

Escuta telefônica e Constituinte

FRANCISCO CÉSAR PINHEIRO RODRIGUES

A imprensa paulistana deu ênfase, recentemente, a episódio relacionado com a escuta telefônica, autorizada — após solicitação formal — pelo juiz corregedor da polícia.

Apesar do compreensível tropismo por temas jurídicos essencialmente polêmicos — sob compreensível tropismo leve, mais jornalístico que técnico — resistimos, inicialmente, à tentação de nos manifestar porque, se o tema era oportuno e interessantíssimo, a discussão, infelizmente, envolvia nomes do nosso maior respeito.

De um lado o presidente da Seção Paulista da OAB, que tinha o dever de preservar os legítimos interesses da classe, preocupada com um precedente — ao que sabemos, o primeiro — que, se generalizado, desmoralizaria o sigilo profissional, base mesma da advocacia. Seria o mesmo que autorizar a escuta de pecados em confessorário.

De outro lado encontrava-se um juiz jovem, idealista e independente, que autorizou a escuta não por curiosidade malsã, mas por solicitação policial, em decorrência de um crime especialmente reprovável: seqüestro, seguido de morte do seqüestrado, após o pagamento do resgate — tudo, ainda, com características de crime organizado.

Finalmente, para recomendar o silêncio respeitoso, do entrechoço de acusações emergiu — desnecessariamente, a nosso ver — o nome de um combativo e leal desembargador, líder de classe, e que vem há anos batalhando pelos interesses da magistratura.

Se o silêncio era a melhor solução, por que — contraditoriamente — tocamos no problema da escuta, agora?

Porque da polêmica podem surgir tanto bons como maus frutos, em termos de Constituinte. Bons frutos, se prevalecer a sugestão da Comissão de Estudos Constitucionais, presidida pelo jurista Afonso Arinos de Mello Franco. Maus frutos, se persistir a redação simplista e dogmática do § 9º do art. 153 da atual Constituição Federal.

Parece ser da experiência comum que quando pessoas mentalmente honestas discutem sobre temas jurídicos a falha não está propriamente nas pessoas, mas em algum ponto da sistemática legal.

Vejamos.

Dispõe o § 9º do art. 153 da Constituição Federal que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas".

A redação concisa do parágrafo pode — discutivelmente — induzir o entendimento de que nem mesmo por motivos gravíssimos estaria o Judiciário autorizado, em procedimento regular, a permitir uma escuta telefônica. Entretanto, essa interpretação fanática da norma obrigaria a polícia e o Ministério Público a uma passividade verdadeiramente assassina, ocorrendo hipóteses extremas, aqui lembradas apenas para ressaltar que toda norma, mesmo constitucional, admite interpretação para adequá-la ao caso concreto.

Assim, se uma organização terrorista ameaçasse envenciar as represas de uma cidade — caso não atendidas as suas exigências e houvesse possibilidade de se impedir isso com a localização do terrorista, mediante escuta telefônica, seria lícito interditar tal escuta — que evitaria milhares de mortes — apenas com o argumento de que o parágrafo não abriu exceção à proibição?

Se um banco de fanáticos — outra hipótese espalhafatosa, mas que vinca o absurdo de todo dogmatismo — ameaçasse de queimar vivos os membros, digamos, do Conselho Monetário Nacional (nada de pessoal na hipótese) ou de uma corporação de juristas — e realmente começasse a cumprir a promessa — haveria alguém tão "constitucionalista" a ponto de preferir morrer entre chamas — embebido tanto em gasolina quanto em princípios constitucionais —, abraçado a um exemplar da Constituição, do que transgredir e permitir a escuta que localizaria os assassinos?

Não fiquemos apenas com hipóteses de homicídio.

Se o consultório de um psicanalista, ou o escritório de um advogado, ou o gabinete de um juiz internacional de dorgas — e a prova disso pudesse ser feita com a escuta, mediante autorização judicial — deveria prevalecer o sigilo, ou o princípio maior da repressão do narcotráfico, que também mata, só que lentamente?

É preciso, portanto, aproveitando-se o momento da Constituinte, que os fatores da nova Carta admitam, expressamente, como única exceção ao princípio do sigilo, a prévia autorização judicial, que pressupõe equilíbrio e imparcialidade, até que se prove o contrário.

