 1996, depois que o governo foi abalado pelo escândalo da escuta no caso Sivam - que derrubou um ministro e um secretário particular do presidente Fernando Henrique Cardoso -, é que o grampo foi tipificado como crime, punível com pena de dois a quatro anos de reclusão.”

Márcio Thomaz acha que a privatização das empresas de telefonia deixou uma grande interrogação sobre a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações telefônicas.

“O Brasil privatizou sem criar uma agência controladora do sistema de telecomunicações. O monopólio privado é mais perigoso do que o público e tem uma tendência maior a ser cooptado”, diz o advogado.

O direito norte-americano introduziu o Tribunal do Júri para livrar os magistrados das responsabilidades inerentes às garantias dos cidadãos.

Nos casos de grampeamento de comunicações, que interessem à Ordem Pública e à defesa do Patrimônio Nacional, e onde, portanto, o grampeamento não tem um significado criminal, os cidadãos envolvidos no uso desse instrumento deveriam ser processados na esfera do Tribunal do Júri, constituído, tanto quanto possível, de uma lista de membros de

entidades ligadas às liberdades democráticas, consignadas na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Ou sejam: a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB; a Associação Brasileira de Imprensa - ABI; o Instituto dos Advogados do Brasil - IAB; as centrais sindicais dos trabalhadores; as Associações de Moradores; as entidades religiosas e demais instituições representativas da sociedade, entre elementos radicados na Comarca (Código de Processo Penal, art. 439 e seguintes).

Este trabalho conclama todos os cidadãos para uma reflexão ante a progressiva abolição do regime democrático no tratamento do sigilo constitucional, que assegura a modernização das instituições governamentais. ◆