

A Constituição e a interceptação de telefone

FOLHA DE SÃO PAULO JOSÉ CARLOS DIAS 14 MAI 1987

Telefonia

Assisti, no Superior Tribunal Militar há muitos anos atrás, a um fato que bem retratava o período ditatorial que então vivíamos: o presidente daquela corte deu conhecimento ao plenário de um ofício firmado pelo presidente da empresa telefônica de Brasília, excusando-se por haver posto sob censura um telefone residencial de um dos ministros, por confusão em um dos Algarismos. É que o grampeamento se tornara rotina durante aquela fase da história brasileira e não deixou de ser um expediente usado mesmo nos períodos chamados democráticos.

O recente episódio amplamente debatido e noticiado de interceptação telefônica determinada pelo magistrado Walter Fanganiello Materovich, para que a polícia pudesse ser auxiliada nas investigações de autoria de um crime de sequestro cuja vítima houvera sido morta, reacende a discussão do tema.

O aparelho, objeto da interferência, estava instalado no escritório do advogado da pessoa investigada. A questão foi suscitada pela Ordem dos Advogados do Brasil perante o Tribunal de Justiça de São Paulo e perante o Ministério Público, objetivando aquele organismo punição penal e administrativa do juiz, principalmente porque foi atingida a inviolabilidade do escritório de advocacia.

Diz a Constituição vigente, em seu artigo 153, parágrafo 9.º, ser "inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas".

Tal garantia consta do elenco das garantias e direitos individuais e não sofre qualquer ressalva ou exceção, como, ao contrário, acontece com a garantia da inviolabilidade do domicílio (parágrafo 10.º do citado artigo) que padece de restrição na hipótese de estar ocorrendo, no interior do domicílio, crime ou desastre.

Se o legislador constitucional quisesse, portanto, aceitar uma exceção qualquer à quebra do princípio da inviolabilidade do sigilo postal ou telefônico, tê-lo-ia feito

em razão da sistemática por ele adotada.

Ada Pellegrini Grinover, em recente artigo publicado no jornal "O Estado de S. Paulo", edição de 26 de abril último, no qual se reporta à tese com que, com muita justiça, conquistou cátedra na Faculdade de Direito da USP, sustenta a validade de excepcional interceptação telefônica por ordem judicial. E o faz agasalhando a tese de que "a interceptação telefônica pode ser lícita, quando obedecido o regime constitucional e legal que a regula". "E isso —prossigue a mestra— não deve causar espécie, porque as garantias constitucionais têm sempre feito e finalidades éticas, não podendo proteger abusos sem acobertar violações". Tem muito tal exegese e, justamente, porque tal raciocínio pode levar a abusos inomináveis. Fazer o cotejo dos valores éticos das liberdades públicas, das garantias do cidadão, pensando com isso protegê-lo, tem sido desculpa para atitudes de truculência, principalmente, nos regimes ditatoriais. Foi assim que, sem estado de sítio ou de emergência, milhares de pessoas tiveram seus telefones "grampeados", lares foram invadidos, seres humanos torturados, em nome de um bem que seria maior, denominado "segurança nacional".

Argumenta ainda a jurista que o Código de Processo Penal, no que é seguido pelo Código de Processo Penal Militar, abre exceções à regra constitucional. Entendo que as citadas leis não contrariam de forma alguma a lei suprema. Se o fizessem, seriam inconstitucionais. Exemplificativamente, o artigo 233 do CPP admite que cartas abertas ou fechadas possam ser exibidas em juízo pelo seu destinatário, ainda que sem consentimento do signatário, e no artigo 240 admite a apreensão de cartas, destinadas ao acusado, estejam ou não em seu poder, se puderem ser úteis à elucidação de crime.

Tais dispositivos apontados com o objetivo de demonstrar que o legislador ordinário admite a quebra do princípio da inviolabilidade da correspondência, não autori-

zam, de forma alguma, que se estabeleça no Correio a censura sistemática da correspondência do acusado de um crime. O artigo 240 fala em busca domiciliar e pessoal, objetivando um determinado e definido objeto, um documento específico que pode ser uma carta. Não poderia ser de outra forma, porque a Constituição não pode ser contrariada por uma lei que lhe é subordinada.

Mas uso o mesmo argumento da professora Ada para ponderar que o Código de Processo Penal não admite, em nenhum de seus dispositivos, a escuta telefônica. E se é um Código antigo, claro está que foi atualizado. E o Código de Processo Penal Militar, que segue a mesma linha, é de 1969, promulgado pela Junta Militar. Pois bem, nem durante a ditadura, com um Código preparado pelo Executivo, se ousou interpretar a Constituição como a permitir a espionagem telefônica.

O Código Brasileiro de Telecomunicações, em seu artigo 57, abre uma porta à interceptação telefônica mediante autorização judicial. O texto é confuso, de difícilíssima inteligibilidade. É absolutamente inconstitucional. Não pode um juiz aplicar uma lei inconstitucional, ainda que tal vício não tenha sido arguido perante o Supremo Tribunal Federal. O magistrado tem que ser guardião da ordem legal que se implanta a partir da lei maior que é a Constituição.

O texto constitucional, estabelecendo de forma absoluta a inviolabilidade das telecomunicações, objetiva resguardar a privacidade, a intimidade do cidadão. Qualquer exceção a tal regra não expõe somente a pessoa cuja atuação em determinado fato criminoso é posta sob suspeita. Um telefone sob censura, "grampeado", expõe todos os usuários do aparelho e de todos os aparelhos que com ele se comunicam, com suas vidas devassadas pelas conversas, muitas delas íntimas, reveladoras de problemas pessoais ou de terceiros.

O que se dirá então de um telefone instalado num escritório

de advocacia? A Lei 4.215 —O estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ao estabelecer a inviolabilidade do escritório, de seus arquivos, ao estabelecer o direito do profissional comunicar-se com seu cliente reservadamente, mesmo quando preso, está a tutelar o direito de defesa. É irrelevante se o advogado era também compadre do seu cliente, conforme se alegou. As conversas entre ambos foram gravadas por meio da interceptação telefônica. E, o aparelho estava instalado num escritório de advocacia. Todos os outros clientes ficaram expostos à espionagem eletrônica.

Se a violação do gabinete de trabalho de um advogado é fato grave a merecer a justa reação da OAB, fato ainda mais sério é a caracterização da violação à norma constitucional que, de maneira clara e absoluta, garante a inviolabilidade da comunicação telefônica. Não pode, por mais relevante que seja o motivo, vir a ser desrespeitado o princípio. Da mesma forma como não pode um juiz autorizar ou determinar a tortura, ainda que dela possa resultar a elucidação de um gravíssimo crime. O respeito ao preso e o sigilo telefônico são preceitos constitucionais que não admitem restrições, exceções, poréns.

O tema deve preocupar os constituintes e a sociedade civil. País há, de reconhecida e tradicional estrutura democrática, em que a escuta telefônica é admitida em casos excepcionalíssimos, procedida com grande controle e rigor, com fixação de responsabilidades, sancionando-se pesadamente os abusos.

Enquanto não houver eventual mudança na ordem jurídica brasileira, a partir de uma nova Constituição, ninguém, e muito menos um juiz, pode autorizar ou determinar que seja interceptada qualquer linha telefônica, sob pretexto algum.

JOSÉ CARLOS DIAS, 47, é advogado criminal e foi secretário da Justiça do Estado de São Paulo (governo Montoro), presidente da Comissão Justiça e Paz do Arquidiocese Paulistana e conselheiro da OAB.