Dispõe o anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais, pre-

sidida pelo prof. Afonso Arinos, que "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, salvo autorização judicial, nos casos previstos em lei, por necessidade de investigação criminal" (art. 38 do Título I).

É uma redação aceitável, dispensando até mesmo modificação da legislação ordinária. A nosso ver, nova lei é desnecessária porque as que já existem regulam bem a matéria, cabendo aos julgados a formação da "jurisprudência da escuta", que certamente preservará ao máximo o sigilo profissional e a privacidade, só interferindo nas comunicações em hipóteses muito raras. E nada impede a edição de um diploma mais detalhado, se assim achar melhor a OAB.

Em termos de coerência, o Brasil é um país bem interessante. Até o caso recente — pelo que sabemos — um juiz não se atreveu a autorizar uma escuta (não entremos no mérito do caso que gerou a celeuma). Todavia, dezenas de detetives particulares anunciam, diariamente, nos jornais, a escuta telefônica e gravações em favor de seus clientes, servindo como única justificativa o pagamento de seus serviços.

A correspondência, também, pela Constituição, tem seu sigilo garantido, mas, desde 1945, a Lei de Falências, no seu art. 63, nº II, determina que ao síndico cabe "receber a correspondência dirigida ao falido, abri-la em presença deste ou de pessoa por ele designada, fazendo entrega daquela que se não referir a assunto de interesse da massa". E essa violação nunca foi argüida de inconstitucional.

Dirá o leitor que a indiscrição, no caso, é restrita, abrangendo apenas os "assuntos de interesse da massa". Mas se a carta, por exemplo, for de uma mulher, abordando temas amorosos mesclados com agradecimentos por doações, haverá também um "interesse da massa". Para saber se o assunto é ou não apenas "particular", sem interesse para os credores, é preciso ler a carta, mesmo por cima, até o fim.

O Código de Processo Penal determina que "As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo" (art. 233). Logo, se o meio não for "criminoso", isto é, se for judicial, em procedimento regular, serão admitidas. E o art. 240, §1º, letra "f", admite a busca domiciliar ou pessoal para apreensão de "cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em

seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato".

O Código Penal também não precisa ser adaptado à nova regra constitucional porque é crime a violação da correspondência quando isso ocorrer "indevidamente", isto é, sem justa causa, o mesmo acontecendo com a conversação telefônica.

O Código Brasileiro de Telecomunicações e o CPC também admitem a interceptação telefônica (art. 57, I e II, e 355, respectivamente), não havendo necessidade de modificação, se alterado o texto constitucional.

É necessário adequar — paradoxalmente, de modo inverso — a Constituição à legislação ordinária e à prática do País, mediante uma redação clara e explícita porque, se isso não ocorrer, permanecerá o impasse, e nenhum juiz, doravante — mesmo em casos extremos —, irá assumir o risco de deferir uma escuta, transformando-se em réu criminal.

Deferir, ou não, uma escuta, é ato jurisdicional, sendo impensável uma punição. Mesmo que uma última instância conclua que a proibição é dogmática, sem possibilidade de qualquer exceção, não seria possível punição, a nosso ver. Se punição coubesse, então seria o caso de se abrir processo criminal contra presidentes da República (quando um Decreto-lei é julgado inconstitucional). E nenhum governador, prefeito, deputado, senador, ou vereador estaria livre de um processo se a lei, ou ato normativo, fosse, afinal, julgada inconstitucional. Idem, quanto a magistrados, quando sua decisão for considerada inconstitucional.

De todo mal pode-se extrair algum tipo de bem. No caso da grande celeuma de São Paulo, envolvendo pessoas que não merecem nenhuma censura, sua utilidade consistiu em demonstrar aos constituintes que é preciso explicitar a autorização judicial na quebra do sigilo, nos casos graves.

O mundo moderno caminha, cada vez mais, no sentido da transparência. Exige-se que os governos, sejam sinceros, não mintam em hipótese alguma. Salvo engano, o sigilo bancário, hoje, na Suíça, já não é tão absoluto, a ponto de acobertar grandes criminosos que depositam milhões de dólares nas famosas contas secretas. Se assim é a nível de governo, não se vê por que o sigilo particular também não sofra alguma restrição, em casos extremos, desde que em jogo os interesses gerais da sociedade. Desembargador aposentado.